

Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GénY. 1934.

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.

RECUEIL D'ETUDES
SUR
LES SOURCES DU DROIT

EN L'HONNEUR DE
FRANÇOIS GENY

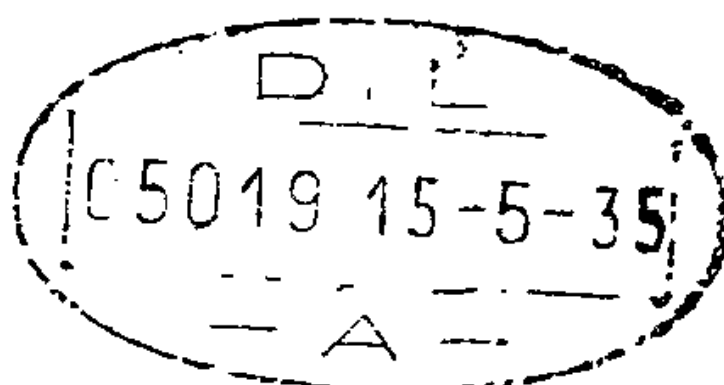
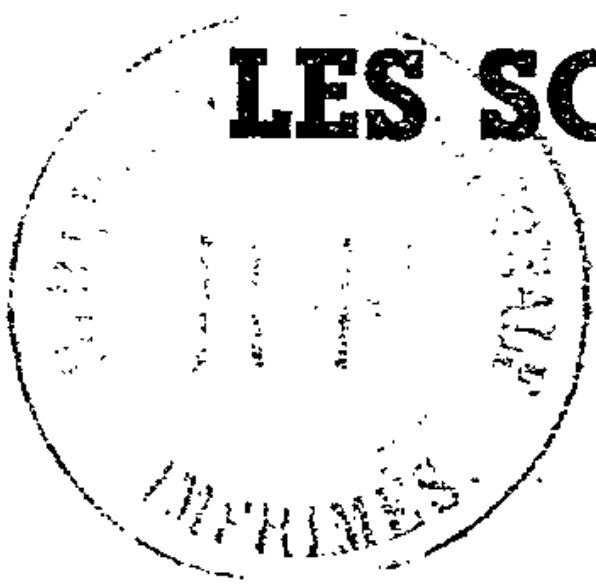
TOME III

LES SOURCES DES DIVERSES
BRANCHES DU DROIT

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY

Société Anonyme
22, rue Soufflot, PARIS (V.)

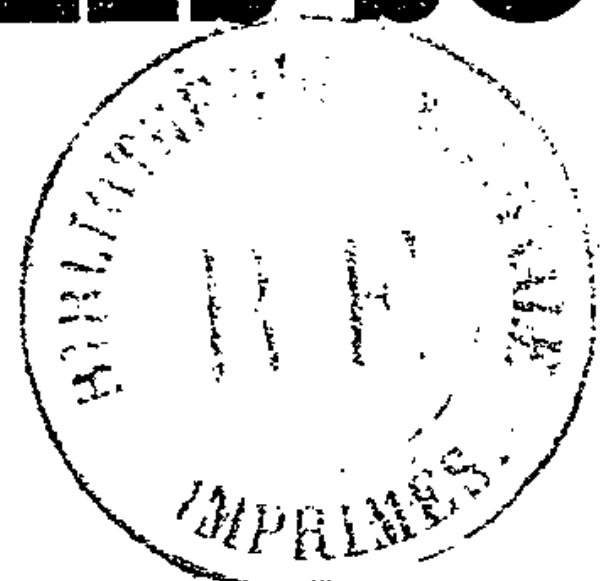
LES SOURCES DU DROIT



B

21 F
3111 (3)

RECUEIL D'ETUDES
SUR
LES SOURCES DU DROIT



EN L'HONNEUR DE
FRANÇOIS GÉNY

TOME III

LES SOURCES DES DIVERSES
BRANCHES DU DROIT

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY

Société Anonyme

22, rue Soufflot, PARIS (V.)

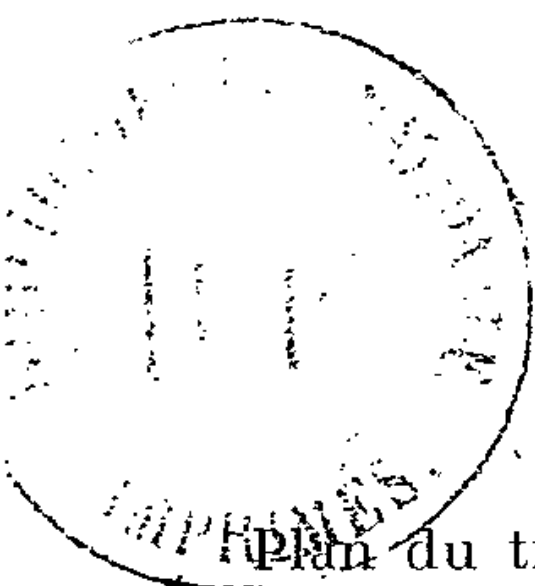


Table des matières du tome III

	Pages
Plan du troisième volume	XI
TITRE I. — Sources du droit constitutionnel	1
CHAPITRE I. — Le droit constitutionnel non écrit par René CAPITANT, <i>professeur à l'Université de Strasbourg</i>	1
CHAPITRE II. — Les coutumes constitutionnelles, par Carlo GIROLA, <i>professeur à l'Université d'Urbino, Italie</i>	9
CHAPITRE III. — <i>Les droits naturels et l'imprécision législative,</i> par Rodney L. MORR, <i>University of Chicago</i>	44
CHAPITRE IV. — Technique de la Cour de cassation roumaine pour l'examen de l'inconstitutionnalité des lois, par Em. MICLESKO, <i>président honoraire à la Cour de cassation roumaine</i>	68
TITRE II. — Sources du droit administratif	77
CHAPITRE I. — L'aide du droit administratif pour l'élaboration du droit privé, par Georges RENARD, <i>professeur à l'Université de</i> <i>Nancy</i>	77
CHAPITRE II. — L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé, par André HAURIU, <i>professeur à l'Uni-</i> <i>versité de Toulouse</i>	92
TITRE III. — Sources du droit financier	101
CHAPITRE UNIQUE. — Le principe de l'interprétation littérale des lois fiscales, par Louis TROTABAS, <i>professeur à l'Université de</i> <i>Nancy</i>	101
TITRE IV. — Sources du droit économique	111
CHAPITRE I. — Le droit économique, branche indépendante de la science juridique, sa nature et son contenu, par François DE KIRÁLY, <i>avocat à la Cour de Budapest</i>	111
CHAPITRE II. — Le problème de la coordination du droit, de l'éco- nomie et de la morale, par John R. COMMONS, <i>professeur à</i> <i>l'Université de Wisconsin</i>	124

	Pages
CHAPITRE IV. — Propriété privée et économie nationale, par Lucien BROCARD, <i>professeur à l'Université de Nancy</i>	145
TITRE V. — Sources du droit du travail	163
CHAPITRE I. — La nature juridique des décisions de la magistra- ture du travail en Italie, par P. CALAMANDREI, <i>professeur à</i> <i>l'Université de Florence</i>	163
CHAPITRE II. — Le contrat collectif de travail comme source du droit, par François ROVELLI, <i>professeur à l'Université catho-</i> <i>lique de Milan</i>	187
CHAPITRE III. — Le risque professionnel et la jurisprudence fran- çaise, par André ROUAST, <i>professeur à l'Université de Paris</i> . .	228
TITRE VI. — Sources du droit commercial	239
CHAPITRE I. — Lord Mansfield, un juriste comparatiste du xviii ^e siècle, par H. C. GUTTERIDGE, <i>Université de Cambridge</i> .	239
CHAPITRE II. — Fonction de la coutume en droit commercial, par Kotaro TANAKA, <i>professeur à l'Université impériale de Tokio</i> .	247
TITRE VII. — Les sources du droit pénal	257
CHAPITRE I. — Le juge pénal comme législateur, par Miloslav STIEBER, <i>professeur à l'Université Charles IV à Prague</i> . . .	257
CHAPITRE II. — L'élaboration du droit pénal et « l'irréductible droit naturel », par Paul CUCHE, <i>professeur à l'Université de</i> <i>Grenoble</i>	271
CHAPITRE III. — Les sources de droit pénal, par Seiitiro ONO, <i>professeur à l'Université Impériale de Tokio</i>	275
CHAPITRE IV. — La question des sources spécialement par rapport au droit pénal, par Giulio BATTAGLINI, <i>professeur à l'Université</i> <i>de Pavie</i>	281
CHAPITRE V. — L'interprétation littérale des lois pénales, par Mau- rice GÉGOUT, <i>Université de Nancy</i>	305
TITRE VIII. — Sources du droit international public	317
CHAPITRE I. — Observations sur les méthodes pour l'étude du droit des gens, par A. BAUMGARTEN, <i>Université de Francfort s/M.</i> .	317
CHAPITRE II. — La théorie et les sources du droit international, par Edwin M. BORCHARD, <i>Yale University</i>	328
CHAPITRE III. — La coutume et les principes généraux du droit comme sources du droit international public, par Louis LE FUR, <i>professeur à l'Université de Paris</i>	362

CHAPITRE IV. — Méthodes d'interprétation du droit international conventionnel, par N. POLITIS, <i>professeur honoraire à l'Université de Paris, membre de l'Institut</i>	374
CHAPITRE V. — Les principes généraux du droit comme source du droit des gens, par Alfred VERDROSS, <i>professeur à l'Université de Vienne</i>	383
CHAPITRE VI. — Contribution à l'étude des sources du droit international, par Charles DE VISSCHER, <i>professeur à l'Université de Gand</i>	389
CHAPITRE VII. — Essai sur les sources formelles du droit international, par Georges SCELLE, <i>professeur à l'Université de Paris</i>	400
TITRE IX. — Sources du droit international privé	431
CHAPITRE UNIQUE. — La constitution fédérale des Etats-Unis d'Amérique comme source de droit international privé, par E. LORENZEN, <i>professeur à Yale University</i>	437
TITRE X. — Droit comparé et droit commun international	467
CHAPITRE I. — Sources du droit et droit mondial, par K. WIELAND, <i>Université de Bâle</i>	471
CHAPITRE II. — Sources du droit comparé ou supra-national. Législation uniforme et jurisprudence comparative, par Edouard LAMBERT, <i>Université de Lyon</i>	478

Plan du troisième volume

Ce dernier volume présente une beaucoup plus grande homogénéité que les précédents, et surtout que le premier. On n'y rencontrera plus aucun vestige des *Studi in onore* du type *Mélanges*. Je ne cacherai pas qu'à l'époque où je distribuais, entre juillet et octobre 1930, la circulaire Capitant-Josserand-Michon-Lambert, je n'osais pas espérer, — quelque fût ma confiance en la possibilité de s'émanciper de la tradition des *Mélanges* — que l'appel contenu dans cette circulaire pût aboutir à l'envoi d'un ensemble de contributions présentant une aussi complète division du travail que celle qui s'est spontanément établie entre les études destinées à ce troisième volume. Pour celui-là la tâche de l'éditeur devient une besogne purement mécanique.

Je ne dissimulerai pas, non plus, qu'avant de grouper ces contributions au tome III et de les lire en en corrigeant les épreuves, je ne me rendais pas compte de l'intensité réelle du rayonnement que l'œuvre de critique et de reconstitution méthodologiques, entreprise par Gén y en vue de l'application au droit privé, a exercé sur les autres branches du droit. Il n'en est pas une dont quelques-uns des représentants ne se soient préoccupés, de définir ici les applications qui peuvent être données, dans leurs compartiments de la recherche scientifique, aux vues développées dans les deux œuvres-maîtresses de Gén y.

La procédure civile elle-même, malgré son caractère essentiellement technique, ne fait point exception. Si elle ne figure pas dans ce volume, c'est que la seule contribution, qui lui ait été consacrée, celle de P. Vasilescu, s'est présentée comme exclusivement destinée à mesurer, sur le terrain de la procédure, l'action de *L'œuvre de Gén y et ses résultats* (tome II, titre I, chap. IV). Les sources de la procédure civile soulèvent aussi aujourd'hui des problèmes fondamentaux, particulièrement controversés, comme le problème — qui occupe, à l'heure présente, la vedette de l'actualité dans le monde anglo-saxon — du choix à faire comme mode général de fixation et de développement des règles procédurales entre la méthode continentale des Codes de procédure et la méthode, depuis longtemps expérimentée avec succès en Angleterre, qui consiste à laisser un organisme judiciaire, tel que l'*English Rules of the Court Committee* fixer à la lumière de l'expérience professionnelle, les principes de la procédure et les modifications qu'il convient avec le temps de leur appor-

ter. L'attention du monde américain avait été, au cours des deux avant-dernières décades, attirée sur cette expérience anglaise par divers travaux, et notamment par un livre écrit en 1917 par un *fellow* de l'école de droit de l'Université de Pennsylvanie, Samuel Rosenbaum (*The Rule-Making authority in the English Supreme Court*) qui avait étudié sur place le fonctionnement du régime inauguré en Angleterre par les *Rules of the Court* de 1875 et de 1883. Ce mouvement de curiosité vient de donner naissance à une notable réalisation : l'Acte du Congrès, du 23 mai 1934 qui a conféré à la Cour suprême des Etats-Unis le pouvoir d'émettre des règles de procédure pour les actions *at law* devant les cours fédérales (cf. le volume de 1934 de l'*American Bar Association Journal*, 442 et s., et le *Journal of the Society of public teachers of law*, 1934, p. 21). Si notre enquête avait été ouverte à l'heure actuelle, il est fort possible qu'elle eût suscité quelque contribution américaine sur ce sujet.

La procédure tient même la clef de quelques-uns des problèmes relatifs à l'accélération de l'activité de la jurisprudence en tant qu'instrument de découverte et de fixation des règles de fond du droit ou des règles de droit substantiel — comme le problème de la transplantation hors de ses terres d'origine — Angleterre et Allemagne — du « jugement déclaratoire » : problème que l'auteur d'une des plus importantes contributions à ce tome III a traité avec un persévérant entrain dans une série d'articles de *Yale Law Journal*, et dont il a repris l'examen, sous l'angle international, dans l'une des sections du Congrès International de Droit Comparé de 1932. Car, si cette procédure — qui isole l'effet déclaratoire du jugement de son effet exécutoire habituel, et tend à prévenir les formes irritantes du procès en permettant au titulaire d'un droit contesté de le faire reconnaître par les juges, sans qu'il soit nécessaire pour cela qu'il ait été préalablement violé — sert principalement à assurer la reconnaissance de droits subjectifs, elle peut aussi servir — et c'est l'une des raisons de la campagne faite en sa faveur aux Etats-Unis — à hâter la définition, par la voie de l'interprétation judiciaire, du sens et de la portée de dispositions de loi, obscures ou trop élastiques, comme celles de l'Acte Sherman et des autres lois contre les trusts [cf. le tome II, (1922) de la *Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé de Lyon*. Maynard, *Les jugements déclaratoires*].

En dehors de la procédure du droit privé, qui est absente de ce volume — mais non de l'ensemble du *Recueil Gény* — toutes les branches particulières du droit ont trouvé ici leur représentation, soit directement, soit par l'intermédiaire des disciplines plus larges dont elles sont les ramifications.

Les contributions se groupant ici d'elles-mêmes dans les places attribuées aux disciplines auxquelles elles se rattachent, le travail de l'éditeur s'est borné à établir un classement des groupes ainsi formés. Une première division s'imposait comme base de ce classement : la division en branches nationales et en branches internationales du

droit. Les premières occupent les sept premiers titres de ce volume. Les trois derniers sont réservés aux branches internationales.

La classification intérieure des branches nationales comportait, au contraire, quelque élément d'arbitraire ou d'appréciation personnelle.

Nous sommes partis, pour y procéder, de cette constatation qu'à côté de branches nettement spécialisées, et ayant un champ d'action, non pas sans doute immuable, mais relativement défini — comme le droit pénal ou le droit administratif — il existe des branches modernes « du droit » qui, par leur structure et leur tempérament sont nécessairement entraînées à disputer au droit civil et au *common law* traditionnels la situation de troncs communs du droit, parce qu'elles sont les instruments de développement de couches nouvelles d'institutions juridiques qui se superposent, en les recouvrant partiellement et progressivement, à celle qui constitue le fond du droit civil et du *common law*. Elles sont, par rapport au corps traditionnel de droit civil — qui forme la toile de fond de notre tome II — dans une situation comparable à celle où se trouvèrent, à leurs débuts, le droit prétorien par rapport au *jus civile* romain ou l'*equity* anglaise par rapport au *common law* au sens étroit et primitif du mot.

Le titre I est consacré à celle de ces branches du droit, à aspirations dominatrices, qui la première est entrée en rivalité avec le droit civil et qui, en certains pays et en certains temps, a réussi le plus complètement à établir sa domination sur l'ensemble du droit : le droit constitutionnel.

Il est au moins un pays — et un grand pays — pour lequel on peut dire que le droit constitutionnel est devenu *fons et caput totius juris* et où il constitue la clef de voute commune du droit privé et du droit public. Il s'est élevé depuis longtemps à cette situation aux Etats-Unis grâce au développement du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Le droit pénal, le droit fiscal, le droit administratif aussi bien que les parties les plus vivantes du droit privé, telles que le droit du travail, la législation sociale et le droit industriel, y puisent leurs têtes de chapitres, parce que la jurisprudence constitutionnelle détermine ce qui est permis et ce qui est interdit à l'action des législatures sur chacun de ces domaines. La jurisprudence constitutionnelle américaine est arrivée à ce résultat en s'appropriant une partie des principes fondamentaux du *common law* pour les ériger à la dignité d'éléments d'une superlégalité placée par la constitution au-dessus de l'atteinte du pouvoir législatif aussi bien que du pouvoir exécutif.

Le nombre s'est multiplié depuis la guerre des constitutions qui, comme la constitution de Weimar, ont imité à cet égard l'exemple américain, en s'incorporant des déclarations des droits de l'homme et du citoyen et en posant ainsi une série de règles ou de directives constitutionnelles qui dominent à la fois le droit public et le droit privé.

Et même dans les pays, comme la France, dont les constitutions actuellement en vigueur ne contiennent pas — ou ne contiennent plus — d'énumération de droits constitutionnels individuels du même genre, on s'est habitué à considérer qu'il existe une série de garanties dues aux droits et libertés individuelles qui, quoique non écrites dans les textes de la constitution, n'en ont pas moins une existence quasi-constitutionnelle. On y a vu se développer, comme prolongement de la doctrine du droit constitutionnel une doctrine des principes généraux du droit public. C'est à ces principes, établissant la liaison entre le droit public et le droit privé, que se réfèrent principalement les études sur les sources du droit international public, groupées dans le titre VIII, quand elles insistent sur la place tenue, dans cette discipline, par les principes généraux du droit, les principes de droit communs aux peuples civilisés.

Sur les quatre contributions de ce titre I deux, celles de René Capitant et de Carlo Girola, sont consacrées aux sources du droit constitutionnel, envisagé en tant que science de l'organisation des pouvoirs publics. L'une et l'autre se préoccupent d'y marquer la place occupée par le droit non-écrit ou les coutumes.

Les deux autres sont consacrées à l'excroissance du droit constitutionnel qui, en lui annexant la protection des droits publics individuels, lui a assuré par là-même la haute main sur toutes les autres branches du droit.

L'une est due à un jeune universitaire américain, Rodney L. Moot, qui, dans un livre écrit en 1926 (*Due Process of Law*) a marqué son désir de se spécialiser dans l'étude de cette partie de la jurisprudence constitutionnelle de son pays. Il attire notre attention sur l'un des critères auxquels recourt cette jurisprudence pour distinguer les usages permis et les emplois interdits du pouvoir de police de l'Etat, dans la mesure où il s'exerce à l'encontre des droits individuels des particuliers ou en les comprimant. De ces critères il en est deux qui avaient déjà été signalés aux lecteurs français par mon *Gouvernement des Juges*. Ce sont les critères de *reasonableness*, de caractère raisonnable ou non, mesuré ou excessif, des compressions ou sacrifices imposés aux droits privés, et d'*expediency*, de concordance ou de non-concordance entre les buts affichés comme étant visés par la loi et les moyens employés pour atteindre ce but déclaré. Le critère, étudié par Moot — qui s'est développé surtout sur le terrain du droit pénal — est certainement moins connu de mes compatriotes, quoique j'y aie fait une allusion, un peu distraite, dans une contribution aux *Mélanges Hauriou* (*quatre années d'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis*) à l'occasion de l'application qui en fut faite en 1921 dans le cas de *U. S. v. Grocery Co* (41, Supreme Court Reporter, 298).

Le titre I se clôt par une étude d'un ancien président de la Cour de cassation roumaine, M. Miclesco, sur les applications qui ont été faites dans son pays du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois.

Derrière le droit constitutionnel doivent naturellement passer les deux rameaux spécialisés de droit public que sont le droit administratif et le droit financier.

Le titre II — *sources du droit administratif* — se compose de deux chapitres consacrés l'un et l'autre à l'étude des rapports entre le droit administratif et le droit privé. A la contribution de Georges Renard sur *L'aide du droit administratif pour l'élaboration du droit privé*, André Hauriou fournit sa contre-partie naturelle : *L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé*.

Le titre III — *sources du droit financier* — ne contient qu'une seule contribution, celle de Louis Troabas sur *Le principe de l'interprétation littérale des lois fiscales*.

Avec les titres IV et V nous arrivons à deux branches du droit étroitement liées, dont l'une — droit économique — représente le genre, et l'autre — droit du travail — l'espèce la plus ancienne, la plus connue et la plus évoluée. Le droit économique avec ses deux ramifications principales — droit du travail et droit industriel — et la série des rameaux secondaires qui déjà commencent à se dessiner — constitue aujourd'hui le principal rival du droit civil et du *common law* dans la lutte pour la direction de la marche générale de nos systèmes juridiques — et un rival dont la concurrence devient de jour en jour plus active et plus efficace. Je répéterais volontiers pour le droit économique, pris dans son ensemble, ce que j'ai dit ailleurs du droit du travail (*La jurisprudence internationale du travail et le droit comparé* dans la *Revue de l'Université de Bruxelles*, mai-juillet 1927) : « Par rapport au droit civil germano-latin et au *common law* anglo-américain... il joue le rôle d'un droit d'équité, se développant par empiétements successifs sur le droit strict, en opposant les aspirations juridiques des temps nouveaux aux institutions légales d'un régime économique qui est entré en décadence. Ce droit nouveau, d'esprit collectiviste et d'humeur internationale, élargit constamment son champ d'action en étendant son emprise à des catégories nouvelles de travailleurs en même temps qu'à des catégories nouvelles de rapports juridiques. Son esprit est destiné, par là-même, à s'infuser de plus en plus largement dans l'ensemble de la jurisprudence générale. »

Le titre IV — *sources du droit économique* — débute par une contribution d'un des maîtres du barreau hongrois, François de Király, qui a le mérite de tenter un effort pour définir — dans la mesure où l'on peut définir ce qui naît, ce qui grandit et se transforme — la nature et le contenu du droit économique. Il se continue par un chapitre qu'un des économistes qui ont le plus fait pour amener les applications de leur discipline au point où elles sont aptes à fournir à l'art juridique les premières directives pour son travail, John R. Commons a détaché d'un livre en préparation pour nous apporter ses vues sur *Le problème de la coordination du droit, de l'économie politique et de la morale*. Et ce titre se termine par une étude d'un économiste de l'Université de Nancy, Lucien Brocard, sur

les transformations que l'un des facteurs du droit économique, la propriété privée, a subies par sa rencontre avec les exigences nouvelles de l'économie nationale.

Dans le titre V — *Sources du droit du travail* — nous avons placé tout d'abord deux contributions provenant d'un pays où l'évolution, qui tend à faire du droit du travail un terrain de transition entre le droit privé et le droit public, — et même à le faire passer du terroir primitif du droit privé sur un sol de droit public — est arrivée à sa conclusion naturelle. Ces contributions de Piero Calamandrei et de Francesco Rovelli nous renseignent sur la place qui a été conquise en Italie, parmi les sources du droit du travail, d'une part, par les décisions de la magistrature du travail, et, d'autre part, par les conventions collectives de travail. Nous y avons joint une étude d'André Rouast sur *Le risque professionnel et la jurisprudence française*, qui eût aussi bien pu trouver sa place, dans le titre II du tome II, à côté de la contribution de Ricca-Barberis sur l'enrichissement sans cause, pour éclairer critiquement la fonction et la valeur des concepts et idées-forces juridiques, mais qui nous a paru projeter encore plus de lumière sur le mécanisme d'élaboration de la jurisprudence du travail.

Quoique le droit commercial ne se sépare point du droit civil dans les pays de *common law*, qu'il lui soit déjà réuni dans un pays de *droit civil* comme la Suisse, où le Code des obligations fond en un même bloc le droit commercial et la partie centrale du droit civil, et que les auteurs du projet de Code franco-italien des obligations aient manifesté l'intention de suivre à cet égard l'exemple du droit fédéral suisse, nous avons, par respect pour les habitudes des juristes de la majorité des pays de *droit civil*, réuni dans un titre VI — sources du droit commercial — une étude d'ordre historique de notre cher ami et collègue H.-C. Gutteridge sur *Lord Mansfield, un juriste comparatiste du XVIII^e siècle*, qui eût pu former aussi un précieux préambule à notre dernier titre — les sources du droit comparé — et un travail du professeur japonais Kotaro Tanaka sur *La Fonction de la coutume en droit commercial*, dont la place eût été tout aussi naturellement marquée dans le titre IV du tome II, relatif à la coutume en général.

Le droit pénal, au contraire, auquel est consacré le titre VII, fournit le type d'une discipline juridique naturellement autonome. Aussi ses sources ont-elles été l'objet de nombreuses et abondantes études. Le chapitre d'histoire du droit pénal, par lequel s'ouvre le titre VII — *Le juge pénal comme législateur* —, aura été l'une des dernières productions d'un des maîtres les plus renommés de l'Université Charles IV à Prague, le professeur Miloslav Stieber, dont la mort en pleine force, en plein épanouissement de son activité scientifique, a été une lourde perte non pas seulement pour la science tchécoslovaque, mais pour la science internationale du droit, et a été particulièrement ressentie par l'éditeur de ce Recueil, qui lui était lié par des liens de très vieille et très chère affection. Des criminalistes

français (Paul Cuche), japonais (Seiiti Ono) et italien (Giulio Battaglini) y ont soit esquissé, soit développé leurs vues sur le mécanisme actuel des sources du droit pénal. Et un des collaborateurs de Gény à l'Université de Nancy a clos ce titre par un examen critique de la notion de l'interprétation littérale des lois pénales.

Avec le titre VIII nous arrivons aux branches du droit international et tout d'abord, à celle qui tient la première place, et à juste titre, dans les préoccupations de l'opinion publique mondiale : le droit des gens. Par le nombre, l'étendue, l'importance des contributions consacrées aux sources du droit international public, ce titre se détache sur le fond du tome III du *Recueil Gény* avec le même relief que le titre final, consacré à la libre recherche scientifique, ressort sur le fond du tome II.

Quant aux derniers titres, — sources du droit international privé, et sources du droit comparé — les observations que nous placerons en tête de chacun d'eux nous dispensent d'en parler pour l'instant.

TITRE I

SOURCES DU DROIT CONSTITUTIONNEL

CHAPITRE PREMIER

Le droit constitutionnel non écrit

par René CAPITANT,

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

Dans la langue juridique habituelle, le droit coutumier s'oppose au droit écrit et semble par là-même englober tout le droit non écrit. En réalité, ces deux notions sont distinctes et la coutume n'est qu'un des aspects sous lesquels peut se révéler le droit non écrit.

Nous voudrions, après avoir analysé cette distinction, indiquer l'importance exceptionnelle du droit non écrit en matière constitutionnelle.

I

Le droit coutumier est le droit qui a pour objet de rendre la coutume obligatoire. Une coutume, c'est-à-dire un usage, une habitude sociale, n'est en elle-même qu'un fait. La règle, et par conséquent le droit, n'apparaît que si la coutume cesse d'être le produit d'attitudes libres, pour devenir socialement obligatoire. Non que la coutume cesse, pour cela, d'être un fait, mais elle devient un fait commandé par le droit, se produisant par application et par respect du droit. La coutume, en d'autres termes, se double désormais d'une règle coutumière, constitutive de droit coutumier ¹.

La définition pour être complète doit encore faire apparaître le caractère non écrit du droit coutumier. En soit, étymologiquement, ce dernier est indépendant de la forme écrite ou non écrite et l'on devrait pouvoir parler de droit coutumier écrit, puisque rien n'empêche le législateur de sanctionner lui-même une coutume et de la rendre obligatoire. Mais l'étymologie ne détermine pas seule la signification des mots et il faut reconnaître qu'en l'espèce l'expression droit coutumier a un sens plus étroit. On ne peut, en effet, l'employer que si le caractère obligatoire de la coutume s'est établi sans

l'intervention du législateur. Le droit coutumier, dans le langage reçu, c'est la coutume devenue obligatoire par la force de l'usage, par le prestige de l'ancienneté, par l'autorité du précédent, c'est le droit issu du fait par la puissance de la tradition, c'est en bref, le droit coutumier non écrit.

Ainsi apparaît tout à la fois que, d'une part, le droit coutumier s'oppose bien au droit écrit, mais que, d'autre part, il ne saurait être confondu, comme il arrive trop souvent, avec tout le droit non écrit. Car il faut encore ranger dans le cadre de ce dernier, à côté de la coutume et s'opposant à elle, tout le droit novateur. De même, en effet, que le droit écrit peut ou bien sanctionner les usages admis, maintenir un peuple dans le respect de ses mœurs et de ses traditions, poursuivre dans ses décrets une politique de conservation sociale, ou bien, au contraire, s'efforcer de transformer la société qu'il régit, abroger le système social en vigueur, lutter contre les habitudes anciennes et créer des mœurs et des besoins nouveaux, de même le droit non écrit, s'il peut être coutumier, peut aussi être novateur. Des règles nouvelles peuvent surgir dans le droit positif, qui loin d'être issues de ce long travail d'élaboration qui donne naissance à la coutume, renversent au contraire les conceptions admises, marquent une brusque rupture dans l'évolution sociale et annoncent des mœurs nouvelles. Si ces règles ne sont pas l'œuvre d'un législateur, si c'est la nation elle-même qui en reconnaît l'autorité directement et qui, par son adhésion, à l'encontre ou à défaut du législateur établi, les intègre elle-même dans le droit positif, il faut bien alors leur reconnaître la qualité de droit non écrit, sans qu'il soit possible pourtant de les qualifier de coutumier.

Mais le préjugé du droit écrit est si fort que l'existence de telles règles est très généralement niée. Il règne sur beaucoup d'auteurs comme un principe de légitimité du droit écrit qui exclut à leurs yeux le caractère juridique de toute règle non écrite. Tout ce qui n'est pas écrit tombe, à les croire, dans le domaine du fait ou de la politique, et ne saurait être regardé comme règle de droit. Mais l'interprète ne doit connaître que la « positivité » et la seule question à résoudre est donc de savoir si la notion de droit positif exclut ou admet la notion de droit non écrit.

Or, bien loin de l'exclure, elle la suppose. Car le droit positif n'est pas le droit posé par un législateur, il est le droit en vigueur, c'est-à-dire le droit appliqué, dont les prescriptions reçoivent généralement exécution dans une société donnée. C'est donc le fait de l'application du droit, de la conformité des mœurs à un système juridique qui est le signe de la positivité de celui-ci. Dès lors, si une règle, quoique non écrite, présente ce caractère on doit lui reconnaître la qualité de droit positif, sans qu'aucune antinomie puisse être relevée entre les deux notions.

La supériorité de nature que l'on accorde généralement au droit écrit, et qui empêche d'admettre qu'une règle non écrite puisse déroger à une règle écrite, n'est encore qu'un autre aspect du même

apriorisme. En réalité, si une règle écrite cesse d'être appliquée et reconnue, si une autre règle la supprime dans l'opinion commune, entraîne l'adhésion des consciences et réussit à se réaliser dans la conduite conforme des sujets, il faut bien admettre qu'une règle non écrite s'est substituée à une règle écrite ; et si la procédure de modification législative était différente et ne prévoyait que l'intervention expresse du législateur, il faudra en conclure simplement que, ne s'étant pas appliquée, elle ne correspond pas pleinement au droit positif, mais on ne pourra l'invoquer pour exclure du droit la règle nouvelle, sous peine de substituer à la réalité positive la réalité transcendante d'une doctrine, comme Louis XVIII continuant à Gand de gouverner un royaume que l'usurpation n'avait pu soustraire à son règne légitime.

Rien, par conséquent, dans la notion de droit positif, n'exclut le droit non écrit, ni n'en subordonne la valeur à celle du droit écrit, et il est d'autant plus utile d'admettre cette notion que si, d'une façon générale l'évolution du droit positif moderne a considérablement réduit, au profit du droit législatif ou jurisprudentiel, la place qui lui est réservée, en matière constitutionnelle, au contraire, le rôle qu'il joue est encore considérable.

II

A. La « théorie des révolutions », essentielle pour expliquer la continuité du droit constitutionnel et pour fonder la validité du droit positif, ne peut être construite à l'aide de la seule notion de droit écrit. Ainsi s'expliquent les insuffisances que présentent manifestement sur ce point les doctrines d'auteurs tels que MM. Carré de Malberg et Kelsen.

M. Carré de Malberg, qui rejette délibérément la notion de coutume constitutionnelle — et de droit constitutionnel non écrit — comme contradictoire en soi, est conduit à voir dans les révolutions un simple fait. Avant qu'un pouvoir constituant ait proclamé une nouvelle constitution, une période de fait se déroulerait, affranchie de toute constitution juridique, et le décret des constituants apparaîtrait à l'auteur comme un acte initial, fondant tout légitimité future et fondant lui-même sa propre validité, indépendant de toute constitution antérieure, surgissant du fait par une création juridique spontanée.

M. Kelsen, placé devant le même problème, préfère, on le sait, faire appel à une « norme hypothétique » chargée de fonder la validité de la première constitution. Si toute règle, suivant sa doctrine, n'est valable qu'autant qu'elle a été posée conformément aux prescriptions d'une règle supérieure, comment fonder la validité de la constitution qui, après une révolution, abroge la constitution antérieure sans respecter les règles de révision constitutionnelle posées par celle-ci ? Sa réponse est que « positivement », un tel fondement n'existe pas, mais, comme on ne peut, sous peine de voir s'écrouler

la validité de l'ordre juridique tout entier, laisser ainsi sans appui la constitution initiale dont tout découle, il faut bien supposer — hypothèse nécessaire et non arbitraire — une règle supérieure, une « norme fondamentale hypothétique » donnant compétence constituante au premier constituant et légitimant ainsi la constitution primitive.

Malgré les différences qui séparent ces deux théories, il est clair qu'elles reposent sur un même postulat, le postulat du droit écrit. Si on le rejette, il apparaît que, même pendant la période révolutionnaire, avant qu'une nouvelle constitution écrite ait été votée, déjà une constitution existe, car l'Etat et la nation n'ont pas disparu. Cette constitution est formée par l'ensemble d'idées et de doctrines au nom desquelles se fait le mouvement révolutionnaire. Au fur et à mesure que la nation retire à l'ancien ordre politique le bénéfice de son adhésion et de sa soumission pour accepter ou subir le nouveau pouvoir, c'est la « positivité » qui passe d'un camp dans l'autre, reléguant l'ancienne constitution dans le cercle des théories et amenant à réalisation des doctrines politiques qui ne valaient qu'à titre d'aspirations. Pendant la période de lutte civile, il est vrai, au cours de la nation, la constitution positive est indécise. C'est que la nation, de laquelle chacun des deux systèmes en présence régit une partie alors, se déchire en deux parties et deux systèmes politiques ennemis sont simultanément en vigueur. Mais dès que la révolution est achevée, dès que le nouvel ordre a triomphé de l'ancien régime, l'unité nationale est reconstituée et l'on peut parler d'une constitution positive sans attendre que celle-ci ait été couchée par écrit. Il est clair que la rédaction lui apportera des précisions qui lui manquent, une ampleur, une logique, une unité incomparables, mais si réduite et si vague qu'elle puisse être, le fait d'un gouvernement au pouvoir n'en atteste pas moins l'existence d'une constitution. Comité exécutif, gouvernement provisoire, conseil des commissaires du peuple ou dictature, quel que soit l'organe de la révolution qui ait pris en mains le gouvernement, le fait qu'il ait imposé son autorité est plus qu'un simple fait, c'est le signe d'une règle positive de compétence constitutionnelle. On parle de pouvoir de fait, mais l'idée de pouvoir dépasse l'idée de puissance d'action physique et désigne un pouvoir de commandement, c'est-à-dire une compétence, et contient par conséquent l'idée de règle. Le pouvoir de fait d'un gouvernement révolutionnaire est donc bien une véritable compétence juridique. Ce qui le distingue seulement de ce qu'on appelle à tort un pouvoir de droit, c'est qu'il n'est pas exprimé sous forme écrite, dans un document constitutionnel promulgué, mais seulement sous forme de reconnaissance générale, d'acceptation active ou résignée des sujets. Mais qu'importe, le texte n'est jamais la règle elle-même, et du moment que la règle existe, que la nation en connaît l'existence et le contenu et en accepte l'application, elle fait partie du droit positif.

Or ce point de vue permet seul de rétablir l'unité et la continuité

juridiques malgré les ruptures constitutionnelles des révolutions, car, seul, il fait apparaître, en la nation, un constituant permanent, de qui émanent toutes les constitutions écrites, maître de les abroger et affranchir des procédures de révision constitutionnelles prévues dans leurs dispositions. Pouvoir national constituant qui doit être entendu dans un tout autre sens que le principe de souveraineté nationale, non comme un principe politique exprimant l'aspiration vers la démocratie, mais comme un principe d'interprétation juridique rigoureusement fidèle à la définition du droit positif. Que la nation soit le pouvoir constituant suprême, cela signifie seulement que de son attitude, de sa soumission ou de sa résistance, dépend la positivité du droit. D'elle dépend qu'une constitution, malgré toutes les garanties, malgré tous les contrôles, malgré toutes les limitations qu'elle peut contenir pour assurer sa pérennité, passe brusquement de l'état positif à l'état simplement idéal, continuant de fonder peut-être une légitimité qui aux yeux d'« émigrés » tiendra lieu de réalité, mais qui, pour l'interprète, ne sera plus qu'une théorie dans le domaine des théories. Grâce à elle, le pouvoir révolutionnaire, illégitime puisqu'il viole l'ancienne constitution, ne heurte qu'une légitimité déchue, déconstitutionnalisée, et c'est d'elle, qu'il reçoit, à mesure qu'il la conquiert, cette consécration qui l'intègre, sans heurt et sans rupture, dans la chaîne des constitutions positives.

B. L'idée de droit constitutionnel non écrit s'impose également à l'interprète en période normale, sous l'empire d'une constitution établie, s'il veut rendre compte des différences profondes qui séparent en général les textes constitutionnels de la réalité politique. De semblables divorces entre la loi et le droit positif ont été bien souvent relevés en droit privé ou en droit administratif ; ils y sont dus généralement à l'action d'une jurisprudence qui a développé son pouvoir d'interprétation juridique jusqu'à s'attribuer un véritable pouvoir législatif. En droit constitutionnel, au moins dans les pays qui, comme la France, ne connaissent pas le contrôle juridictionnel de constitutionnalité, cette antinomie du droit positif par rapport aux textes n'est pas l'œuvre d'une jurisprudence, mais une nouvelle manifestation de ce droit constitutionnel non écrit dont on méconnaît bien à tort l'importance. Il n'est même pas suffisant, en effet, de parler, comme le font les partisans les plus avancés de cette notion, de coutume constitutionnelle, de rechercher parmi les précédents ceux qui ont pu acquérir l'autorité nécessaire à la formation d'une coutume, de se demander, par exemple, si l'abstention de notre chef d'Etat d'user du droit de dissolution ou du droit de demander une seconde délibération n'a pas abrogé ces prérogatives inscrites dans les textes. La coutume, nous l'avons dit, n'est qu'un aspect du droit non écrit, et c'est pourquoi le problème que nous envisageons est infiniment plus large. L'apparition et les transformations du régime parlementaire, en France comme en Angleterre,

pour prendre l'exemple le plus éclatant, se sont faites sans que les textes apparemment en vigueur en portent la trace². Ce sont les mêmes textes datant de la monarchie limitée, qui en France comme en Angleterre, continuent de figurer dans les constitutions écrites. C'est la charte de 1814, c'est la constitution prussienne de 1852 qui en restent le modèle. Le contreseing ministériel et la responsabilité des ministres, ces expressions où l'on voit aujourd'hui le signe du parlementarisme, figurent déjà dans ces constitutions qui pourtant rejetaient le régime parlementaire. Tout l'effort, toute l'ingéniosité de la doctrine essaye aujourd'hui de voiler cette contradiction profonde entre le droit positif et le droit écrit, et de montrer, contre toute évidence, que nos institutions actuelles restent conformes à la lettre des lois de 1875 ; les contradictions, suivant eux, ne seraient qu'apparentes et tout un jeu subtil de rapprochement et de combinaison des divers articles de ces textes a pour but de montrer comment, réagissant l'un sur l'autre, se modifiant ou s'annulant réciproquement, il faut en définitive les interpréter au rebours de ce qu'ils disent. Mais cette méthode ne peut conduire qu'à méconnaître la réalité, et à confondre les différents types de régimes politiques qui se sont succédés dans l'histoire. Chacun de ceux-ci a eu ses règles propres, parfaitement déterminées, dont on trouve l'exposé dans les œuvres des écrivains politiques et le reflet dans la pratique de chaque époque, et chacun, à son tour, en s'appliquant, a valu comme constitution positive. Gouvernement de cabinet, régime parlementaire dualiste maintenant au chef d'Etat le droit de révoquer ses ministres, régime parlementaire actuel lui retirant cette prérogative, telle est l'évolution constitutionnelle française depuis 1814. Se dégage-t-elle de l'examen des textes ? Le remaniement de la charte en 1830 exprime-t-il l'avènement du parlementarisme ? Quelle révision constitutionnelle signale, en 1877, la substitution d'un type de parlementarisme à l'autre ? Ces transformations se sont faites à l'insu des constitutions écrites. Chacune fut l'œuvre d'un changement de doctrine, accompagnant l'avènement au pouvoir de nouvelles couches sociales et de nouvelles équipes politiques. Chaque constitution eut ses noms, qui pourraient servir à la baptiser et auxquels on la reconnaissait en effet, Benjamin Constant pour le gouvernement de Cabinet, Guizot, Broglie, Mac-Mahon pour le parlementarisme dualiste, Thiers, Grévy, Gambetta pour le parlementarisme actuel. En ces hommes, en leurs doctrines, en leurs drapeaux les constitutions se sont incarnées et non dans les textes immuables qui les ont indifféremment recouvertes. Façade trompeuse dès sa promulgation, la charte de 1814 continue de marquer la réalité de notre droit constitutionnel, et c'est toute l'évolution politique du XIX^e siècle qu'il faut mesurer pour connaître le fossé qui sépare aujourd'hui notre constitution positive de notre constitution écrite.

C. Notre constitution ne comporte pas apparemment de déclaration de droits. Notre Parlement est souverain. Il ne se heurte pas,

comme aux Etats-Unis, à un corps de règles intangibles, qui limitent sa liberté et déterminent sa politique. Du moins rien de tel ne se trouve dans les lois de 1875, qui se bornent presque exclusivement à organiser les pouvoirs publics.

Mais n'est-ce pas encore l'occasion de songer au droit non écrit et de se demander, si, en lui, n'existent pas ces règles tutélaires et intangibles dont les partisans du libéralisme déclinant déplorent si souvent l'absence? De ce point de vue, en effet, l'absolutisme parlementaire s'évanouit et laisse apparaître de nombreuses limites à l'activité législative. Ce sont non seulement ces limitations politiques qui résultent du mécanisme électoral et des moyens d'action plus ou moins énergiques dont, en France ou à l'étranger, le corps électoral dispose pour influencer sur la conduite politique du pays, mais encore ces limitations plus larges qui émanent de l'ensemble des sujets, de la nation entière et qui tirent de cette base leur caractère de droit positif immanent. Comme toute compétence étatique, la compétence législative a sa source, par de là la constitution qui l'accorde, dans l'adhésion nationale dont elle bénéficie. Ce n'est que de la soumission des gouvernés que les gouvernants tirent leur force et les limites de cette soumission marquent les limites de leur compétence positive. Or, la soumission nationale n'est jamais inconditionnée. Quel que puisse être le loyalisme de la nation à l'égard de sa constitution, quel que puisse être aussi sa patience à l'égard de ses gouvernants, il y a malgré tout et malgré le silence des textes, certains principes dont un peuple ne peut accepter l'abandon, certaines déviations législatives dont il ne pourra supporter l'application. Ainsi se manifeste en tout régime une déclaration des droits, dont l'interprète ne peut évidemment donner une énumération précise, mais dont il peut reconnaître qu'elle sanctionne les principes fondamentaux du régime social en vigueur. Même une déclaration écrite ne peut ambitionner d'être précise et doit se contenter d'exprimer les idées directrices de la législation sociale ; à plus forte raison une déclaration tacite souffre-t-elle de cette imprécision. Mais il y a évidemment certains postulats, ne serait-ce que l'abolition de l'esclavage, qui excèdent la compétence législative, et rentrent par là même dans la sphère constitutionnelle.

Il est d'ailleurs essentiel d'ajouter que ces règles non écrites ne peuvent jouer le rôle d'une déclaration formelle. Il ne saurait, notamment, être question, sous peine de fausser profondément l'institution, d'en confier la garde et la sanction à des juges. Autre chose est de veiller au respect de règles auxquelles la forme écrite assure un minimum de précision, de stabilité et de rigidité, ou d'exercer un contrôle dont la norme n'est inscrite nulle part et qui risque trop pour cela de se transformer en hégémonie. Organiser l'interprétation juridictionnelle de la constitution non écrite, ce serait en réalité transformer cette dernière en constitution jurisprudentielle, et par conséquent en une variété de constitution écrite. Le droit non écrit ne peut rester lui-même qu'autant qu'il n'est enserré ni dans des

codes, ni dans des recueils d'arrêts, et jaillit directement de la source nationale.

¹ Le mot coutume est souvent pris en français dans le sens de droit coutumier. En allemand, la distinction est plus rigoureusement observée et se traduit par l'emploi des deux mots *Gewohnheit* et *Gewohnheitsrecht*.

² Voir sur ce point, notre étude sur « La notion de régime parlementaire », parue dans les *Mélanges de droit constitutionnel*, dédiés à M. Carré de Malberg

CHAPITRE II

Le consuetudini costituzionali

Profes. Carlo GIROLA,
Universita di Urbino

SOMMARIO : 1. — Osservazioni preliminari. — 2. Caratteri specifici delle consuetudini costituzionali. — 3. L'efficacia della consuetudine nel diritto costituzionale italiano. — 4. Legge e consuetudine. — 5. Imperativi giuridici e norme legislative. — 6. Consuetudini costituzionali e regole convenzionali. — 7. Cenno delle teorie che ammettono o escludono la consuetudine come fonte di diritto. — 8. Importanza della consuetudine nel governo parlamentare e nella nuova forma di governo attuata in Italia.

I. La questione della esistenza e del valore da attribuirsi alla consuetudine come fonte di diritto ha sempre dato luogo a vivaci dispute in dottrina. Nel diritto privato, tuttavia, salvo dissensi su alcuni punti di minore importanza, molte difficoltà sono ormai

Les coutumes constitutionnelles

Professeur Carlo GIROLA,
chargé de cours de droit administratif à l'Université de Urbino-Italie

Traduit par F. PISSARD,
Professeur à l'Ecole des Hautes Etudes commerciales et consulaires,
et Pierre QUADEN,
Docteur en droit, Assistant d'Economie politique à l'Université de Liège

SOMMAIRE : 1° Observations préliminaires ; 2° Caractères spécifiques des coutumes constitutionnelles ; 3° Efficacité des coutumes dans le droit constitutionnel italien ; 4° Lois et coutumes ; 5° Impératifs juridiques et normes législatives ; 6° Coutumes constitutionnelles et normes constitutionnelles ; 7° Notice sur les théories qui admettent ou excluent la coutume comme source de droit ; 8° Importance de la coutume dans le Gouvernement parlementaire et dans la nouvelle forme de gouvernement réalisée en Italie.

1° La question de l'existence de la coutume comme source de droit, et de la valeur à lui attribuer en cette qualité, a toujours donné lieu à de vives controverses doctrinales. En droit privé, cependant, à l'exception de quelques points d'importance secondaire à propos des-

superate. Non così, invece, per il diritto pubblico e, segnatamente, per il diritto costituzionale. Quì la discussione é tuttora aperta ; e mentre molti scrittori accanto alla legge, come fonte di diritto, pongono la consuetudine, altri, non meno autorevolmente, negano che alla consuetudine possa attribuirsi valore di fonte indipendente.

E' bene chiarire subito che, in queste mie brevi note, debbo limitarmi a considerare la cosiddetta consuetudine introduttiva o innovativa ; cioè, appunto, la consuetudine che si pone come fonte autonoma di diritto ed alla quale, quindi, si può riconoscere valore giuridico indipendentemente dalla esistenza di una legge in senso formale che, in modo esplicito o implicito, le attribuisca tale valore. Quando, infatti, la consuetudine, così nel diritto privato come nel diritto pubblico, é richiamata da una legge, é intuitivo che é sempre e solo la legge che dà forza alla norma consuetudinaria ; e quindi si dice, giustamente, che la consuetudine é fonte indiretta o mediata ossia nel senso e nel presupposto che essa può valere solo ed in quanto la legge vi faccia richiamo ¹.

Anche nel diritto amministrativo vi sono leggi positive che riconoscono la consuetudine come fonte di diritto ² ; e, in questi casi, la questione si pone in termini non diversi di quelli già accennati e propri al diritto privato ³.

Perciò non mi pare esatto il punto di coloro i quali, allargando il campo di studio, assimilano la questione della efficacia della consuetudine nel diritto costituzionale con l'altra più vasta della

quels subsistent encore quelques différences d'opinions, beaucoup de difficultés sont à l'heure actuelle aplanies. Par contre, il n'en est pas de même en droit public, et spécialement pour le droit constitutionnel. Ici, la discussion est toujours ouverte ; et si beaucoup d'auteurs considèrent la coutume comme source de droit au même titre que la loi, d'autres, d'une égale notoriété, refusent à la coutume la valeur d'une source juridique indépendante.

Il est préférable de dire, dès maintenant, que dans les brèves notes qui vont suivre, je devrai me borner à envisager uniquement la coutume *introdutive ou innovatrice*, c'est-à-dire la coutume que l'on considère comme une source autonome de droit et à laquelle on peut en conséquence reconnaître une valeur juridique en dehors de toute disposition formelle qui, d'une manière expresse ou implicite, lui conférerait pareille valeur.

En effet, quand une coutume, en droit public aussi bien qu'en droit privé, est mentionnée par une loi, il va de soi que c'est toujours celle-ci et elle seule qui confère à la coutume sa valeur. On peut dès lors dire sans se tromper que la coutume est une source indirecte ou médiate de droit, en tant qu'elle n'a de valeur que si une loi la rappelle ¹.

En droit administratif, il existe des lois positives qui attribuent à la coutume le caractère de source de droit ² ; dans ces cas, la question se présente sous le même aspect que celui que je viens de signaler à propos du droit privé ³.

En conséquence, ne me paraît pas exact ⁴ le point de vue de ceux qui, élargissant le champ d'étude, assimilent la question de l'efficacité de la coutume en droit constitutionnel à celle, plus vaste, de son

efficacia della consuetudine nel diritto pubblico e fissano poi principi unici e generali da valere per tutti i rami del diritto pubblico⁴. In altri termini : nel diritto costituzionale — come si vedrà in seguito — mi sembra che la consuetudine abbia un valore tutto speciale e, ad ogni modo, qualunque possa essere la conclusione non mi pare dubbio che il problema della efficacia da attribuirsi alla norma consuetudinaria nel diritto costituzionale sia problema specifico, tutto proprio del diritto costituzionale. E' necessario, quindi, attenersi a criteri di completa autonomia e, per quanto già ho detto, non si debbono senz'altro accettare argomentazioni, sia pure esatte, ma valide per altra materia e nel concorso di altri presupposti. Del resto anche da altri elementi, che più innanzi rileverò, appare chiaro che la questione della efficacia della consuetudine, come fonte autonoma di diritto costituzionale, é, per i suoi caratteri peculiari, questione a sé e quindi deve essere studiata e risolta con propri principi.

Dal punto di vista del diritto positivo, poi, il tema si presta — mi pare — a qualche nuova osservazione. Difatti la recente legislazione costituzionale italiana si é estesa a molti rapporti che prima erano soltanto regolati dalla consuetudine.

II. Bisogna innanzi tutto precisare alcuni caratteri specifici delle consuetudini costituzionali. La questione é di molta importanza, e, però, non da tutti gli autori é sufficientemente chiarita. E solo avendo riguardo a questi caratteri⁵ si evita di dover seguire alcune

efficacité en droit public, et établissent ensuite des principes uniques et généraux valables pour toutes les branches du droit public. En d'autres termes, il me semble qu'en droit constitutionnel, comme on le verra par la suite, la coutume possède une valeur toute spéciale et, en tous cas, quelle que puisse être la conclusion, il ne me paraît pas douteux que le problème de l'efficacité des règles coutumières, en droit constitutionnel, soit un problème spécifique, propre au droit constitutionnel.

Il est donc nécessaire de recourir à des critères entièrement distincts et, comme je l'ai déjà dit, de repousser certaines argumentations qui, même exactes, n'ont de valeur que pour une autre matière ou avec le concours d'autres présumposés. D'ailleurs, il résulte manifestement d'autres éléments que j'indiquerai plus loin que la question de l'efficacité de la coutume, comme source autonome de droit constitutionnel, constitue, eu égard à ses caractères particuliers, un problème à lui seul qui doit être étudié et résolu au moyen de principes propres.

En ce qui concerne le droit positif, le thème se prête, me semble-t-il, à de nouvelles observations. En effet, la récente législation constitutionnelle italienne s'est étendue à beaucoup de rapports que seule la coutume réglementait auparavant.

2° Il faut avant tout préciser certains caractères spécifiques des coutumes constitutionnelles. La question est très importante et cependant elle n'est pas suffisamment mise en lumière par tous les auteurs. Ce n'est qu'en ayant égard à ces caractères⁵ que l'on évite de se rallier

tesi, affatto arbitrarie, alle quali spesso si fa ricorso per spiegare la efficacia obbligatoria della consuetudine.

La consuetudine nel diritto privato si può definire come l'osservanza costante ed uniforme di una regola di condotta che in membri di una data comunità sociale osservano negli atti della loro vita, cioè nei loro rapporti, con la coscienza della necessità della regola stessa ossia con l'intimo convincimento della sua obbligatorietà⁶. Due, quindi, sono gli elementi costitutivi della norma di diritto consuetudinario : l'uno esterno che si concreta nella serie degli atti uniformemente e costantemente ripetuti. Occorre, insomma, che vi sia uniformità, che la ripetizione degli atti sia costante e ininterrotta, che la pratica costante ed uniforme sia generale, solo nel senso però che anche in un campo territoriale ristretto, entro cui ha impero la norma consuetudinaria, quegli atti siano compiuti dalla generalità e non da alcuni membri soltanto. Senza che si debba dedurre la esigenza di un quarto requisito ne deriva, come logica conseguenza, che la pratica costante e uniforme deve avere una certa durata nel tempo. L'altro elemento interno consiste nella convinzione diffusa che la norma é largamente seguita perché appunto l'osservanza di quella pratica risponde ad una necessità di diritto. Naturalmente una tale convinzione può formarsi in modo diverso ; ma ciò non ha importanza. Ha importanza, invece, rilevare che l'avere la convinzione della necessità della norma significa ritenerla assolutamente vincolante, nel senso cioè che non diversamente dalla norma di

à certaines thèses qui n'ont rien d'arbitraire, et auxquelles on recourt fréquemment pour expliquer la valeur obligatoire de la coutume.

La coutume en droit privé peut se définir l'observation constante et uniforme d'une règle de conduite que les membres d'une communauté sociale observent dans les actes de leur vie, c'est-à-dire dans leurs rapports réciproques, avec la conscience de la nécessité de cette règle, c'est-à-dire avec l'intime conviction de son caractère obligatoire⁶. Il s'ensuit que les éléments constitutifs des règles de droit coutumier sont au nombre de deux : l'un, extérieur, qui se concrétise dans la série des actes uniformément et constamment répétés. Il faut en somme qu'il y ait uniformité et que la répétition des actes soit constante et ininterrompue, et que cette pratique constante et uniforme soit générale, c'est-à-dire que même si elle n'était en vigueur que dans des limites étroites, les actes imposés par les règles coutumières le soient à la généralité et non à quelques individus seulement, sans que l'on doive en déduire comme conséquence logique l'obligation pour la pratique constante et uniforme d'avoir une certaine durée dans le temps. L'autre élément est d'ordre interne et consiste dans la conviction largement répandue de l'observance générale de la règle, précisément parce que l'observance d'une pratique donnée répond à une nécessité de droit. Naturellement, pareille conviction peut se former d'une manière différente ; mais cela est sans importance. Il est au contraire très important de faire remarquer que la conviction de la nécessité d'une règle implique que l'on considère cette dernière comme douée d'un caractère obligatoire au même titre qu'un précepte exprimé dans

legge anche quella consuetudinaria deve imporre alle persone una condotta obbligatoria per quel dato rapporto.

Questi elementi che integrano il concetto di norma consuetudinaria si debbono anche avere per le consuetudini costituzionali ⁷. Ma, per queste, bisogna aver riguardo alla peculiarità dell'elemento sogettivo o personale.

Difatti la consuetudine costituzionale, come dice il nome, può formarsi nei reciproci rapporti fra gli organi costituzionali o immediati della Stato. E sono organi costituzionali quegli organi che, in riguardo al contenuto della attività, sono del tutto autonomi e indipendenti e perciò sottratti ad ogni comando di altri organi, e che nell'ordinamento dello Stato costituiscono il mezzo primo ed essenziale per l'esercizio e quindi per l'attuazione del potere supremo di impero ⁸.

Così per lo Stato italiano sono organi immediati, in quanto cioè non vi sono organi superiori che possono imporre a questi la propria volontà il Re e con esso i Ministri, considerati nella loro funzione di consiglieri della Corona, le due Camere, e il Collegio elettorale, cui deve ora aggiungersi il Gran Consiglio del Fascismo ⁹, mentre non pare che tale qualifica possa attribuirsi al Partito nazionale fascista ¹⁰; e, malgrado la dizione dell'art. 6 dello Statuto, devono ancora considerarsi come organi immediati i giudici di ogni grado perché traggono direttamente i loro poteri e le loro funzioni dalle costituzione dello Stato ed hanno, pure essi, autonomia e indipendenza di fronte agli altri organi statuali.

un texte législatif, c'est-à-dire douée d'un caractère qui l'impose aux particuliers comme règle de conduite obligatoire pour un rapport donné.

Ces éléments, qu'il est nécessaire de mettre en évidence pour donner une conception exacte des règles coutumières, doivent être retenus également pour les coutumes constitutionnelles ⁷. Mais pour ces dernières il faut prendre en considération les caractères particuliers de l'élément subjectif ou personnel. La coutume constitutionnelle, en effet, comme son nom l'indique, peut se former dans les rapports réciproques des organes constitutionnels ou immédiats de l'Etat. Les organes constitutionnels sont ceux qui, par la nature de leur activité, sont complètement autonomes et indépendants, et par conséquent soustraits aux injonctions de tout autre organe; et qui, dans la hiérarchie de l'Etat, constituent l'organe primordial et essentiel de l'exercice et conséquemment de la réalisation d'un pouvoir suprême *d'empire* (de commandement).

Ainsi, dans l'Etat italien, sont des organes immédiats, en tant qu'il n'existe pas d'autres organes pouvant leur imposer leur volonté: le Roi, et avec lui les Ministres (considérés dans leur fonction de conseillers de la couronne), les deux Chambres et le Collège électoral, auxquels on doit ajouter le Grand Conseil Fasciste ⁸. Mais il semble que l'on ne puisse attribuer un tel qualificatif au Parti National fasciste ⁹ et que, malgré l'article 6 de la Constitution, l'on doive également considérer comme organes immédiats les juges de tous les degrés, parce qu'ils détiennent leur pouvoir et leurs fonctions directement de la Constitution de l'Etat et sont donc aussi autonomes et indépendants des autres organes de l'Etat.

Come si vede nella consuetudine costituzionale, l'elemento esteriore, cioè l'osservanza uniforme e diuturna delle regole di condotta, concerne solo l'attività esplicata da un limitato gruppo di organi dello Stato ; quanto all'elemento interno ossia alla convinzione che quella data regola é necessaria, é evidente che si deve riferirla alle persone fisiche che sono preposte ai pubblici uffici, intesi come sfere di attribuzioni, cioè di poteri e compiti dello Stato, e che danno a questi vita, volontà e azione, trasformando gli uffici stessi da unità astratte in organi statuali in senso proprio.

Si deve però notare che l'attività esplicata da alcuni organi costituzionali non può, per la sua natura, essere assolutamente regolata da norme consuetudinarie. Tutto il campo proprio della funzione giurisdizionale é precluso al formarsi di un diritto consuetudinario. I rapporti, poi, fra potere giurisdizionale e potere legislativo e potere giurisdizionale e potere esecutivo sono rapporti di separazione ; interferenze non sono possibili e quindi ogni ragione di dubbio viene meno. E' vero che il giudice può applicare una norma consuetudinaria per dati rapporti ; ma ciò solo nei casi in cui la legge glie lo consente. Il che prova, appunto, che il potere giurisdizionale, a differenza degli altri poteri, come vedremo, non può essere obbligato da una qualsiasi manifestazione di volontà dello Stato (tale potrebbe essere per ipotesi la norma consuetudinaria). Dunque, é chiaro, che un atto di volontà della Stato, può vincolare il potere giurisdizionale solo ed in quanto tale atto trovi la sua concreta espressione nella legge.

On le voit, dans la coutume constitutionnelle, l'élément extérieur : l'observation constante et uniforme des règles de conduite, concerne seulement l'activité déployée par un groupe restreint des organes de l'Etat ; quant à la conviction de la nécessité d'une règle, qui constitue l'élément interne, il est évident qu'elle est relative aux personnes physiques préposées aux offices publics, ces derniers étant considérés comme sphère d'attribution des pouvoirs et tâches de l'Etat auxquels ces personnes confèrent vie, volonté et action, transformant ainsi ces offices qui, d'unités abstraites, deviennent des organes de l'Etat au sens propre du mot.

Il faut considérer cependant que, par sa nature, l'activité déployée par certains organes constitutionnels ne peut être réglementée d'une façon absolue par la coutume. La fonction judiciaire, dans son domaine propre tout entier, s'oppose à la formation d'un droit coutumier. Ensuite, les rapports entre les pouvoirs judiciaire et législatif et les pouvoirs judiciaire et exécutif constituent des rapports de séparation ; des interférences n'étant pas possibles, toute raison de douter disparaît. Il est vrai que le juge peut appliquer une règle coutumière dans des rapports donnés, mais pour autant que la loi le lui permette. Ceci prouve, précisément, que le pouvoir judiciaire, à la différence des autres pouvoirs, comme nous le verrons, ne peut être obligé par une manifestation quelconque de la volonté de l'Etat (telle pourrait être, par hypothèse, la règle coutumière). Il est donc manifeste qu'un acte de volonté de l'Etat ne peut lier le pouvoir judiciaire que pour autant qu'il se concrétise dans la Loi.

E' così fuori discussione che nel porre il problema della efficacia della consuetudine, come fonte autonoma di diritto costituzionale, ci si deve riferire solo alle funzioni degli organi immediati dell'Esecutivo e del Legislativo ; questa questione non può, comunque, riguardare il potere giurisdizionale.

III. Numerose sono le tesi qui si fa ricorso per escludere o ammettere la efficacia della consuetudine nel diritto pubblico e specialmente nel diritto costituzionale ¹¹.

Se si ha riguardo al diritto positivo, a me sembra che argomenti decisivi, nell'uno no nell'altro senso, non si possono ricavare dall'art. 3, 2 cap. disp. prel. al Codice civile ¹². Detto articolo stabilisce che qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge si deve aver riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe : ove il caso rimanga tuttavia dubbio si deciderà secondo i principi generali del diritto. Che nel concetto di principi generali del diritto, cioè dei principi fondamentali informatori del nostro ordinamento giuridico, non si possa comprendere la consuetudine é ben evidente ¹³. E' però certo che la disposizione pur avendo riguardo alla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi, in generale, si riferisce esclusivamente all'esercizio della funzione giurisdizionale ¹⁴. Le espressioni « decidere », « controversia », « caso dubbio », non lasciano luogo ad equivoci di sorta. Fu poi acutamente osservato che le norme riguardanti la interpretazione delle leggi, pur dovendo riferirle al diritto in

Il est hors de discussion que le problème de l'efficacité de la coutume, considérée comme source autonome de droit constitutionnel, doit se rapporter uniquement aux fonctions des organes immédiats de l'Exécutif et du Législatif. Cette question ne peut en aucune manière concerner le pouvoir judiciaire.

3° Il existe un grand nombre de thèses auxquelles on recourt pour nier ou admettre l'efficacité de la coutume en droit public et spécialement en droit constitutionnel ¹⁰.

En ce qui concerne le droit positif, on ne peut tirer, me semble-t-il, de l'article 3, 2° chapitre, dispositions préliminaires au Code Civil ¹¹, d'arguments décisifs ni dans un sens ni dans l'autre. Le dit article exprime que si, en cas de controverse, on ne peut trouver de solution dans un texte de loi précis, on doit se référer aux dispositions régissant des cas semblables ou des matières analogues, et que là où le doute subsistera, on devra appliquer les principes généraux du droit.

Il est bien évident que la coutume n'est pas comprise dans les principes généraux du droit ¹², c'est-à-dire dans les normes fondamentales du droit italien. Il est certain toutefois que ce texte, tout en ayant égard à la publication, l'interprétation et l'application des lois en général, se réfère exclusivement à l'exercice du pouvoir judiciaire ¹³. Les expressions « décider, controverse, cas douteux », ne laissent place pour aucune équivoque.

Ensuite, on a fait observer avec subtilité que les principes d'interprétation des lois, tout en devant se rapporter au droit en général, donnent principalement des conseils et ne sont jamais d'un caractère rigoureusement obligatoire ¹⁴.

generale, dànno più che altro dei suggerimenti e non sono fornite di una rigorosa obbligatorietà ¹⁵. Ne, per escludere la consuetudine come fonte autonoma, ci sembra buono il richiamo all'art. 5 disp. prel. del codice civile, per il quale le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore o per incompatibilità delle nuove disposizioni con le precedenti, o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore. Questa disposizione può impedire il formarsi di una consuetudine *contra legem*, della quale questione qui non mi occupo ; ma non vieta per nulla la formazione della consuetudine *praeter legem*.

Tutto sommato, dunque, e senza oltre dilungarmi su queste questioni che altri hanno già ampiamente studiato, a me sembra che é necessario porsi da un punto di vista più generale. Perciò si fa ricorso ad altri argomenti.

Si dice che se la consuetudine non ha per sé carattere di fonte per il diritto privato, ma lo attinge dalla legge positiva, non v'è ragione per ammettere principio diverso per il diritto pubblico ¹⁶. Ma, evidentemente, questa tesi parte dal presupposto che le due questioni della efficacia della consuetudine nel diritto privato e nel diritto pubblico, in ispecie nel diritto costituzionale, si trovino su di una stessa linea. Ho già, invece, chiarito che sia in riguardo ai soggetti, sia in riguardo ai rapporti, cui la consuetudine costituzionale si riferisce, nessun richiamo alla disciplina privatistica, limitatamente a questo punto, é possibile. E da ciò appunto la peculiarità del problema e del modo col quale la consuetudine nel diritto costituzionale attinge la sua forza obbligatoria.

A notre avis, l'exclusion de la coutume, comme source autonome de droit, peut se déduire de l'article 5 dispositions préliminaires du Code Civil, aux termes duquel les lois ne sont abrogées que par des lois postérieures ensuite d'une déclaration de volonté du législateur, ou par de nouvelles dispositions incompatibles avec les précédentes, ou par une loi nouvelle s'appliquant à l'ensemble de la matière déjà régie par la loi antérieure. Cet article exclut peut-être la formation d'une coutume *contra legem*, ce dont je ne m'occupe pas ici ; mais il n'empêche nullement la formation d'une coutume *praeter legem*.

Tout compte fait, et sans m'étendre davantage sur ces questions que d'autres ont déjà étudiées d'une façon approfondie, il me paraît nécessaire de se placer à un point de vue plus général, et pour ce faire de recourir à d'autres arguments.

On dit que la coutume, en droit privé, n'offre pas en elle-même le caractère de source de droit, mais qu'elle tient ce caractère de la loi positive. Or, il n'y a aucune raison d'admettre un principe différent en ce qui concerne le droit public ¹⁵. Mais évidemment cette thèse implique au préalable que les deux questions de l'efficacité de la coutume en droit privé et en droit public, et spécialement en droit constitutionnel, se trouvent placées sur une même ligne. J'ai déjà montré au contraire, en me référant soit aux sujets de droit, soit aux rapports auxquels s'applique la coutume constitutionnelle, qu'aucune assimilation ne peut être faite avec le droit privé, envisagé à ce seul point de vue.

Ceci, précisément, met en lumière le caractère particulier du problème, et montre comment la coutume en droit constitutionnel acquiert force obligatoire.

Si può aggiungere, se ancora rimane dubbio sulla esattezza di questo rilievo, che anche la materia regolata da una consuetudine costituzionale è ben diversa e non riguarda, per certo, rapporti patrimoniali fra soggetti privati, come é appunto per il diritto privato. Si tratta, per le consuetudini costituzionali — comme giova ripetere — di relazioni fra organi immediati i quali sono appunto tali perché nella loro azione sempre esprimono e danno consistenza alla volontà dello Stato ; e quindi il campo proprio del diritto costituzionale consuetudinario é circoscritto a questa sfera di rapporti ; e, in particolare, non riguarda soggetti privati, ai quali tali rapporti possono interessare solo indirettamente.

Per completare questo esame bisogna anche osservare che la maggior parte dei rapporti fra potere legislativo e potere esecutivo é, di solito, regolata dall'insieme delle norme giuridiche fondamentali relative alla organizzazione dello Stato ; a tali norme, di cui molte riunite e scritte in documenti o atti speciali e solenni, non possono sovrapporsi consuetudini. Quando, in altre parole, la disciplina di un rapporto ricade sotto l'impero della legge, che traduce o fissa in forma esplicita e definita la volontà dello Stato in un precetto obbligatorio, non può trovar posto la consuetudine. E questa sola é regola generale che può valere tanto in diritto privato quanto in diritto pubblico.

Sempre in riguardo alla specialità dei rapporti, si é anche osservato che il formarsi di norme consuetudinarie può giustificarsi per quei rapporti che per la loro indeterminatezza sfuggono ad una esatta

Si cette observation ne paraît pas suffisamment exacte, on peut faire remarquer en outre que la coutume constitutionnelle s'applique à une matière elle-même bien différente, tout à fait étrangère à des rapports patrimoniaux entre sujets privés de droit, comme c'est le cas pour le droit privé.

Pour les coutumes constitutionnelles, il est bon de le répéter, il s'agit en somme de relations entre organes immédiats, qui ne sont tels précisément que parce que c'est toujours la volonté de l'Etat que leur activité exprime et concrétise. Le champ propre des coutumes de droit constitutionnel est ainsi circonscrit à ces rapports ; particulièrement, il ne comprend pas les sujets privés de droit que ces rapports ne peuvent intéresser qu'indirectement.

Pour être complet, il faut encore observer que les rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif sont en majeure partie régis normalement par l'ensemble des principes juridiques fondamentaux qui sont à la base de l'organisation de l'Etat, et que beaucoup de ces principes sont réunis dans des documents ou des actes solennels auxquels des coutumes ne peuvent venir s'ajouter. En somme, quand la règle s'appliquant à un rapport tombe sous l'empire de la loi, qui traduit et fixe d'une manière explicite et définitive la volonté de l'Etat, en un précepte obligatoire, il ne peut y avoir place pour la coutume. Cette règle générale peut seule valoir en droit privé comme en droit public.

Toujours en ce qui concerne la nature spécifique des rapports, on a fait observer également que la formation de coutumes peut se justifier pour les rapports qui, par leur indétermination, échappent à une défi-

definizione legislativa ¹⁷. Ma queste ed altre osservazioni non possono, a mio avviso, avere valore assoluto ; può essere che per dati rapporti un regolamento consuetudinario sia meno rigido e meglio si adatti della norma scritta. Ma tanto da un punto di vista astratto che concreto non vi sono rapporti che non possono ricadere sotto il dominio della legge, cioè della esplicita dichiarazione di volontà dello Stato. E così alla consuetudine può sempre sostituirsi la legge. E il campo proprio del diritto consuetudinario può, ad ogni momento, allargarsi e restringersi, perché é sempre subordinato alla legge. Il che, come vedremo, é appunto avvenuto colla nuova legislazione nell'ordinamento costituzionale italiano.

Il rilievo però più interessante a farsi per quanto riguarda la tesi che riconosce efficacia alla consuetudine solo sul fondamento di una legge, é questo : che, cioè, la consuetudine come fonte indipendente é esclusa, perché non potrebbe attingere tale suo carattere alla volontà dello Stato. Il che, a me sembra, dà per ammesso a priori ciò che in realtà é a dimostrarsi.

Difatti, dato pure che la formazione del diritto sia nella nostra società funzione essenziale ed esclusiva dello Stato, sicché non debbano ammettersi altre fonti di produzione del diritto al di fuori della volontà dello Stato, non é ancora detto con ciò che debba negarsi valore alla consuetudine. Se si dimostra (facciamo pure l'ipotesi ora) che la consuetudine, non diversamente dalla legge, deriva la sua forza obbligatoria dalla volontà dello Stato, é chiaro che nessun pregiudizio ne ha la teoria della statualità del diritto. Questo é, dun-

nition législative exacte ¹⁶. Mais ces observations, en plus d'autres que l'on pourrait encore formuler, ne peuvent avoir à mon avis une valeur absolue ; car il se peut que pour des rapports donnés, une solution coutumière soit moins rigide et s'adapte mieux que la règle écrite. Mais tant du point de vue abstrait que du point de vue concret, aucun rapport n'échappe à l'application de la loi, c'est-à-dire à la manifestation expresse de la volonté de l'Etat.

La coutume peut ainsi toujours être remplacée par la loi, et le champ propre du droit coutumier peut à tout moment s'élargir ou se rétrécir, parce qu'il est toujours subordonné à la loi. C'est d'ailleurs ce qui est arrivé, comme nous le verrons, dans la nouvelle charte constitutionnelle italienne.

L'argument le plus intéressant dont on puisse faire état en faveur de la thèse qui ne reconnaît d'efficacité à la coutume qu'en fonction d'un texte législatif consiste en ce que la coutume ne peut exister comme source indépendante parce qu'elle ne pourrait tirer ce caractère que de la volonté de l'Etat. Cet argument, à mon sens, admet *a priori* ce qui est en réalité à démontrer. En effet, même si l'on admet que la formation du droit dans notre société constitue une fonction essentielle de l'Etat, et que l'on ne puisse admettre d'autres sources d'élaboration du droit en dehors de la volonté de l'Etat, il n'en résulte nullement que l'on doive nier la valeur de la coutume. Si l'on démontre (formulons-en l'hypothèse dès maintenant) que la coutume, au même titre que la loi, puise sa force obligatoire dans la volonté de l'Etat, il devient manifeste que la théorie de l'étatisation du droit n'en est pas atteinte.

que, il punto fondamentale della questione: e solo così, a mio avviso, é poi possibile dare un giudizio su molte altre tesi che gli autori portano a sostegno della opinione contraria, e cioè della ammissibilità della consuetudine come fonte indipendente.

IV. Come si vede é necessario precisare i criteri che possono giustificare una antitesi fra legge e consuetudine, ossia fra norma giuridica e norma consuetudinaria.

Una norma consuetudinaria, come già si é detto, può sempre divenire norma giuridica, quando, come tale, in qualsiasi modo, ma sempre per volontà dello Stato, é riconosciuta. Se si ha riguardo quindi solo al contenuto delle varie categorie di norme (norme etiche, sociali, non escluse quelle che sono osservate per uso costante e per convinzione della loro necessità) non é possibile distinguerle da quelle che, propriamente, si dicono giuridiche. Difatti il contenuto precettivo di una norma giuridica soddisfa sempre ad una fondamentale esigenza: quella di mantenere l'ordine e assicurare le condizioni fondamentali di vita nella società organizzata a Stato. Al soddisfacimento di tale esigenza provvedono, sia pure in diverso modo e misura, anche tutte le altre norme non escluse quelle etiche, sociali e consuetudinarie. E perciò, appunto una norma etica o sociale, e così pure quelle osservate per uso costante, possono sempre dare il contenuto o fornire la materia per la formulazione di una norma giuridica. E non é raro il caso, quindi, di vedere che l'elemento materiale di un precetto, che si ispira a principi di morale

Voilà le point fondamental de la question ; et ce n'est, à mon avis, qu'en mettant en lumière ces principes qu'il devient possible de critiquer beaucoup d'autres thèses que les auteurs ont énoncées pour étayer leur opinion contraire, savoir : l'admission de la coutume comme source indépendante.

4° Il est donc nécessaire, on le voit, de préciser les principes qui peuvent justifier l'existence d'une antithèse entre la loi et la coutume, c'est-à-dire entre la norme juridique et la norme coutumière.

Une norme coutumière, on l'a déjà dit, peut toujours devenir une norme juridique, lorsque la volonté de l'Etat la fait reconnaître comme telle. Dès lors, si l'on n'envisage que le contenu des diverses catégories de normes (normes éthiques ou sociales, sans exclure celles dont l'observance constitue un usage constant et résulte de la conviction de leur nécessité), il est impossible de les distinguer de celles que l'on appelle proprement juridiques.

Les préceptes d'une norme juridique donnent en effet toujours satisfaction à une exigence fondamentale : celle du maintien de l'ordre et des conditions fondamentales de vie dans la société organisée de l'Etat. Toutes les autres normes, y compris les normes morales, sociales et coutumières, pourvoyent, souvent d'une manière et dans des mesures différentes, à ce que ces exigences soient satisfaites. De ce fait, il résulte précisément que les normes éthiques ou sociales, ainsi que celles qui sont observées en vertu d'un usage constant, peuvent toujours constituer le contenu ou fournir la matière d'une norme juridique. Il n'est donc pas rare que l'élément matériel d'un précepte qui ressortit à des règles

e che é pure osservato costantemente é, poi, dal legislatore preso a fondamento o senz'altro riprodotto in un preciso disposto di legge. Dunque l'uso uniforme nel regolare un dato rapporto in un dato modo, anche quando é accompagnato dalla convinzione della sua necessità, non é per ciò solo norma giuridica ; e ciò per la ragione che la consuetudine può dare soltanto l'elemento materiale alla norma giuridica ¹⁸. E' così chiaro che norma consuetudinaria e norma giuridica non si prestano a distinzioni di sorta se si ha riguardo solo al contenuto del precetto.

A diversa conclusione si deve giungere se si considera l'elemento formale delle varie categorie di norme. Quì la distinzione é possibile e logica ; e si capisce anche facilmente perché la consuetudine in ogni campo, anche nel diritto costituzionale, deve per essere fonte di diritto derivare la sua forza obbligatoria dalla volontà dello Stato. La sola differenza é questa : che nel diritto costituzionale per le ragioni che ora esporrò, la consuetudine deriva la sua forza obbligatoria in modo diretto e immediato, mentre in ogni altro ramo del diritto (pubblico o privato) la forza obbligatoria é sempre data dallo Stato, ma in modo indiretto e mediato ossia sul fondamento di una legge.

Ho detto che la differenza fra consuetudine e norma giuridica é solo di carattere formale. Difatti la norma giuridica é sempre espressione di volontà statuale perché, appunto, la sua forza obbligatoria deriva sempre da una volontà esterna ai destinatari e indipendente, ossia da un potere originario di impero.

de morale, et qui est également d'une observation constante, soit ensuite pris comme base par le législateur, et reproduit sans plus dans un texte de loi.

Dès lors, l'usage qui régit uniformément un rapport déterminé d'une manière également déterminée, ne constitue pas une norme juridique même s'il est basé sur la conviction que l'on a de sa nécessité. Cela, parce que la coutume ne peut fournir que l'élément matériel d'une norme juridique ¹⁷. Il est évident que la norme coutumière et la norme juridique ne se prêtent à des distinctions d'aucune sorte si l'on n'a égard qu'à leur seul contenu.

Une conclusion différente s'impose, si l'on considère l'élément formel des différentes catégories de normes. Ici, la distinction est possible et logique ; et l'on comprend facilement pourquoi la coutume, dans tous ses domaines, même en droit constitutionnel, doit, pour être source de droit, puiser sa force obligatoire dans la volonté de l'Etat. La seule différence est la suivante : la coutume est revêtue d'une force obligatoire d'une manière directe et immédiate, alors que dans toutes les autres branches du droit (public ou privé), la force obligatoire provient toujours de l'Etat, mais d'une manière indirecte ou médiate, c'est-à-dire par l'intermédiaire d'une loi. J'ai déjà dit que la différence entre la coutume et la norme juridique n'est qu'une question de forme.

En effet, la norme juridique est toujours l'expression de la volonté de l'Etat précisément parce que sa force obligatoire dérive toujours d'une volonté extrinsèque à ceux auxquels elle s'applique, et parce qu'elle est indépendante, c'est-à-dire issue d'un pouvoir originaire *d'empire* (de commandement).

Quando si usa l'espressione « diritto consuetudinario », in senso proprio si vuole effettivamente esprimere questo concetto : che, cioè, l'elemento formale ossia l'imperativo giuridico di cui la consuetudine come forza in sé é sempre sfornita é, eccezionalmente, dato pure ad essa per volere dello Stato. Giova subito dire, salvo insistere poi, che non ha importanza il modo o la forma con la quale la volontà sovrana dello Stato dà a una norma l'imperativo giuridico. La regola é questa : che la volontà dello Stato munisce di imperativo giuridico la consuetudine richiamandola in una norma scritta, sia essa contenuta in un codice o in una legge speciale e che é già espressa manifestazione di volontà statuale ; perciò si dice che la consuetudine ha solo valore sul fondamento di una legge, nel senso appunto che con tale richiamo si attribuisce alla consuetudine forza obbligatoria o, in altre parole, le viene dato anche l'imperativo giuridico. E questa regola, quanto al modo col quale l'imperativo giuridico é dato, soffre una sola eccezione per le consuetudini costituzionali.

V. Posto il principio che la sola fonte dell'imperativo giuridico ossia dell'elemento formale della norma giuridica é la volontà dello Stato, rimane a vedere se anche la consuetudine costituzionale deriva la sua forza obbligatoria dallo Stato o, in altre parole, se é pur essa manifestazione di volontà degli organi supremi statuali. E solo a questa condizione, mi sembra, si può dire che la consuetudine é fonte di diritto costituzionale, perché solo a questa condizione si

Quand on emploie l'expression « droit coutumier » au sens propre, on veut en fait exprimer cette idée, que l'élément formel, c'est-à-dire l'impératif juridique, dont la coutume est par elle-même dépourvue, peut lui être exceptionnellement octroyé par la volonté de l'Etat. Il est préférable de dire dès l'abord qu'il est indifférent que la volonté souveraine de l'Etat recoure à telle forme ou tel procédé pour conférer à une norme l'impératif juridique. Le principe est le suivant : la volonté de l'Etat confère à la coutume l'impératif juridique en l'exprimant dans une norme écrite (code ou loi spéciale) norme qui constitue une manifestation de la volonté de l'Etat ; c'est pourquoi on dit que la coutume n'a de valeur que pour autant qu'elle soit basée sur une loi. C'est en effet en donnant à la coutume cette expression qu'on lui attribue force obligatoire ; en d'autres termes, qu'on lui confère l'impératif juridique. Et ce principe en ce qui concerne le moyen grâce auquel lui est attribué l'impératif juridique, ne souffre qu'une seule exception : celle des coutumes constitutionnelles.

5° Le principe étant établi que la source de l'impératif juridique, élément formel de la norme juridique, est la volonté de l'Etat, il reste à examiner si la coutume constitutionnelle tire sa force obligatoire de l'Etat ; en d'autres termes, si elle aussi est une manifestation de la volonté des organes supérieurs de l'Etat. Ce n'est, me semble-t-il, qu'à cette condition que l'on peut voir dans la coutume une source de droit constitutionnel, parce que ce n'est également qu'à cette condition qu'on

può stabilire una equivalenza fra norma giuridica e norma consuetudinaria.

A questo riguardo basta richiamare le osservazioni già fatte. Una consuetudine costituzionale può formarsi solo per regolare dati rapporti non regolati per legge, fra potere legislativo e potere esecutivo. E gli organi di questi poteri sono organi immediati o costituzionali e tanto nell'esercizio delle loro funzioni quanto nei loro reciproci rapporti questi organi esprimono sempre e necessariamente alla volontà dello Stato.

Quando un organo costituzionale nei suoi rapporti con altri organi tiene sempre costantemente uno stesso comportamento vuol dir che é obbligato, ossia che nei suoi confronti e per quel dato rapporto vi é un imperativo che é giuridico perché posto dallo Stato. Si capisce che quando la volontà dello Stato vuole obbligare un organo costituzionale a seguire una data linea di condotta non ha bisogno di porre sempre e per ogni rapporto l'imperativo giuridico, esplicitamente, in una legge. Dato, infatti, che sono gli organi costituzionali che esprimono la volontà dello Stato non vi é difficoltà ad ammettere che il comportamento tenuto in modo uniforme e costante e con la convinzione della sua necessità da uno qualunque di questi organi, vincola questo stesso organo di fronte agli altri. La volontà legislativa dello Stato, espressa a mezzo dei suoi organi, non é tutta e soltanto nella legge.

Si può quindi dire che la volontà dello Stato pone imperativi giuridici agli organi costituzionali e a questi soli anche senza una esplicita dichiarazione legislativa. L'imperativo giuridico espressamente

peut établir une équivalence entre la norme juridique et la norme coutumière.

A cet égard, il suffit de rappeler les observations déjà faites ; la formation d'une coutume constitutionnelle ne peut se produire que pour la réglementation des rapports existant entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif et qui ne sont pas régis par une loi. En outre, les organes de ces pouvoirs sont des organes immédiats ou constitutionnels ; aussi bien dans leur activité que dans leurs rapports réciproques, ils expriment nécessairement et toujours la volonté de l'Etat.

Lorsqu'un organe constitutionnel, dans ses rapports avec d'autres organes, agit toujours suivant les mêmes procédés, cette identité signifie que ces procédés sont obligatoires, et que, dominant ces rapports, il existe un impératif qui est juridique parce qu'imposé par l'Etat. Il va sans dire que lorsque la volonté de l'Etat veut imposer une manière d'agir à un organe constitutionnel, il ne lui est pas nécessaire de recourir toujours à un impératif juridique exprimé expressément dans une loi. Etant donné que ce sont les organes constitutionnels qui expriment la volonté de l'Etat, rien ne s'oppose en effet à ce que l'on admette qu'une manière d'agir employée d'une façon constante et avec la conviction de sa nécessité par un quelconque de ces organes, oblige ce même organe vis-à-vis des autres. La volonté législative de l'Etat, exprimée par l'intermédiaire de ses organes, n'est pas totalement et seulement dans la loi.

On peut donc affirmer que la volonté de l'Etat impose des impératifs juridiques aux organes constitutionnels, et qu'à ceux-ci seuls il les impose même en dehors d'un texte législatif exprès. Un texte exprès est

dichiarato é indispensabile quando deve imporsi e soggetti privati ; ma quando il comando é rivolto ad organi costituzionali si può dire che vi é sempre un imperativo giuridico ogni qualvolta si può desumere dal loro comportamento che si ritengono obbligati a compiere determinati atti o fatti, in un modo piuttosto che nell'altro, nei loro reciproci rapporti.

Così si forma la consuetudine costituzionale che vincola gli organi costituzionali, in quanto é, appunto, espressione di volontà statuale. E la volontà dello Stato espressa in quella forma, avuto riguardo ai soggetti cui si impone (organi costituzionali) e ai rapporti che deve disciplinare ha egual forza e pone l'imperativo giuridico che di solito é dato alla consuetudine in modo indiretto a cioè rinviando alla legge. La consuetudine é perciò fonte di diritto costituzionale perché essa pure così come la norma giuridica deriva dalla volontà dello Stato ¹⁹ ed ha quindi anche l'imperativo giuridico cioè l'elemento formale della norma.

Tutto il problema della efficacia della consuetudine come fonte di diritto costituzionale si riduce a questa constatazione : che gli imperativi giuridici quando sono rivolti agli organi costituzionali non richiedono una esplicita formulazione, ma ben se ne può dedurre la esistenza implicitamente, ossia avendo riguardo al comportamento degli organi.

Si può dunque concludere che la volontà dello Stato espressa in quella forma, cioè a mezzo della pratica costante e uniforme, é volontà capace di porre imperativi giuridici perché i destinatari

indispensable quand l'impératif juridique doit s'imposer à des sujets privés ; mais dès que le commandement s'adresse à des organes constitutionnels, on peut dire qu'il y a un impératif juridique chaque fois que l'on peut déduire de la manière d'agir de ces organes que ces derniers se considèrent dans l'obligation d'accomplir, dans leurs rapports réciproques, des actes déterminés d'une façon déterminée.

Ainsi se forme la coutume constitutionnelle, qui lie les organes constitutionnels en tant qu'elle est précisément une expression de la volonté de l'Etat. Et la volonté de l'Etat exprimée dans cette forme, eu égard aux sujets auxquels elle s'impose (organes constitutionnels) et aux rapports qu'elle doit régler avec une force égale, détermine l'impératif juridique, qui d'habitude est conféré à la coutume d'une manière indirecte, c'est-à-dire par un renvoi à la loi.

La coutume est donc une source de droit constitutionnel parce que, elle aussi, comme la norme juridique, dérive de la volonté de l'Etat ¹⁸ ; elle possède donc aussi l'impératif juridique, c'est-à-dire l'élément formel de la norme.

Tout le problème de l'efficacité de la coutume comme source de droit constitutionnel se réduit à cette constatation que les impératifs juridiques adressés aux organes constitutionnels ne requièrent pas une forme expresse, mais que l'on peut déduire leur existence d'une manière implicite, c'est-à-dire en fonction de la manière d'agir des organes. On peut ainsi conclure que la volonté de l'Etat, exprimée sous cette forme, c'est-à-dire par une pratique constante et uniforme, est une volonté capable d'imposer des impératifs juridiques, parce que les sujets auxquels s'ap-

Come si vede nella consuetudine costituzionale, l'elemento esteriore, cioè l'osservanza uniforme e diuturna delle regole di condotta, concerne solo l'attività esplicata da un limitato gruppo di organi dello Stato ; quanto all'elemento interno ossia alla convinzione che quella data regola é necessaria, é evidente che si deve riferirla alle persone fisiche che sono preposte ai pubblici uffici, intesi come sfere di attribuzioni, cioè di poteri e compiti dello Stato, e che danno a questi vita, volontà e azione, trasformando gli uffici stessi da unità astratte in organi statuali in senso proprio.

Si deve però notare che l'attività esplicata da alcuni organi costituzionali non può, per la sua natura, essere assolutamente regolata da norme consuetudinarie. Tutto il campo proprio della funzione giurisdizionale é precluso al formarsi di un diritto consuetudinario. I rapporti, poi, fra potere giurisdizionale e potere legislativo e potere giurisdizionale e potere esecutivo sono rapporti di separazione ; interferenze non sono possibili e quindi ogni ragione di dubbio viene meno. E' vero che il giudice può applicare una norma consuetudinaria per dati rapporti ; ma ciò solo nei casi in cui la legge glie lo consente. Il che prova, appunto, che il potere giurisdizionale, a differenza degli altri poteri, come vedremo, non può essere obbligato da una qualsiasi manifestazione di volontà dello Stato (tale potrebbe essere per ipotesi la norma consuetudinaria). Dunque, é chiaro, che un atto di volontà della Stato, può vincolare il potere giurisdizionale solo ed in quanto tale atto trovi la sua concreta espressione nella legge.

On le voit, dans la coutume constitutionnelle, l'élément extérieur : l'observation constante et uniforme des règles de conduite, concerne seulement l'activité déployée par un groupe restreint des organes de l'Etat ; quant à la conviction de la nécessité d'une règle, qui constitue l'élément interne, il est évident qu'elle est relative aux personnes physiques préposées aux offices publics, ces derniers étant considérés comme sphère d'attribution des pouvoirs et tâches de l'Etat auxquels ces personnes confèrent vie, volonté et action, transformant ainsi ces offices qui, d'unités abstraites, deviennent des organes de l'Etat au sens propre du mot.

Il faut considérer cependant que, par sa nature, l'activité déployée par certains organes constitutionnels ne peut être réglementée d'une façon absolue par la coutume. La fonction judiciaire, dans son domaine propre tout entier, s'oppose à la formation d'un droit coutumier. Ensuite, les rapports entre les pouvoirs judiciaire et législatif et les pouvoirs judiciaire et exécutif constituent des rapports de séparation ; des interférences n'étant pas possibles, toute raison de douter disparaît. Il est vrai que le juge peut appliquer une règle coutumière dans des rapports donnés, mais pour autant que la loi le lui permette. Ceci prouve, précisément, que le pouvoir judiciaire, à la différence des autres pouvoirs, comme nous le verrons, ne peut être obligé par une manifestation quelconque de la volonté de l'Etat (telle pourrait être, par hypothèse, la règle coutumière). Il est donc manifeste qu'un acte de volonté de l'Etat ne peut lier le pouvoir judiciaire que pour autant qu'il se concrétise dans la Loi.

E' così fuori discussione che nel porre il problema della efficacia della consuetudine, come fonte autonoma di diritto costituzionale, ci si deve riferire solo alle funzioni degli organi immediati dell'Esecutivo e del Legislativo ; questa questione non può, comunque, riguardare il potere giurisdizionale.

III. Numerose sono le tesi qui si fa ricorso per escludere o ammettere la efficacia della consuetudine nel diritto pubblico e specialmente nel diritto costituzionale ¹¹.

Se si ha riguardo al diritto positivo, a me sembra che argomenti decisivi, nell'uno no nell'altro senso, non si possono ricavare dall'art. 3, 2 cap. disp. prel. al Codice civile ¹². Detto articolo stabilisce che qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge si deve aver riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe : ove il caso rimanga tuttavia dubbio si deciderà secondo i principi generali del diritto. Che nel concetto di principi generali del diritto, cioè dei principi fondamentali informatori del nostro ordinamento giuridico, non si possa comprendere la consuetudine é ben evidente ¹³. E' però certo che la disposizione pur avendo riguardo alla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi, in generale, si riferisce esclusivamente all'esercizio della funzione giurisdizionale ¹⁴. Le espressioni « decidere », « controversia », « caso dubbio », non lasciano luogo ad equivoci di sorta. Fu poi acutamente osservato che le norme riguardanti la interpretazione delle leggi, pur dovendo riferirle al diritto in

Il est hors de discussion que le problème de l'efficacité de la coutume, considérée comme source autonome de droit constitutionnel, doit se rapporter uniquement aux fonctions des organes immédiats de l'Exécutif et du Législatif. Cette question ne peut en aucune manière concerner le pouvoir judiciaire.

3° Il existe un grand nombre de thèses auxquelles on recourt pour nier ou admettre l'efficacité de la coutume en droit public et spécialement en droit constitutionnel ¹⁰.

En ce qui concerne le droit positif, on ne peut tirer, me semble-t-il, de l'article 3, 2° chapitre, dispositions préliminaires au Code Civil ¹¹, d'arguments décisifs ni dans un sens ni dans l'autre. Le dit article exprime que si, en cas de controverse, on ne peut trouver de solution dans un texte de loi précis, on doit se référer aux dispositions régissant des cas semblables ou des matières analogues, et que là où le doute subsistera, on devra appliquer les principes généraux du droit.

Il est bien évident que la coutume n'est pas comprise dans les principes généraux du droit ¹², c'est-à-dire dans les normes fondamentales du droit italien. Il est certain toutefois que ce texte, tout en ayant égard à la publication, l'interprétation et l'application des lois en général, se réfère exclusivement à l'exercice du pouvoir judiciaire ¹³. Les expressions « décider, controverse, cas douteux », ne laissent place pour aucune équivoque.

Ensuite, on a fait observer avec subtilité que les principes d'interprétation des lois, tout en devant se rapporter au droit en général, donnent principalement des conseils et ne sont jamais d'un caractère rigoureusement obligatoire ¹⁴.

nell'ordinamento giuridico inglese, la consuetudine ha valore per volontà dello Stato²². E' lo Stato che rinvia il giudice alla consuetudine piuttosto che a norme poste direttamente dagli organi legislativi²³. L'imperativo giuridico, dunque, che dà efficacia alla consuetudine come fonte di diritto non manca neppure quì, mentre tale elemento non si trova nelle regole convenzionali.

Per ciò non si può accedere all'opinione di coloro che considerano le regole convenzionali vere e proprie norme giuridiche; e rimangono anche ben distinte le regole convenzionali dalle norme consuetudinarie in senso proprio che sono diritto anche se la forza cogente sia loro data, in ogni caso per volontà dello Stato, ma in forma diversa: e cioè con un richiamo alla legge oppure, come è per le consuetudini costituzionale, in modo diretto o immediato. E' certo poi che il campo proprio entro cui queste norme di prassi costituzionale possono spiegare la loro influenza è ben più vasto di quanto non sia la sfera limitata dei rapporti che possono ricadere sotto la disciplina del diritto consuetudinario.

Infatti se la consuetudine costituzionale è espressione di volontà statale è vero che essa può formarsi solo fra organi che quella volontà esprimono cioè fra organi costituzionali o immediati. Ciò non è invece per le regole convenzionali o di prassi costituzionale le quali trovano applicazione anche e specialmente al di fuori dei rapporti fra potere esecutivo e legislativo. Quindi anche in pratica non è difficile stabilire se una data regola è soltanto prassi o correttezza

effet, même dans l'organisation juridique anglaise, la coutume n'a de valeur que par la volonté de l'Etat²¹. C'est l'Etat qui renvoie le juge à la coutume plutôt qu'aux normes édictées directement par les organes législatifs²². L'impératif juridique qui confère à la coutume sa valeur en tant que source de droit, ne fait donc pas défaut ici; mais on ne le trouve pas dans les règles conventionnelles.

Nous ne pouvons donc partager l'opinion de ceux qui considèrent les règles conventionnelles comme des normes juridiques véritables et propres; et les règles conventionnelles restent bien distinctes des coutumes au sens propre qui, elles, sont du domaine du droit, alors même que leur force dérive toujours de la volonté de l'Etat se manifestant sous des formes différentes: soit par un renvoi à la loi, ou comme c'est le cas pour les coutumes constitutionnelles, d'une manière directe et immédiate.

Il est certain que le champ propre où ces normes de pratique constitutionnelle peuvent exercer leur action est bien plus vaste que la sphère restreinte des rapports tombant sous la discipline du droit coutumier.

La coutume constitutionnelle, sans doute, est une expression de la volonté de l'Etat, mais il est vrai aussi qu'elle ne peut se former qu'entre des organes qui en expriment la volonté, c'est-à-dire entre les organes constitutionnels ou immédiats. Il n'en est pas ainsi pour les règles conventionnelles ou de pratique constitutionnelle, qui interviennent spécialement en dehors des rapports existant entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Il n'est donc pas difficile, même en pratique, d'établir

costituzionale o non piuttosto vera e propria norma giuridica consuetudinaria.

Perciò si può dire che sia per l'origine e l'intima natura, sia per i rapporti che regolano, sia per la mancanza dell'elemento formale, i principi di correttezza costituzionale rimangono ben distinti dalla norma di diritto costituzionale, anche se questa si é formata per mezzo della consuetudine.

VII. Se si accettano le conclusioni sopra formulate, pure in armonia col principio che il fondamento di ogni norma giuridica debba ricercarsi nella volontà dello Stato, non si vede per quale ragione sarebbe senz'altro preferibile rinunciare ad una giustificazione razionale della forza obbligatoria del diritto consuetudinario, specialmente nel campo del diritto costituzionale ²⁴ a parte poi che una siffatta soluzione non può soddisfare in alcun modo. Nè occorre, d'altra parte, andare all'eccesso opposto affermando che la forza obbligatoria della consuetudine dipende da varie cause a seconda della diversa natura dei rapporti da essa regolati ²⁵ perché, come si é detto, in ogni caso il fondamento della obbligatorietà giuridica della consuetudine può derivare solo dalla volontà dello Stato.

E risaputo anche che per opera di illustri giuristi della cosiddetta scuola storica si é tentato di dar ragione della efficacia della consuetudine in altro modo. Stabilito, infatti, come punto di partenza che il diritto consuetudinario é quello che viene osservato di fatto senza che la autorità dello Stato lo abbia dichiarato come norma ed accompagnato da diretta sanzione si é poi concluso che la forza

si une règle n'est que de la correction constitutionnelle, ou si elle est plutôt une norme juridique coutumière propre et véritable.

Bref, même si les normes de droit constitutionnel ont pour source la coutume, les principes de la correction constitutionnelle en restent bien distincts, tant par leur origine et leur nature intime que par les rapports qu'ils règlent et l'absence de tout élément formel.

7° Si l'on accepte ces conclusions, qui sont clairement en harmonie avec le principe que c'est dans la volonté de l'Etat que se trouve le fondement de toute norme juridique, on ne voit pas la raison pour laquelle il serait sans plus préférable de renoncer à une justification rationnelle de la force obligatoire du droit coutumier, spécialement dans le champ du droit constitutionnel ²³, sans compter que pareille solution ne serait d'aucune manière satisfaisante.

Par contre, il ne faut pas tomber dans l'excès contraire, et affirmer que la force obligatoire de la coutume dépend de causes diverses et varie au gré des différences de nature des rapports qu'elle régit ²⁴, parce qu'en tous cas, comme nous l'avons dit, le fondement du caractère obligatoire de la coutume ne peut résider que dans la volonté de l'Etat.

On sait que des juristes illustres de l'école dite historique ont essayé de justifier l'efficacité de la coutume par d'autres arguments. Prenant comme point de départ cette considération que le droit coutumier est observé en fait sans intervention de l'autorité de l'Etat pour le proclamer norme juridique et lui adjoindre une sanction directe, ils en ont conclu que la force obligatoire de la coutume dérive de la conscience populaire

obbligatoria alla consuetudine é data dalla coscienza popolare la quale l'accetta e la riconosce come diritto, cioè come norma che deve regolare quel dato rapporto ²⁶. Qui non mi é concesso di entrare in molti particolari ; ad ogni modo la indeterminatezza e la nessuna consistenza del concetto di « coscienza o convinzione popolare » ha già formato oggetto di ampio esame e di larghe critiche da parte di autorevoli scrittori. Una rigorosa argomentazione giuridica non può quindi fondarsi su quelle premesse le quali, oltre che dall'elemento formale, obbligherebbero anche a prescindere in modo assoluto dall'elemento esterno della consuetudine per attribuire esclusiva importanza all'elemento interno.

Ne si può dire che manchi la sanzione quando, come avviene di regola nel nostro ordinamento giuridico positivo, la consuetudine attinge il carattere di fonte del diritto per mezzo della legge che é manifestazione di volontà dello Stato.

La sanzione non manca neppure per il caso tutto particolare delle consuetudini costituzionali, quando si intende-non si voglia insistere sul significato rigoroso giuridico di sanzione, la quale, ad ogni modo e anche in tale significato, é un istituto che rinforza l'imperativo giuridico ma non é la fonte dell'imperativo giuridico. Nel concetto di sanzione, in senso ampio, si può perciò includere la così detta riprovazione sociale o politica. Ad ogni modo anche leggi formali costituzionali possono mancare di sanzione in senso stretto ; quindi non può stupire che manchino di sanzione in senso stretto anche le consuetudini costituzionali, senza che per questo debbano cessare di essere norme giuridiche.

qui l'a acceptée et reconnue comme étant du droit, c'est-à-dire comme une norme appelée à régir un rapport déterminé ²⁵.

Il ne m'est pas permis d'entrer ici dans des détails nombreux, mais il me faut dire que l'indétermination et le peu de consistance de la conception de « la conscience et de la conviction populaires » ont fait l'objet d'études considérables et de sérieuses critiques de la part d'auteurs très remarquables. Une argumentation juridique rigoureuse ne peut donc être fondée sur pareilles prémisses qui, outre l'élément formel, font complètement abstraction de l'élément externe de la coutume, pour attribuer une importance exclusive à l'élément interne.

On ne peut dire que la sanction fasse défaut lorsque, ainsi qu'il en est habituellement dans nos dispositions de droit positif, la coutume puise dans la loi, manifestation de la volonté de l'Etat, le caractère de source de droit.

La sanction ne fait pas davantage défaut dans le cas tout particulier des coutumes constitutionnelles, lorsque bien entendu on consent à ne pas insister sur la signification rigoureusement juridique de la sanction qui de toute façon et même dans cette acception constitue un renforcement de l'impératif juridique, mais n'en est pas la source. Dans la notion large de la sanction, on peut donc inclure la réprobation sociale ou politique ainsi qualifiée. De toute manière, les lois constitutionnelles formelles peuvent ne pas comporter de sanction au sens étroit du terme ; que l'on ne s'étonne dès lors pas que ces sanctions puissent manquer également aux coutumes constitutionnelles, sans que pour cela ces dernières perdent la valeur de normes juridiques.

E' dunque vero che la volontà dello Stato pone norme che sono giuridiche perché derivano da quella volontà, la quale vincola e obbliga gli organi costituzionali indipendentemente da una esplicita dichiarazione legislativa.

Come si vede per dare una base attendibile alla efficacia obbligatoria della consuetudine costituzionale non v'è affatto bisogno di ricorrere neppure alla teoria del consenso tacito degli organi legislativi ²⁷; teoria che non manca di sostenitori e che ha in parte determinato la reazione della scuola storica. E' certo, infatti, che negli Stati moderni quando la dichiarazione di volontà dello Stato avviene sotto forma di legge è collegata con una tale molteplicità di forme e concorso di organi vari che non si comprende affatto la compatibilità di tali condizioni con la possibilità di un consenso tacito. Ma appunto per ciò se il rilievo toglie ogni valore a siffatta teorica, nulla oppone alla tesi qui difesa, cioè che quando la volontà dello Stato deve imporsi ad organi costituzionali non sempre e necessariamente deve esprimersi sotto forma di legge.

In altri termini : è vero che quando la volontà dello Stato si esprime per mezzo della legge questa si viene formando attraverso un procedimento speciale tanto per la forma quanto per gli organi che vi debbono concorrere. Ma se lo Statuto con un complesso di norme regola la formazione della legge come espressione di volontà dello Stato non perciò è detto che la volontà dello Stato debba sempre ed in ogni campo, per tutti i rapporti, e qualunque sia il soggetto, manifestarsi a quel modo.

Il est donc vrai que la volonté de l'Etat impose des normes qui sont juridiques parce qu'elles dérivent de cette volonté qui lie et s'impose aux organes constitutionnels en dehors de toute déclaration législative expresse.

On le voit, pour donner une base dont on puisse faire cas à l'efficacité obligatoire de la coutume constitutionnelle, il n'est nullement besoin de recourir à la théorie du consentement tacite des organes législatifs ²⁶, théorie qui ne manque pas de défenseurs et qui a déterminé en partie la réaction de l'Ecole historique.

Dans les états modernes en effet, lorsque la déclaration de volonté de l'Etat se manifeste sous forme de loi, il est certain que cette dernière est rendue avec une telle multiplicité de formes et avec le concours d'organes si variés, que l'on ne comprend nullement que de telles conditions soient compatibles avec la possibilité d'un consentement tacite. Par contre, rien ne fait échec à la thèse que je défends, d'après laquelle la volonté de l'Etat ne doit pas toujours nécessairement s'exprimer sous forme de loi lorsqu'elle s'adresse à des organes constitutionnels.

En d'autres termes : il est exact que lorsque la volonté de l'Etat s'exprime dans une loi, cette dernière se forme par l'intermédiaire d'une procédure particulière tant par la forme que par les organes qui doivent y concourir. Mais parce que la Constitution régit dans tout un ensemble de normes la formation de la loi comme expression de la volonté de l'Etat, il n'en résulte pas que la volonté de l'Etat doive toujours, dans tous les domaines, pour tous les rapports et à l'égard de n'importe quel sujet, se manifester de pareille manière.

Perciò, appunto, nel diritto costituzionale trova posto come fonte autonoma, al difuori della legge, la consuetudine.

La tesi qui sostenuta sembra che, almeno limitatamente al problema della efficacia della consuetudine nel diritto costituzionale, eviti anche di risalire a questioni ben più complesse ed il cui fondamento é ad ogni modo assai discutibile.

In particolare : non é affatto necessario ammettere che l'ordinamento giuridico abbia lacune, perché l'ordinamento giuridico può essere necessariamente completo (art. 3 disp. prel. cod. civ.) anche se non tutti gli istituti formano oggetto di regolamento da parte di una norma scritta. Se il diritto é il complesso delle norme che derivano dalla volontà dello Stato non si può dire, infatti, che vi siano lacune quando é pur sempre la volontà dello Stato che, in diverso modo, dà efficacia alla consuetudine. Ne, per contro, la dottrina della completezza dell'ordinamento giuridico²⁸ porta necessariamente ad escludere la consuetudine come fonte di diritto costituzionale. Il solo presupposto che, in ossequio a questa dottrina, si deve ammettere é questo : che l'imperativo giuridico non é in ogni caso dato in forma di richiamo legislativo pur essendo sempre espressione di volontà dello Stato.

Si può poi osservare, a mio modesto avviso, che tanto coloro che negano quanto coloro che ammettono la esistenza di lacune nell'ordinamento giuridico non pongono troppa cura nel precisare il punto di vista dal quale esaminano la questione. Per il giudice che deve risolvere ogni caso col solo sussidio del diritto positivo e col solo

C'est pour cette raison que la coutume est admise, dans le droit constitutionnel, comme source autonome et indépendante de la loi.

Il nous paraît que la thèse ici défendue, relativement au problème de l'efficacité de la coutume en droit constitutionnel, évite de remonter à des questions bien plus complexes et dont le fondement est pour le moins assez discutable.

C'est ainsi qu'il n'est nullement nécessaire d'admettre que l'ordre juridique contient des lacunes, parce que ce même ordre doit nécessairement être complet (article 3 dispositions préliminaires du Code Civil) même si toutes les institutions ne font pas l'objet d'une réglementation établie par une norme écrite.

Si le droit est l'ensemble des normes qui dérivent de la volonté de l'Etat, on ne peut dire, en effet, qu'il comporte des lacunes, alors que c'est toujours la volonté de l'Etat qui, d'une manière différente sans doute, donne son efficacité à la coutume. *Et par contre la doctrine de la plénitude de l'ordre juridique²⁷ ne doit pas davantage exclure nécessairement la coutume comme source de droit constitutionnel. Le seul présumé* que l'on doive admettre en faveur de cette théorie, est que l'impératif juridique n'existe pas dans tous les cas sous une forme législative, tout en étant toujours une expression de la volonté de l'Etat.

En outre, à mon humble avis, on peut observer que tant ceux qui nient que ceux qui admettent l'existence de lacunes dans l'ordre juridique, ne cherchent guère à préciser l'angle sous lequel ils envisagent le problème. Pour le juge qui doit résoudre tous les cas avec le seul appoint du droit positif et par conséquent avec le seul instrument que

mezzo, quindi, che l'ordinamento giuridico fornisce non vi sono lacune. L'ordinamento giuridico é necessariamente completo. La questione, quindi, da questo lato o in senso tecnico non ha, mi sembra, ragione di essere posta. Ad altra conclusione bisogna giungere se ci si pone al di fuori dell'ordinamento giuridico ossia se in sede di valutazione critica si ammette la esistenza di lacune perché l'ordinamento giuridico, anche nella sua espansione logica, non soddisfa a tutte le esigenze o a tutti i bisogni sociali e molti istituti non sono dalla legge regolati.

Ad ogni modo si può aggiungere che il disaccordo su questa questione forse più apparente che reale — comme é stato osservato ²⁹ — non toglie che anche chi consente nel principio generale della completezza debba poi attenuare di molto la portata di tale principio nel campo del diritto costituzionale ³⁰; e perciò sembra tanto più discutibile il ricollegare alla dottrina della inesistenza di lacune nell'ordinamento giuridico la tesi che nega efficacia alla consuetudine quando non sia riconosciuta della legge. Ne si può, a questo proposito, dimenticare che la norma consuetudinaria di diritto costituzionale ha per iscopo solo di regolare il modo di agire degli organi dello Stato e non già quello di vincolare l'azione dei cittadini come tali; per ciò anche indipendentemente dall'esame relativo ad ogni ordinamento giuridico, avuto riguardo al modo di formazione della consuetudine e ai soggetti cui si riferisce, ben si può ad essa riconoscere efficacia senza bisogno di richiamo della legge.

l'ordre juridique lui fournit, il n'existe pas de lacunes. L'ordre juridique est nécessairement complet.

La question, à cet égard, et au point de vue technique, ne me semble donc pas devoir être posée. Il faut en arriver à une conclusion différente si l'on se place en dehors de l'ordre juridique, c'est-à-dire si l'on admet que ce dernier comporte des lacunes, parce que l'ordre juridique, même dans son expansion logique, ne donne pas satisfaction à toutes les exigences et à tous les besoins sociaux, et parce que beaucoup d'institutions ne sont pas régies par la loi.

Ajoutons qu'en tous cas le désaccord qui règne sur ce point est peut-être plus apparent que réel, comme on l'a déjà observé ²⁸. Il n'empêche pas que même celui qui se rallie au principe général de la plénitude doit dans la suite atténuer beaucoup la portée de pareil principe en ce qui concerne le droit constitutionnel ²⁹; c'est pourquoi la liaison établie entre la doctrine qui nie l'existence de lacunes dans l'ordre juridique et la thèse qui refuse à la coutume une efficacité quelconque, lorsque celle-ci n'est pas reconnue par la loi, est d'autant plus discutable.

On ne peut oublier, à cet égard, que la norme coutumière en droit constitutionnel n'a d'autre but que de réglementer l'activité des organes de l'Etat, et non celle des citoyens. Aussi, même indépendamment de l'examen relatif à tout ordre juridique, et eu égard au mode de formation de la coutume et aux sujets auxquels elle se rapporte, on peut lui reconnaître une efficacité sans qu'il soit besoin qu'il y soit fait renvoi par une loi.

VIII. E' noto che la questione della efficacia della consuetudine nel diritto costituzionale, pur presentando interesse da un punto di vista assai più generale, é stata specialmente discussa da quegli scrittori che hanno ritenuto appunto di poter giustificare per mezzo della consuetudine la introduzione del Governo parlamentare in Italia e con esso l'istituto del Gabinetto ³¹. Questo tesi ebbe però strenui oppositori.

Si é detto che questa forma di governo venne attuata fin dalla prima instaurazione del regime libero nel Regno Sardo, interpretando in quel senso le disposizioni dello Statuto ; si sarebbe quindi formata una consuetudine non in senso proprio, mal soltanto interpretativa ³². Altri ha osservato che la forma parlamentare di governo fin dal primo istante della nostra vita costituzionale dovera considerarsi come qualcosa di obbligatorio e tale obbligatorietà non potendo derivare dalla consuetudine dovera necessariamente derivare dalla legge : il governo di Gabinetto in Italia avrebbe dunque trovato la sua base nell'art. 65 dello Statuto ³³. Di fronte a coloro infine che negavano senz'altro al governo parlamentare carattere di istituto giuridico, molto autorevolmente, si é sostenuto che pur essendo vere norme giuridiche quelle in base alle quali in Italia si osservava il sistema parlamentare di governo, tale istituto ben poteva giustificarsi facendo ricorso ai principi generali del diritto ³⁴.

Queste ed altre opinioni vennero già largamente vagliate e discusse ; e qui non mette conto di ripetere quanto, assai bene, fu chiarito ³⁵.

Indubbiamente se si ha riguardo agli elementi propri della

8° On sait que la question de l'efficacité de la coutume, en droit constitutionnel, en plus de son intérêt en général, a fait l'objet de discussions particulières entre les auteurs, qui ont cru trouver dans la coutume l'explication de l'introduction du Gouvernement parlementaire en Italie, et avec lui de l'institution du Cabinet ³⁰.

Cette thèse a eu cependant des détracteurs acharnés.

Cette forme de gouvernement, a-t-on dit, fut établie dès la première instauration d'un régime libéral dans le royaume de Sardaigne. La constitution avait été interprétée en ce sens. Il se serait ainsi formé une coutume, non au sens propre du mot, mais exclusivement interprétative ³¹. D'autres ont fait observer que cette forme de gouvernement, dès le début de notre vie constitutionnelle, devait être considérée comme obligatoire, et que ce caractère ne pouvant dériver de la coutume devait nécessairement dériver de la loi : le gouvernement de Cabinet en Italie aurait ainsi trouvé son fondement dans l'article 65 de la Constitution ³².

A l'encontre de ceux qui refusent sans plus au Gouvernement parlementaire le caractère d'une institution juridique, on a soutenu avec beaucoup d'autorité que les normes sur lesquelles repose en Italie le système du Gouvernement parlementaire sont de véritables normes juridiques, et que pareille institution pouvait se justifier en recourant aux principes généraux du droit ³³.

Cette opinion, et les autres, ont déjà été appréciées et discutées ; je ne crois pas devoir répéter ce qui a été suffisamment mis en lumière ³⁴.

Indiscutablement, si l'on considère les éléments dont se compose la

consuetudine non si può ammettere che sin dall' inizio il governo parlamentare potesse giustificarsi su questa base ; e quindi non può valere il rilievo che tale forma di reggimento politico venne da noi importata e trapiantata con tutti i precedenti consuetudinari già sviluppati in altri paesi ³⁶, tanto più che questi precedenti consuetudinari — come pure fu chiarito — erano in molta parte diversi ³⁷.

E' però vero a me sembra che la tesi della consuetudine interpretativa non esclude necessariamente l'altra che, cioè, riconosce fondamento giuridico al sistema di governo parlamentare, sistema che si sarebbe attuato in Italia per mezzo della consuetudini in senso proprio. Non vi é, insomma, nessuna difficoltà logica ad ammettere che nei primi anni fu la interpretazione di alcune norme statutarie che diede vita al governo parlamentare, ma poi la pratica costante ed uniforme e la convinzione della obbligatorietà, relativamente alla disciplina di dati rapporti fra potere esecutivo e legislativo, consentirono il formarsi di una vera e propria consuetudine giuridica.

Ad ogni modo é inutile insistere su queste questioni che hanno ormai solo importanza storica.

E' certo, infatti, che dopo la legge 24 dicembre 1925 n. 2263 sulle attribuzioni e prerogative del Capo del governo, Primo ministro, Segretario di Stato si può dire, con sicurezza, che il nostro sistema di governo non è più il sistema parlamentare. I criteri che debbono valere per la formazione e la caduta di un Ministero nel Governo parlamentare non trovano più applicazione colla nuova forma di governo instaurata nello Stato italiano ³⁸.

coutume, on peut admettre que le gouvernement parlementaire se justifiait sur cette base dès son début ; et elle est sans portée cette remarque aux termes de laquelle cette forme de gouvernement fut importée et transplantée avec tous les précédents coutumiers qui s'étaient déjà développés en d'autres pays ³⁵. D'autant plus que ces *précédents coutumiers*, comme on l'a déjà expliqué, étaient en grande partie différents ³⁶.

Il va de soi, me semble-t-il, que la thèse de la coutume interprétative n'exclut pas nécessairement l'autre. c'est-à-dire celle qui reconnaît un fondement juridique au système de gouvernement parlementaire, lequel se serait établi en Italie par l'intermédiaire de la coutume au sens propre. Il n'y a en somme aucune difficulté logique d'admettre que dans les premières années ce fut l'interprétation de quelques normes du statut constitutionnel qui donna vie au gouvernement parlementaire ; mais ensuite, la pratique constante et uniforme et la conviction de son caractère obligatoire quant à la réglementation de certains rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, permirent la formation d'une véritable coutume juridique.

Il est en tous cas sans intérêt d'insister sur ces questions qui n'ont plus désormais qu'une importance historique.

Depuis la loi du 24 décembre 1925 n° 2263 sur les pouvoirs et prérogatives du chef du gouvernement, Premier ministre et Secrétaire d'Etat, on peut dire en effet avec certitude que notre système de gouvernement n'est plus un système parlementaire. Les règles qui président à la constitution et à la chute des ministères en régime parlementaire se trouvent sans application dans la nouvelle forme de gouvernement instaurée dans l'état italien ³⁷.

Come é stato detto nella relazione ministeriale al disegno di legge « l'indirizzo generale del governo é materia riservata al Primo Ministro ; l'organo che riduce ad unité l'azione dei ministri é il Primo Ministro, non il Consiglio dei ministri ». Poich  dunque i ministri agiscono sotto la direzione del Primo Ministro la loro opera individuale pu  esplicarsi solo nel campo tecnico della materia del dicastero e, d'altra parte, solo li Capo del Governo   responsabile direttamente e personalmente verso il Re dell'indirizzo generale politico, mentre i ministri sono responsabili verso il Re e il Capo del Governo di tutti gli atti inerenti al proprio ministero, bisogna ammettere che, con tale sistema, si   posto in essere un rapporto di subordinazione in senso ampio fra ministri e Capo del Governo, anche se non si vuole qualificare tale rapporto come rapporto gerarchico ³⁹.

Comunque giova ancora osservare che nessuna influenza possono pi  avere le Camere nella nomina e nella caduta di ministri e di ministeri. La legge 9 dicembre 1928 sul Gran Consiglio del Fascismo pone nella competenza di quest'organo formare e tenere aggiornata la lista dei nomi da presentare alla Corona in caso di vacanza per la nomina del Capo del Governo e la lista delle persone che in caso di vacanza esso reputa idonee ad assumere funzioni di governo ⁴⁰.

Dai principi brevemente esposti risulta pure che non vi pu  essere dissenso fra i ministri circa l'indirizzo politico da seguire, e quindi crisi ministeriale, perch  questa materia   riservata al Primo Ministro.

I ministri dissenzienti debbono dimettersi e le opinioni o la

Comme l'exprime l'expos  minist riel relatif au projet de loi, « la direction générale du mouvement est réservée au Premier ministre ; l'organe qui unifie l'activité ministérielle est le Premier ministre, et non le Conseil des Ministres ».

Comme les ministres agissent sous la direction du Premier ministre, leur œuvre individuelle ne peut se concevoir que dans le domaine technique de leur ministère ; et d'autre part le Chef du Gouvernement étant seul responsable directement et personnellement vis-à-vis du Roi de la Direction politique générale, contrairement aux Ministres qui, eux, sont responsables envers le Roi et le Chef du Gouvernement de toute leur activité ministérielle, il faut admettre qu'avec pareil système on a créé entre les Ministres et le Chef du Gouvernement à tout le moins une subordination, si l'on se refuse à l'appeler hiérarchie ³⁸.

Il faut observer aussi que les Chambres n'ont plus aucune influence sur la chute et la constitution des ministères. La loi du 9 décembre 1928 sur le Grand Conseil Fasciste donne à cet organe le pouvoir de former et de tenir à jour la liste des noms à présenter à la Couronne, en cas de vacance, pour la nomination du Chef du Gouvernement et des personnes qui, en cas de vacance, seront réputées aptes à assurer les fonctions de gouvernement ³⁹.

De ces principes, il résulte également qu'il ne peut y avoir de désaccord entre les ministres au sujet de la politique à suivre, et qu'une crise ministérielle est dès lors impossible, parce que cette matière est de la compétence exclusive du Premier ministre.

Les Ministres dissidents doivent se démettre, et la confiance et les opinions du Parlement ne sont plus décisives. On voit que, mise à part

fiducia del Parlamento non sono più decisive. Come si vede, a parte le difficoltà di definire il nuovo ordinamento giuridico, é certo che con la legge sopra ricordata sono stati decisamente abbandonati i principii sui quali poggia il governo parlamentare. Un rilievo interessante, per il tema di cui mi occupo, può essere questo : che i soli rapporti fra Governo e Parlamento, prima regolati in molta parte dalla consuetudine, non sono stati neppur ora dalla nuova legge regolati. Nella relazione del Governo é detto che questi rapporti sono di carattere essenzialmente politico e sfuggono ad una definizione legislativa. Si può, anzi, aggiungere che questi rapporti non solo sfuggono a una definizione legislativa data con legge in senso formale, ma anche a una regolamentazione a mezzo di consuetudine ; e ciò per la natura essenzialmente diversa che hanno acquistato, dopo la citata legge, i rapporti fra Governo e Parlamento.

Ad ogni modo tutta la parte che si riferisce al Primo Ministro, alla necessità dell'accordo politico fra i membri del Gabinetto, alle crisi ministeriali che nell'ordinamento precedente era, almeno da molti autori, considerata come materia propria del diritto consuetudinario, é stata ora, con le nuove leggi, per ciò che attiene a qualche istituto positivamente regolata, mentre altri istituti sono venuti meno perché manifestamente incompatibili coi nuovi principi introdotti.

Da queste brevi osservazioni é facile dedurre che la consuetudine costituzionale ha ora nel nostro ordinamento, una importanza assai minore. Ciò, per altro, non autorizza a ritenere che la legge la quale si é sostituito nel regolamento di molti rapporti, prima lasciati

la difficulté de définir le nouvel ordre juridique, il est certain que la loi sus-mentionnée a fait abandon des principes fondamentaux du gouvernement parlementaire.

Une remarque intéressante, pour la matière dont je m'occupe, concerne les rapports existant entre le Gouvernement et le Parlement. Auparavant, ils étaient régis en grande partie par la coutume ; il n'en est pas autrement aujourd'hui sous l'empire de la loi nouvelle. Il est exprimé, dans l'exposé du Gouvernement, que ces rapports sont de caractère essentiellement politique et se refusent à une définition législative. On peut même ajouter que ces rapports, qui ne se laissent pas définir par une loi au point de vue formel, ne se laissent pas davantage réglementer par la coutume : cela, par suite des modifications essentielles apportées aux rapports existant entre le Gouvernement et le Parlement depuis le vote de cette loi.

Cependant, toute la partie relative au Premier Ministre, à la nécessité d'une politique identique entre les membres du Gouvernement, à la crise ministérielle que beaucoup d'auteurs, antérieurement à cette loi, considéraient comme relevant de la coutume, a été réglementée positivement par les nouvelles lois, tout au moins en ce qui concerne certaines institutions ; car pour d'autres, manifestement incompatibles avec les nouveaux principes, il ne put pas en être de même.

De ces brèves considérations, on peut déduire sans difficulté qu'à l'heure actuelle la coutume constitutionnelle a une importance moindre dans le présent ordre juridique, sans cependant pouvoir affirmer que la

alle norme consuetudinarie, ha tolto senz'altro di mezzo la consuetudine come fonte di diritto costituzionale italiano.

Vi sono ancora istituti che non possono giustificarsi se non facendo ricorso al diritto consuetudinario. Fra questi si può ricordare la luogotenenza ⁴¹ che si è attuata in Italia ripetute volte per volontà regia, mentre le nostre leggi fondamentali non conoscono questo istituto.

Infine, malgrado le nuove tendenze siano piuttosto nel senso di voler regolare ogni rapporto ed ogni istituto con espresse manifestazioni di volontà statuale, ossia con leggi, non è a escludersi che altre consuetudini possano formarsi. E, d'altra parte, ciò che prima era vera e propria consuetudine giuridica potrà ora trasformarsi in norma di correttezza costituzionale.

Così, come è noto, nella forma parlamentare di governo il Ministero era obbligato a presentarsi alla Camera per ottenere il voto di fiducia ; ora nel nuovo sistema, pur non potendo avere il voto della Camera alcuna efficacia giuridica, tuttavia potrà ancora valere, come fatto che trova la sua spiegazione nelle regole di correttezza costituzionale, il principio per il quale il Governo e il nuovo Primo Ministro, nominato dagli organi competenti, si presentano alla Camera per ottenerne la approvazione.

loi régit aujourd'hui tous les rapports ressortissants auparavant à la coutume constitutionnelle, et que l'on a sans plus supprimé la coutume comme source du droit constitutionnel italien.

Il existe encore des institutions qui ne trouvent de justification que dans le droit coutumier. Citons entre autres la Lieutenance ⁴⁰, qui fut établie en Italie à plusieurs reprises par volonté royale, sans que les lois fondamentales fissent mention de cette institution.

Enfin, malgré la tendance actuelle de faire intervenir la volonté expresse de l'Etat, c'est-à-dire d'édicter des lois, pour la réglementation de tous les rapports et de toutes les institutions, il n'en résulte pas que d'autres coutumes ne puissent se former. Et d'autre part, il se peut que ce qui était auparavant une véritable coutume juridique se transforme en règle de correction constitutionnelle.

C'est ainsi qu'en régime de gouvernement parlementaire, le Ministère était obligé de se présenter devant les Chambres pour obtenir le vote de confiance ; tandis qu'à l'heure actuelle, sous le nouveau régime, quoique le vote de la Chambre ne puisse avoir aucune efficacité, le principe que le Gouvernement et le nouveau Premier Ministre, nommés par les organes compétents, se présentent devant les Chambres pour obtenir leur approbation pourra valoir encore comme un fait trouvant sa raison d'être dans les règles de correction constitutionnelle.

¹ Contro, però, ROMANO, *Corso di dir. costituzionale*, Padova, 1928, 2 ed., p. 34, 280. L'A. osserva che è illogico ammettere la esistenza della consuetudine e poi affermare che essa vale per volontà della legge,

¹ *Contra*, cependant : ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padoue 1928, 2^e édition, pp. 34, 280. L'auteur fait observer qu'il est illogique d'admettre l'existence de la coutume et d'affirmer ensuite qu'elle n'a de valeur que par la volonté de la loi, parce que si la loi

perché se la legge si richiama ad una consuetudine ciò vuol dire che non é la legge che alla prima attribuisce il carattere di fonte del diritto, ma che tale carattere preesiste e dalla legge é soltanto riconosciuto oppure gli vengono riconosciuti ulteriori effetti.

² V., le leggi ricordate dal RANELLETTI in *Principii di dir. amministrativo*, Napoli, 1915, Vol. II, p. 23.

³ Esclude però che si possa parlare di un diritto consuetudinario per l'amministrazione il MAYER, *Le droit administratif allemand*, Parigi, 1903, Vol. I, p. 143. Per la confutazione della teoria del Mayer cf. ORLANDO, *Le fonti del diritto amministrativo in Trattato di dir. amm. it.*, Milano, vol. I, p. 1064 sgg.

Per la questione della efficacia della consuetudine nel diritto amministrativo v. anche LÜDERS, *Das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung*, Kiel, 1863 ; ROMANO, *Corso di dir. amministrativo*, Padova, 1930, vol. I, p. 66.

⁴ Così, fra gli altri, RANELLETTI, *op. cit.*, p. 29.

⁵ V. su ciò RANELLETTI, *op. cit.*, p. 6 ; FERRACCIU, *La consuetudine costituzionale in Studi Senesi*, 1919, n. 1-2, p. 15 sgg.

⁶ Per questi concetti, sulla essenza della consuetudine, sulla sua funzione storica, come pure sul fondamento razionale del diritto consuetudinario, nonché su altre questioni di maggior dettaglio delle quali non posso qui occuparmi v., specialmente : PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen, 1828 ; SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. di Scialoja (V.), Torino, 1886, I, p. 97 sgg., p. 182 sgg. ; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* trad. di Fadda e Bensa, Torino, 1925, I, p. 50 sgg. et ivi tutte le altre opere citate. V. poi GÉNY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Parigi, 1919, I, p. 318 e segg. specialmente per ciò che riguarda l'elemento della *opinio necessitatis* come elemento specifico della consuetudine (p. 320) ed anche per tutta l'ampia bibliografia citata nelle note. Cf. anche, COVIELLO, *Manuale di dir. civile it.*, Milano, 1924, 3 ed., p. 47 ; DE RUGGIERO, *Istituzioni di dir. civile it.*, Roma, 1915, 4 ed., I, p. 82.

se réclame d'une coutume, cela signifie que c'est cette dernière qui confère à la première le caractère de source de droit ; ce caractère existait antérieurement à la loi, qui n'a fait que le ratifier en fait.

² Voir les lois rappelées par RANELLETTI dans *Principii di diritto amministrativo*, Naples, 1915, volume 2, p. 23.

³ MAYER, dans *Le droit administratif allemand*, Paris, 1903, Volume I, p. 143, n'admet pas que l'on puisse parler de droit coutumier pour l'administration. Pour la réfutation de la théorie de Mayer, cf. ORLANDO, *Le fonti del diritto amministrativo*, dans *Trattato di diritto amministrativo italiano*, Milan, vol. I, pp. 1064 et suivantes.

Pour la question de l'efficacité de la coutume en droit administratif, voir également LÜDERS, *Das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung*, Kiel, 1863 ; ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padoue, 1930, vol. I, p. 66.

⁴ Entre autres, par exemple, RANELLETTI, *op. cit.*, p. 29.

⁵ Voir sur ce point RANELLETTI, *op. cit.*, p. 6 ; FERRACCIU, *La consuetudine costituzionale*, dans *Studi Senesi*, 1919, n° 1-2, pp. 15 et suiv.

⁶ Pour ces conceptions, relativement à l'essence de la coutume, à sa fonction historique, ainsi qu'à son fondement rationnel en droit coutumier, et d'autres points encore dans le détail desquels je ne veux pas entrer, voir en particulier : PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen, 1828 ; SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, traduction par Scialoja (V.), Turin, 1886, I, pp. 97 et suiv., pp. 182 et suiv. ; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, traduction de Fadda et Bensa, Turin, 1925, I, pp. 50 et suiv., et encore toutes les œuvres citées. Voir ensuite GÉNY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1919, I, pp. 318 et suiv., spécialement en ce qui concerne l'élément constitué par l'*opinio necessitatis* comme élément spécifique de la coutume (p. 320), et pour l'ample bibliographie rassemblée dans ses notes. Cf. également COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milan, 1924, 3^e édition, p. 47 ; DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Rome, 1915, 4^e éd., I, p. 82.

⁷ Del tutto originale é la tesi del DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Parigi, 1927, 3 ed., I, p. 153 sgg., il quale riallacciandosi alla distinzione da lui posta fra regole di diritto costruttive e normative dà un concetto di norma consuetudinaria che si fonda su presupposti ben diversi da quelli comunemente accolti e conclude poi nel senso che la questione di sapere se la consuetudine é o non é fonte di diritto é inutile. Per la critica a questa singolare opinione v. ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel*, Parigi, 1927, 8 ed., I, p. 54 sgg.

⁸ Sul concetto di organo costituzionale cf. specialmente: ROMANO, *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*, Palermo, 1899, p. 39 sgg.; ed anche in *Principii di dir. amm. it.*, 1901, 2 ed., p. 73; RANELLETTI, *Principii di dir. amm. cit.*, I, p. 170 e gli autori citati nelle note.

⁹ V., su ciò, FERRACCIU, *La figura costituzionale del Gran Consiglio* in *Riv. di dir. pubblico*, 1929, I, p. 207; RANELLETTI, *Il Gran Consiglio del Fascismo e la forma di governo dello Stato italiano* in *Riv. di dir. pubblico*, 1929, I, p. 320 ed anche in *Istituzioni di dir. pubblico*, Padova, 1930, p. 205 sgg.

¹⁰ Cf. GIROLA, *Il Partito nazionale fascista* in *Studi Urbinati*, 1930, n. 1-2, et ivi tutta la bibliografia citata.

¹¹ Nelle opere fondamentali, già ricordate, però, la questione della efficacia della consuetudine é studiata con riguardo soprattutto al diritto privato. Anche il Puchta dedica poche pagine allo studio del tema nel diritto pubblico.

Mi limito qui a ricordare gli scritti che hanno maggior interesse per le questioni accennate nel testo, per le tesi ivi combattute e limitatamente al diritto costituzionale: LONGO, *Della consuetudine come fonte del diritto pubblico* in *Archivio di diritto pubblico*, 1892, II, p. 240; AMABILE, *Le fonti del diritto costituzionale*, Catania, 1896; ORLANDO, *op. cit.*, p. 1036; RANELLETTI, *La consuetudine come fonte del diritto pub-*

⁷ Voir la thèse entièrement originale de DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1927, 3^e édit., pp. 153 et suiv., qui, se basant sur la distinction faite par lui entre les règles de droit constructives et normatives, donne une conception des normes coutumières qui se fonde sur des *présupposés* (données préexistantes, *a priori*) très différents de ceux communément admis, et conclut qu'il est inutile de savoir si la coutume est une source de droit ou non. Voir la critique de cette opinion singulière dans ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel*, Paris, 1927, 3^e édit., I, pp. 54 et suiv.

⁸ Sur la conception d'organe constitutionnel, cf. spécialement: ROMANO, *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*, Palermo, 1899, pp. 39 et suiv.; ainsi que *Principii di diritto amministrativo italiano*, 1901, 2^e édit., p. 73; RANELLETTI, *Principii di dir. amministrativo italiano*, cit., I, p. 170, et les auteurs cités dans ses notes.

⁹ Voir sur ce point, FERRACCIU, *La figura costituzionale del Gran Consiglio*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1929, I, p. 207; RANELLETTI, *Il Gran Consiglio del Fascismo e la forma di governo dello Stato italiano*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1929, I, p. 320, ainsi que *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1930, pp. 205 et suiv.

¹⁰ Cf. GIROLA, *Il Partito nazionale fascista* in *Studi Urbinati*, 1930, nos 1-2, et toute la bibliographie y citée.

¹¹ Cependant, dans les ouvrages fondamentaux précités, la question de la valeur de la coutume est surtout étudiée en fonction du droit privé. Même PUCHTA ne consacre que de rares pages à l'étude de cette question envisagée par rapport au droit public.

Je me bornerai à indiquer ici les ouvrages qui sont les plus intéressants pour les points que je signale dans mon étude, et pour les thèses relatives au droit constitutionnel et que je combats ici:

LONGO, *Della consuetudine come fonte del diritto pubblico* in *Archivio di diritto pubblico*, 1892, II, p. 240;

AMABILE, *Le fonti del diritto costituzionale*, Catane, 1896;

ORLANDO, *op. cit.*, p. 1036;

RANELLETTI, *La consuetudine come fonte del diritto pubblico interno (costituzionale e amministrativo)* in *Rivista di diritto pubblico*, 1913, I, pp. 147 et suiv.;

CARISTIA, *op. cit.*;

blico interno (costituzionale e amministrativo) in *Riv. di dir. pubblico*, 1913, I, p. 147 sgg. ; CARISTIA, *op. cit.*, PRESUTTI, *Istituzioni di dir. costituzionale*, Napoli, 1922, p. 199 ; FERRACCIU, *La consuetudine costituzionale* in *Studi Senesi*, 1913, I, p. 9, 1919, I, p. 3, 1921, I, p. 21 et ivi tutta l'ampia bibliografia citata. V. poi HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Parigi, 1927, 11 ed., I, p. 462 ; e da ultimo, solo però per alcune osservazioni di carattere generale, Rocco, *La consuetudine e il diritto dello Stato* in *Riv. di dir. pubblico*, 1930, I, p. 345.

¹² Per un completo esame di quest'articolo e per alcune questioni limitatamente al diritto privato e però con riguardo anche all'art. 48 disp. trans. cod. civile cf. : ASCARELLI, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. nel diritto privato* in *Archivio giuridico*, 1925, vol. XCIV, p. 235 ; VERGA, *Le comunioni tacite familiari*, Padova, 1930, p. 71 sgg.

¹³ Su ciò vi é accordo in dottrina. Contro, però, LONGO, *op. cit.*, p. 259.

¹⁴ Su ciò FERRINI nella *Enciclopedia giuridica* voce *Consuetudine*, p. 630 ; ed é poi decisiva, a mio avviso, l'osservazione fatta dal RAGGI, *Sul fondamento giuridico del Governo parlamentare in Italia* in *Riv. di diritto pubblico*, 1914, I, p. 467 che il disposto dell'art. 3 può riferirsi solo ai rapporti fra cittadini e Stato e non anche ai rapporti fra gli organi costituzionali dello Stato.

¹⁵ V. SCIALOJA, *Sulla teoria della interpretazione delle leggi negli Scritti in onore di Schupfer*, 1898, p. 307 ; ROMANO, *Principii di dir. amm. cit.*, p. 26.

¹⁶ Così RANELLETTI, *Principii cit.*, II, p. 20.

¹⁷ Cf. ORLANDO, *op. cit.*, p. 1063.

¹⁸ Così ROVELLI, *Su la statualità del diritto e la distinzione fra diritto e morale* negli *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranelletti*, Padova, 1931, II, p. 222.

¹⁹ Per un cenno a questa tesi, senza però darne dimostrazione, FERRACCIU, *op. cit.*, 1919, p. 44.

²⁰ Così ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale* in *Riv. di dir. pubblico*, 1909, I, p. 485.

PRESUTTI, *Istituzioni di diritto costituzionale*, Naples, 1922, p. 199 ;

FERRACCIU, *La consuetudine costituzionale* in *Studi Senesi*, 1913, I, p. 9 ; 1919, I, p. 3 ; 1921, I, p. 21, toute la bibliographie y citée.

Voir ensuite HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1927, II^e édit., I, p. 462 ; et en dernier lieu, pour quelques observations de caractère général seulement, Rocco, *La consuetudine e il diritto dello Stato* in *Rivista di diritto pubblico*, 1930, I, p. 345.

¹² Pour une étude complète de cet article, et pour certaines questions de droit privé en rapport néanmoins avec l'article 48 dispositions transitoires du code civil, cf. :

ASCARELLI, *Il problema delle lacune e l'articolo 3 disp. prel. nel diritto privato* in *Archivio giuridico*, 1925, vol. XCIV, p. 235 ;

VERGA, *Le comunioni tacite familiari*, Padoue, 1930, pp. 71 et suiv.

¹³ La doctrine est d'accord sur ce point. Contra, cependant, LONGO, *op. cit.*, p. 259.

¹⁴ Sur ce point, voir FERRINI, dans l'*Enciclopedia giuridica*, vo *Consuetudine*, p. 630 ; en outre, me paraît décisive l'observation faite par RAGGI, *Sul fondamento giuridico del Governo parlamentare in Italia* in *Rivista di diritto pubblico*, 1914, I, p. 467, où il est dit que le dispositif de l'article 3 ne peut se référer qu'aux rapports existants entre les citoyens et l'Etat et non aux rapports entre les organes constitutionnels de l'Etat.

¹⁵ Voir SCIALOJA, *Sulla teoria della interpretazione delle leggi negli scritti in onore di Schupfer*, 1898, p. 307 ; ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 26.

¹⁶ De même RANELLETTI, *Principii*, cit., II, p. 20.

¹⁷ Cf. ORLANDO, *op. cit.*, p. 1063.

¹⁸ De même ROVELLI, *Su la statualità del diritto e la distinzione fra diritto e morale* negli *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranelletti*, Padoue, II, p. 222.

¹⁹ FERRACCIU, *op. cit.*, 1919, p. 44, donne quelques indications sur cette théorie sans en faire la démonstration.

²⁰ De même, ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale* in *Rivista di diritto pubblico*, 1909, I, p. 485.

²¹ Sulla questione della natura e del valore delle regole convenzionali sono ormai ben note alcune tesi sostenute dagli scrittori inglesi e tedeschi. Per la esposizione delle teorie del Radnitzky, Hatschek, Jellinek, v. RAGGI, *op. cit.*, p. 443 sgg. Per la dottrina del Freeman e del Dicey, v. FERRACIU, *op. cit.*, 1921, p. 58 ; per qualche cenno anche ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale cit.*, p. 495, 499.

V. inoltre per la dottrina inglese : ANSON, *Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre, le Parlement*, Parigi, 1903, il quale definisce le regole convenzionali come « adattamenti incoscienti della pratica alle esigenze del momento » e afferma che la trasgressione a queste regole non lede alcun diritto pubblico o privato ; LOWELL, *Government of England*, New-York, 1912, II, il quale accetta la denominazione usata dal Dicey di « *conventions of constitution* » e distingue nettamente quelle che egli chiama consuetudini costituzionali, dalle leggi e dal *common-law* ; v. anche BRYCE, *La république américaine*, Parigi, 1900, I, p. 552.

V. poi, più di recente, per la dottrina tedesca : Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre*, Tubingen, 1923, p. 103, il quale afferma che talora dagli organi statuali si osservano delle regole che sono in antitesi con le norme di diritto. Ciò — egli dice — avviene per errore perché mentre si crede di osservare una norma giuridica in realtà se ne osserva una di fatto ; questa prassi può diventare diritto per mezzo della consuetudine ; però si rimane sempre in uno stadio pregiuridico e quindi spiegabile solo dal punto di vista sociologico delle scienze dell'essere (*Seinswissenschaften*), ma non dal punto di vista giuridico perché qui si presuppongono norme giuridiche già formate. Le regole convenzionali perciò non sono diritto. V. poi SCHEUNER, *Ueber die verschiedenen Gestaltungen des parlamentarischen Regierungssysteme in Arch. des öff. Rechts*, 1927, vol. 13, fasc. 2-3, p. 209-233, 337-380, il quale studiando il regime parlamentare nota che ben poche sono le regole giuridiche che lo disciplinano ; suppliscono le consuetudini e gli usi convenzionali, e le regole convenzionali non altro sono che l'espressione particolare e secondaria del sistema parlamentare. Nega, infine, che le regole convenzionali

²¹ On connaît bien aujourd'hui les thèses soutenues par certains auteurs anglais et allemands concernant la nature et la valeur des règles conventionnelles. Pour l'exposé de la théorie de Radnitzky, Hatschek, Jellinek, voir RAGGI, *op. cit.*, pp. 443 et suiv. Pour la théorie de Freeman et de Dicey, voir FERRACIU, *op. cit.*, 1921, p. 58 ; ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale cit.*, pp. 495, 499, en donne quelques extraits.

Pour la doctrine anglaise, voir en outre : ANSON, *Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre, le Parlement*, Paris, 1903, lequel définit les règles conventionnelles comme étant « des adaptations de la pratique aux exigences du moment » et affirme que la violation de ces règles ne porte aucunement atteinte au droit public et au droit privé ; LOWELL, *Government of England*, New York, 1912, II, qui adopte la terminologie employée par Dicey dans *Conventions of constitution* et distingue nettement celles qu'il appelle coutumes constitutionnelles des lois et de la *common-law* ; voir également BRYCE, *La république américaine*, Paris, 1900, I, p. 552.

Pour la doctrine allemande récente, voir :

KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre*, Tubingen, 1923, p. 103, qui exprime que les organes de l'état observent parfois des règles qui constituent l'antithèse de normes de droit, ce qui est une erreur de leur part, provenant du fait qu'ils n'observent qu'un fait tout en croyant se conformer à une norme juridique ; la coutume peut transformer ce fait en droit ; cependant, on continue à se trouver dans un stade préjuridique, dont l'explication appartient aux sociologues de la science de l'être (*Seinswissenschaften*), et non aux juristes parce que cela supposerait des normes juridiques déjà formées. Les règles conventionnelles ne sont donc pas du droit ;

Voir ensuite SCHEUNER, *Ueber die verschiedenen Gestaltungen des parlamentarischen Regierungssysteme in Arch. des öff. Rechts*, 1927, vol. 13, fasc. 2-3, pp. 209, 233, 337, 380, lequel, dans son étude du régime parlementaire, fait remarquer que les règles juridiques qui le régissent sont peu nombreuses ; elles sont remplacées par les coutumes et les usages et les règles conventionnelles qui ne sont rien autre qu'une expression particulière et secondaire du régime parlementaire ;

siano norme giuridiche e chiama queste regole norme collettive perché la sanzione deriva dal non aver seguito la volontà sociale il Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, Lipsia e Vienna, 1929, p. 227 sgg. Per la dottrina italiana oltre gli autori già ricordati cf. anche : BRUNIALTI, *Istituzioni di dir. costituzionale*, Torino, 1900, vol. I, p. 183 ; CRISCUOLI, *Sul fondamento giuridico del Governo di Gabinetto*, Roma, 1919, p. 13 sgg. ; MICELI, *Principii di dir. costituzionale italiano*, Torino, 1913, p. 613 ; CARISTIA, *op. cit.*, p. 63 ; SIOTTO PINTOR in *Foro it.*, 1907, II, 369, e nella recensione al lavoro del Ferracciu sulle consuetudini costituzionali in *Archivio giuridico*, 1922, Vol. IV, p. 106 sgg., il quale pone l'eguaglianza fra diritto e legge e perciò le regole convenzionali — che egli chiama consuetudini costituzionali — non sono norme giuridiche. E per alcune altre interessanti questioni sulla natura delle regole cavalleresche in relazione alle norme di diritto consuetudinario v. pure dello stesso autore. *Riflessioni sul tema della consuetudine nel diritto interno* in *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranelletti*, cit., II, p. 255.

²² Il che, d'altra parte, é implicitamente riconosciuto da molti scrittori inglesi i quali ammettono che vicino alla legge e al *common-law* si é formato la costituzione convenzionale e distinguono le « conventions » dalla consuetudine la quale si riconduce alla legge. In questo senso : FREEMAN, *The Growth of the English Constitution*, 1872, p. 109 sgg. ; DICEY, *Introduction to the Study of the Constitution*, London, 1910, p. 24 sgg.

²³ Così, esattamente, ROVELLI, *op. cit.*, p. 224.

²⁴ V. su ciò gli scrittori ricordati da GENY (F.), *op. cit.*, I, p. 336, 337 nelle numerose note.

²⁵ Ciò afferma il FERRACCIU, *op. cit.*, 1919, p. 41.

²⁶ Per questa tesi e per un compiuto esame della dottrina del Savigny, con riferimento al tema delle consuetudini costituzionali, cf. specialmente LONGO, *op. cit.*, p. 248.

²⁷ Contro questa dottrina, LONGO, *op. cit.*, p. 248.

Ross, enfin, *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig et Vienne, 1929, pp. 227 et suiv., nie que les règles conventionnelles constituent des normes juridiques, et les appelle normes collectives parce que la sanction dérive du fait d'avoir transgressé la volonté sociale.

Pour la doctrine italienne, voir, outre les auteurs déjà cités :

BRUNIALTI, *Istituzioni di diritto costituzionale*, Turin, 1900, vol. I, p. 183 ; CRISCUOLI, *Sul fondamento giuridico del Governo di Gabinetto*, Rome, 1919, pp. 13 et suiv. ; MICELI, *Principii di diritto costituzionale italiano*, Turin 1913, p. 613 ; CARISTIA, *op. cit.*, p. 63 ; SIOTTO PINTOR in *Foro italiano*, 1907, II, 369, et dans la récénsion de l'ouvrage de Ferracciu sur les coutumes constitutionnelles, in *Archivio giuridico*, 1922, vol. IV, pp. 106 et suiv. qui reconnaît une certaine égalité entre le droit et la loi parce que les règles conventionnelles qu'il appelle coutumes constitutionnelles ne sont pas des normes juridiques. Pour d'autres intéressantes questions sur les règles de chevalerie en relation avec les normes de droit coutumier, voir également du même auteur, *Riflessioni sul tema della consuetudine nel diritto interno* in *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranelletti*, cit., II, p. 255.

²² Ceci est implicitement reconnu par beaucoup d'auteurs anglais, qui admettent l'existence de la constitution conventionnelle concurremment à la loi et à la *common-law*, et distinguent les *conventions* de la coutume qui elle-même se rattache à la loi.

En ce sens, consulter : FREEMAN, *The Growth of the English Constitution*, 1872, pp. 109 et suiv. ; DICEY, *Introduction to the study of the Constitution*, London, 1910, pp. 24 et suiv.

²³ ROVELLI, *op. cit.*, p. 224, est absolument de cet avis.

²⁴ Voir à ce sujet les auteurs rappelés par GENY (F.), *op. cit.*, I, pp. 336, 337, dans ses nombreuses notes

²⁵ FERRACCIU, *op. cit.*, 1919, p. 41 est affirmatif sur ce point.

²⁶ Sur cette thèse, et pour un examen complet de la théorie de Savigny par rapport aux coutumes constitutionnelles, cf. spécialement LONGO, *op. cit.*, p. 248.

²⁷ D'un avis contraire, LONGO, *op. cit.*, p. 248.

²⁸ Per questa dottrina v. DONATI (D.), *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, p. 28 sgg. et ivi tutta la bibliografia citata.

²⁹ Cf. ROTONDI, *Equità e principi generali del diritto* in *Riv. di dir. civile*, 1924, n. 3, p. 273, nota 3. Per la dottrina che ammette la esistenza di lacune oltre la bibliografia ricordata dal Rotondi, v. specialmente DONATI, *op. cit.*, p. 3, nota 2. In particolare, per la impossibilità di ammettere che la volontà del legislatore sia tutta e solo nella legge scritta, v. GÉNY (F.), *op. cit.*, I, p. 242, 312 et ivi tutte le altre opere citate nelle note.

³⁰ Così lo stesso DONATI, *op. cit.*, p. 147.

³¹ In questo senso RAGGI, *op. cit.*, p. 439 sgg.

³² Così RANELLETTI, *Principii cit.*, p. 29, nota 32.

³³ E' questa la tesi del DONATI, *op. cit.*, p. 150 sgg.

³⁴ V. ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale*, cit., p. 493.

³⁵ Per la confutazione delle tesi sommariamente accennate nel testo v. il già citato lavoro del Raggi.

³⁶ Contro DI PISA, *Le fonti del diritto*, Milano, 1920, p. 74.

³⁷ In questo senso e sullo sviluppo dello Stato parlamentare in Inghilterra, v., specialmente, CROSA, *Lo Stato parlamentare in Inghilterra e in Germania*, Pavia, 1929, p. 41, 44, 56, et ivi tutta la bibliografia citata.

³⁸ Su ciò RANELLETTI, *Istituzione di diritto pubblico*, Padova, 1930, p. 189 sgg.

³⁹ Tale rapporto non potrebbe, secondo il RANELLETTI, *op. cit.*, p. 189, qualificarsi come gerarchico per la ragione che i principi che reggono i rapporti di gerarchia, nella nostra amministrazione, non consentono di considerare come gerarchico il rapporto fra Ministri e Primo Ministro.

⁴⁰ Si tratta però solo di proposte che hanno valore consultivo e non vincolano la Corona. V. per il commento alla legge e alla disposizione ricordata nel testo, RANELLETTI, *op. cit.*, p. 213.

²⁸ Pour cette thèse, voir DONATI (D.), *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milan, 1910, pp. 28 et suiv., et toute la bibliographie y citée.

²⁹ Cf. ROTONDI, *Equità e principi generali del diritto* in *Rivista di diritto civile*, 1924, n° 3, p. 273, note 3. Pour la théorie qui admet l'existence de lacunes, outre la bibliographie rappelée par Rotondi, voir spécialement DONATI, *op. cit.*, p. 3, note 3. En particulier, sur l'impossibilité d'admettre que la volonté du législateur soit exprimée entièrement et uniquement par la loi écrite, voir GÉNY (F.), *op. cit.*, I, pp. 242, 312 et tous les ouvrages qu'il y cite.

³⁰ DONATI lui-même est de cet avis ; voir *op. cit.*, p. 147.

³¹ RAGGI, *op. cit.*, pp. 439 et suiv., est de cet avis.

³² Dans ce sens RANELLETTI, *Principii cit.*, p. 29, note 32.

³³ C'est la thèse de DONATI, *op. cit.*, pp. 150 et suiv.

³⁴ Voir ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale*, cit., p. 493.

³⁵ Pour la réfutation des thèses sommairement indiquées dans le texte, voir l'ouvrage déjà cité de Raggi.

³⁶ *Contra*, DI PISA, *Le fonti del diritto*, Milan, 1920, p. 74.

³⁷ En ce sens, et sur l'établissement de l'Etat parlementaire en Angleterre, voir spécialement CROSA, *Lo Stato parlamentare in Inghilterra e in Germania*, Pavie, 1929, pp. 41, 44, 56 et toute la bibliographie qu'il y cite.

³⁸ Sur ce point, voir RANELLETTI *Istituzione di diritto pubblico*, Padoue, 1930, pp. 189 et suiv.

³⁹ D'après RANELLETTI, *op. cit.*, p. 189, pareils rapports ne pourraient être qualifiés de hiérarchiques parce que les principes qui régissent les rapports hiérarchiques, dans l'administration italienne, ne permettent pas de considérer comme tels les rapports entre Ministres et Premier Ministre.

⁴⁰ Il s'agit cependant de propositions qui ont une valeur consultative sans engager la couronne. Voir, pour le commentaire de la loi et de toutes les dispositions rappelées dans le texte, RANELLETTI, *op. cit.*, p. 213.

⁴¹ Su questo istituto v. MARCHI (T.), *Le luogotenenze generali (1848-1913) nel dir. costituzionale it.*, Roma, 1918 ; IDEM, *Le luogotenenze regionali nell'ordinamento costituzionale e amministrativo italiano*, Roma, 1920.

⁴¹ Sur cette institution, voir MARCHI (T.), *Le luogotenenze generali (1848-1913) nel diritto costituzionale italiano*, Rome, 1918 ; DU MÊME, *Le luogotenenze regionali nell'ordinamento costituzionale e amministrativo italiano*, Rome, 1920.

CHAPITRE III

Natural rights and legislative vagueness

by Rodney L. MOTT
University of Chicago

The United States is living in an electric age under a Constitution framed by a tallow candle. In spite of its nineteen "amendments" *, this document has not been radically changed in the past century and one-half. The government of no other country is restrained by a written Constitution framed by men so long dead. The adaption of this document to the changing needs of each new generation is America's political miracle.

Each country and each age must work out its own method of adapting its laws to changing social needs. The spirit of the people, the social struggles of the classes, and the machinery of the govern-

Les droits naturels et l'imprécision législative

par Rodney L. MOTT,
de l'Université de Chicago

Traduit par Henri GALLAND,
Docteur en droit

Au siècle de l'électricité, les Etats-Unis sont encore soumis à une Constitution rédigée à la lueur d'une simple chandelle. Malgré dix-neuf amendements *, ce document n'a été l'objet d'aucun changement radical pendant un siècle et demi. Nul autre pays, certes, ne peut se flatter de posséder une Constitution aussi ancienne. L'adaptation de ce document aux nécessités changeantes de chaque génération nouvelle constitue le miracle de la politique américaine.

Chaque pays, chaque époque doit se façonner une méthode qui lui est propre, d'adapter les lois aux nécessités sociales nouvelles. Aussi, convient-il toujours de prendre en sérieuse considération la mentalité de la population, les luttes sociales qui divisent les classes et les méthodes

* Cette étude a été écrite avant la promulgation des derniers amendements à la Constitution fédérale américaine, et notamment de l'amendement qui a réagi contre la prohibition du XVIII^e amendement. Il ne nous a pas été possible de donner l'occasion à l'auteur de la mettre au courant de ces innovations.

ment, must all be given due weight. While other countries have relied on legislation, or administrative expansion, to make their governments flexible, the United States has, in a large measure, looked to her courts to perform this function. These officers are influenced by many factors in interpreting the fundamental law, but none is more important than their views of natural rights or natural justice.

Every phrase in a written law has a variable range of meaning. Except in the case of special and retrospective legislation, laws are drafted to apply to determinable situations in the future, not to determinate situations of the past. For this reason all laws are ambiguous in the sense that they must be applied to a number of situations which fall within the maximum and minimum ranges of meaning implied in the statute¹. Some phrases, of course, have much broader limits than others. If the law contains words like "just", "reasonable", or "due", its possibilities of extension are practically unlimited.

Of all the clauses in the United States Constitution the Fifth and Fourteenth Amendments provide the greatest possibilities of expansion in meaning. These two amendments declare that neither the Federal nor the State governments "shall deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law". The words "liberty or property" are both highly ambiguous, but they are completely eclipsed by the little word "due". This word has so

de gouvernement. Alors que, pour permettre l'évolution de leurs institutions, certains pays ont fait confiance à leur pouvoir législatif ou à leur administration ; les Etats-Unis ont, dans une large mesure, laissé ce soin aux Cours de Justice. Lorsqu'ils interprètent la « loi fondamentale », les juges subissent des influences diverses ; mais aucune d'elles ne présente plus d'importance que leurs conceptions personnelles sur les droits naturels et sur la justice naturelle.

Dans une Constitution écrite, chaque phrase est susceptible d'un nombre infini d'interprétations. Sauf dans les cas de législation spéciale ou de législation rétrospective, les lois ont pour but de s'appliquer à des situations futures, lorsque celles-ci sont prévisibles et non pas de régler des situations appartenant au passé. C'est pour cette raison que toute loi contient quelque ambiguïté. Nécessairement, aussi, ses termes comportent un sens maximum et un sens minimum ; elle peut donc s'appliquer à des situations variées. En particulier, certains termes ont des possibilités beaucoup plus larges que d'autres : c'est le cas lorsque la loi contient des expressions telles que « juste », « raisonnable », ou « convenable » ; alors, ses possibilités d'extension sont pratiquement sans limite.

Parmi toutes les clauses de la Constitution américaine, ce sont les V^e et XIV^e amendements qui se prêtent aux plus grandes extensions. Ces deux amendements stipulent que ni le gouvernement fédéral, ni les gouvernements d'états « ne pourront priver une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans *due process of law* ». Déjà, les termes « liberté » et « propriété » sont extrêmement vagues, mais, pour ce qui est de l'imprécision, ils sont indiscutablement « éclipsés » par ce petit mot

little color of its own, its connotations are so variable from person to person, that it can take on any hue the judges may desire. Judicial construction of this phrase, therefore, depends upon the social background and intellectual equipment of the individual judge rather than on principles of logical analysis.

This does not mean that the decisions are completely at the mercy of the whim of each judge. The courts are composed of human beings, and judges are subject to the same flux and currents of ideas as other intellectual workers. They are educated in the same universities, they belong to the same clubs. Consequently, they are much more likely to reflect the thought of their generation than to revolt against it.

Furthermore, under the system of jurisprudence prevailing in the United States, a judge must accord high respect to previous decisions in similar cases. If his predecessor has drawn a line to the extension of the due process clause, he must either accept that line or explain it away. The doctrine of *stare decisis* implies that constitutional jurisprudence will conform to the legal and social philosophy of the bench and bar, which in turn is based on the cultural traditions of the nation, or indeed, of civilization itself. Its development is often spasmodic and is frequently behind the contemporary currents of social thought. Sometimes the judges are hampered by earlier decisions, sometimes they await the discovery of a persuasive reason before developing a new doctrine, sometimes they fail to see

due. Par lui-même, ce mot a si peu de sens, son contenu varie tellement d'une personne à l'autre qu'il peut être modelé selon le désir des juges. C'est pourquoi l'on constate que l'interprétation jurisprudentielle de la phrase entière dépend directement du milieu social et de l'équipement intellectuel de chaque juge, plutôt que de principes d'analyse logique.

Ce qui précède ne signifie pas, d'ailleurs, que les décisions sont soumises entièrement à la fantaisie des juges. Les cours sont composées d'êtres humains et les juges subissent les mêmes courants d'idées que les autres intellectuels ; leur instruction est faite dans les mêmes universités ; ils appartiennent aux mêmes clubs. En conséquence, ils sont beaucoup plus enclins à refléter la pensée de leur génération qu'à s'insurger contre elle.

De plus, avec le système jurisprudentiel américain, le juge doit accorder un très grand respect aux décisions qui ont été antérieurement rendues dans des espèces semblables. Si l'un de ses prédécesseurs a limité l'extension de la clause de *due process*, le juge doit accepter la limite établie, ou s'il veut l'abolir, il doit se livrer à une interprétation ingénieuse. La doctrine de l'autorité du « cas décidé » implique que la jurisprudence se conforme à la philosophie juridique et sociale des cours et du barreau, philosophie qui est fondée, elle-même, sur les traditions culturelles de la nation et sur la civilisation. Le développement de cette jurisprudence est souvent spasmodique, et, fréquemment, celle-ci est en retard sur les tendances contemporaines de la pensée sociale. Il arrive que les juges soient embarrassés par d'anciennes décisions : alors, ou bien ils attendent, avant de développer une doctrine nouvelle, de trouver un argument convaincant, ou bien il arrive même qu'ils ne savent pas

the possibilities in their own handiwork. But the slowness of the grist does not affect its inevitability. Over a long period of time, the influence of concepts of natural rights and natural justice is sure to be felt.

The influence of these factors on the constitutional development of the United States is clearly shown in the cases involving due process of law. The courts were very slow to realize the breadth of this phrase, and it is only during the past half century that it has assumed an outstanding place in our constitutional jurisprudence ². But at the present time the United States Supreme Court renders more decisions involving due process of law than on all the rest of the Constitution ³.

The courts have consistently refrained from attempting any inclusive and comprehensive definition of this term ⁴. Over a century ago, the United States Supreme Court declared that it was "intended to secure the individual from the arbitrary exercise of the powers of government, unrestrained by the established principles of private rights and distributive justice" ⁵. Just what "fundamental principles of liberty and justice, which lie at the base of all our civil and political institutions" ⁶, are included under its wing was left for future determination.

As the cases arose it has been held that the English Common Law embodied these principles ⁷, that they include reasonable notice of a proceeding and an opportunity to be heard ⁸, that taxes cannot

discerner les possibilités de faire œuvre propre. Ils hésitent. Cependant, la lenteur du processus n'affecte pas son caractère inévitable, et si l'on considère une longue période de temps, l'influence des concepts de droit naturel et de justice naturelle se fait inévitablement sentir.

L'influence de ces facteurs sur le développement constitutionnel des Etats-Unis apparaît clairement dans les hypothèses où le *due process* est invoqué. Les Cours furent lentes à comprendre les possibilités contenues dans cette locution et c'est seulement au cours des cinquante dernières années qu'une place de premier plan lui fut attribuée dans la jurisprudence constitutionnelle. Mais à l'heure actuelle, la Cour suprême des Etats-Unis, lorsqu'elle motive ses décisions, invoque le *due process* de préférence à tout autre texte de la Constitution.

En conséquence, les Cours se sont abstenues de donner une définition précise du *due process*. Il y a plus d'un siècle, la Cour suprême des Etats-Unis déclarait que cette locution avait pour but de protéger l'individu contre l'exercice arbitraire des pouvoirs du gouvernement, quand il n'était pas limité, déjà, par les principes établis de droits individuels et de justice distributive. « Mais précisément, parmi ces principes fondamentaux de liberté et de justice, qui sont à la base des institutions civiles et politiques de l'Amérique, quels sont ceux qui font partie intégrante du *due process* ? » Question laissée à une détermination future. Prudemment, les juges ont réservé l'avenir ; c'est seulement au fur et à mesure que des espèces se sont présentées, que les Cours ont déclaré, d'abord « que ces principes étaient déjà contenus dans le common law anglais », puis, « qu'ils ont donné à l'individu le droit de recevoir une convocation écrite avant de comparaître en justice ainsi que le droit d'être

be collected or property expropriated except to further some of the recognized objects of governmental power such as health, morals, safety, or public convenience⁹, that laws must bear equally on all the citizens and that partial or special legislation cannot impose special burdens on some¹⁰, and that in any case the infringements on private rights must be proportioned to the public benefits secured¹¹. Within the last ten years there has been added to this series of guide-posts to the meaning of due process of law, the principle that statutes which are not phrased in definite terms deny the natural rights due process of law protects¹². In each of these developments the courts have insisted that they were applying the "immutable principles of justice which inhere in the very idea of free government"¹³.

Certainty in the law has been the goal of many legal reformers. Efforts to make legal rules more definite are as old as statutory enactments. One of the chief objects of those who demanded that the law be codified on the Twelve Tables was to secure the "equalizing of liberty", and subsequent movements for a written, instead of a customary, law have invariably rested on the proposition that legal certainty is essential to justice. One is not surprised, therefore, to find indefiniteness and ambiguity condemned by both philosophers and jurists¹⁴.

The English common law early recognized the injustice of vagueness in penal rules. As early as the middle of the sixteenth

entendu avant d'être condamné ». Les juges ont également décidé que « la perception des impôts et l'expropriation devaient avoir pour seul effet de réaliser les buts légitimes du gouvernement, à savoir la santé, la morale, la sécurité et le bien-être de la collectivité ». Ils indiquèrent, enfin, « que les lois devaient s'appliquer également à tous les citoyens, et qu'une législation partielle ou vexatoire ne pouvait pas imposer des charges spéciales à quelques-uns ; que de toute façon, les atteintes portées aux droits individuels devaient être proportionnées aux avantages qu'en retirait le public ». Dans les dix dernières années, on ajouta à ces éléments fondamentaux du *due process* le principe que les lois rédigées en termes imprécis portent atteinte aux droits naturels protégés par le *due process*.

A chacune de ces étapes, les Cours ont insisté sur le fait qu'elles appliquaient « les principes immuables de justice, inhérents à l'esprit véritable d'un gouvernement libre ».

Arriver à la précision dans la loi, tel fut le but de beaucoup de réformateurs. Les efforts pour rendre plus précises les règles de droit sont aussi anciens que les textes législatifs eux-mêmes. Lors de la rédaction des XII tables, l'un des objectifs principaux des partisans de cette réforme fut d'assurer « l'égalité dans la liberté » et les mouvements de codification qui suivirent furent invariablement fondés sur la nécessité de faire reposer la justice sur des bases légales certaines. On n'est donc pas surpris de trouver l'imprécision et l'ambiguïté condamnées à la fois par les philosophes et par les juristes.

Le common law anglais reconnut, de bonne heure, l'injustice qui pouvait résulter de lois pénales imprécises. Dès le milieu du xvi^e siècle

century it was declared that criminal statutes must be strictly construed, and unless the crime were specifically prohibited in definite language, the accused could not be punished ¹⁵. The principle that there are no constructive crimes was undoubtedly due to the desire of the judges to mitigate the harshness of the law. At a time when even the most trivial offenses were punished by death, a strict interpretation of statutory offenses were inevitable ¹⁶. Furthermore, it would be hard to justify the ancient maxim, "ignorance of the law excuses no one", unless a citizen could know with certainty when he is committing a crime ¹⁷.

The rule that there are no implied crimes has been gradually narrowed in England as a result of the liberalization of punishments ¹⁸. In the United States vague and indefinite statutes creating crimes have always been frowned upon by the courts ¹⁹. More recently, however, the principle has been extended and a mere rule of statutory construction has become a well recognized means of judicial control of legislation. If the statutes contain broad general language, many courts make no attempt to define the offenses prohibited, thus limiting its operation, but rather declare the entire act void.

In 1885 the Supreme Court of Arkansas held that the legislature of that State could not make it a misdemeanor to "commit any act injurious to the public health, or public morals, or to the perversion or obstruction of public justice, or the due administration of the law", although in the case before the court it seems clear that the

on proclama que les lois pénales devaient être strictement interprétées et que l'accusé pouvait être puni seulement dans le cas où une infraction avait été formellement instituée. Le principe que l'on ne peut pas créer une infraction par interprétation des textes fut, sans aucun doute, dû au désir des juges d'adoucir la loi. A une époque où les délits les moins graves étaient punis de mort, une interprétation limitative des lois pénales était inévitable. De plus, il eut été difficile de justifier la vieille maxime « nul n'est censé ignorer la loi », si les citoyens n'avaient pas pu connaître avec certitude les cas dans lesquels ils commettraient un délit.

Le principe selon lequel il n'y a pas d'infractions implicites a été graduellement atténué en Angleterre en raison du caractère moins formaliste et plus humain de la répression. Aux Etats-Unis, les lois pénales vagues et indéfinies ont, de tous temps, été considérées sans faveur par le pouvoir judiciaire. Plus récemment, cependant, cette conception s'est précisée, et le *due process*, simple règle d'interprétation des lois, est devenu un moyen quasi-officiel de contrôle judiciaire de la loi. Lorsqu'un texte législatif contient des termes larges et généraux, les Cours, au lieu de déterminer quelles sont les infractions prohibées (limitant ainsi le domaine de l'application de la loi), préfèrent en général prononcer la nullité de l'acte tout entier.

En 1885, la Cour suprême d'Arkansas déclara que la législature de cet Etat n'avait pas pu faire un délit du fait de « commettre un acte dangereux pour la santé, la morale publique, ou pouvant empêcher le fonctionnement normal de la justice publique, tout acte dangereux pour

accused was a reprobate²⁰. A few years later the Texas Court of Criminal Appeals refused to enforce a statute designed to stop the evil of lynching, on the ground that term "mob violence" used in it was so indefinite as to be meaningless²¹. In 1910 the Court of Appeals of the District of Columbia declared an act of Congress void which prohibited "crowding" in the street-cars of Washington. "There is a total absence of any definition of what shall constitute a crowded car. What may be regarded as a crowded car by one jury may not be so considered by another. The principle of uniformity, one of the fundamental elements essential in determining the validity of criminal statutes is wholly lacking²²." In each of these cases, as well as in the many others of like nature, it is clear that the court was influenced by the injustice of indefinite and vague laws²³. They preferred to declare the entire act void rather than to attempt an *ex post facto* judicial definition of its terms²⁴.

The judicial attitude in these cases often represents a fine balance between expediency on the one hand and emotional predilections for definitely phrased statutes on the other. This weighing of certainty against desirability to secure justice appears very clearly in the problem of statutory regulations of automobile speed limits. The first legislation prohibited driving faster than a specified number of miles per hour. These acts proved unsatisfactory from many

l'exécution régulière de la loi ». Ces termes furent considérés comme trop imprécis, bien que les faits de la cause eussent rendu aisée l'application de la loi. Quelques années plus tard, dans le Texas, la Cour des appels criminels refusa d'appliquer une loi ayant pour but d'empêcher la pratique du lynchage. Le motif fourni par la Cour fut que l'expression « violence populaire » employée dans le texte était trop imprécise pour qu'une signification quelconque puisse lui être donnée. En 1910, la Cour d'appel du district de Columbia prononça la nullité d'une loi interdisant « de s'entasser » dans les tramways de Washington. « Il n'existe, déclarèrent les juges, aucune définition de ce qu'est un tramway encombré. Ce qui peut être considéré par un jury comme encombré peut ne pas être considéré comme tel par un autre. L'uniformité, qui est un élément essentiel de la validité des lois pénales, manque totalement ici. » Dans toutes ces espèces, comme dans beaucoup d'autres semblables, il est certain que les Cours furent influencées par l'injustice qui pouvait résulter de l'application de lois imprécises. Elles ont préféré déclarer nulle la loi toute entière plutôt que de chercher à donner, après coup, une définition de ses termes.

L'attitude du pouvoir judiciaire, dans ces hypothèses, correspond souvent à un équilibre délicat réalisé entre l'opportunité et le goût pour des lois précises. Ce pesage de l'importance respective de la certitude d'une loi et de sa désidérabilité pour assurer la justice apparaît avec une grande clarté à propos de la réglementation légale de la vitesse des automobiles. Dans le premier état de la législation, il était interdit de dépasser un nombre de kilomètres heure fixés à l'avance. Ces lois se révélèrent défectueuses à beaucoup de points de vue. Elles furent, peu à peu, remplacées par des lois interdisant « de conduire de façon imprudente ». L'expression était trop générale. A cet égard une loi récente est typique ; elle interdit de conduire « à une vitesse plus grande que celle qui

points of view, and they have been gradually replaced by statutes which prohibit "reckless driving" in general terms. A typical recent act simply prohibits driving "at a speed greater than is reasonable or proper, having regard for width, traffic, use, and the general and usual rules of such road or highway, or so as to endanger the property, life or limb of any person" ²⁵. It would be hard to construct a more indefinite provision, and acts of this nature have been held void in two states on the ground that no crime is specified in them ²⁶. With broader vision, however, the majority of State tribunals have declared them valid. In many instances the justices have frankly rested their decision on considerations of expediency, and have recognized that an effective law on this subject could hardly be made definite and specific ²⁷. The requirement that a statute be definite does not require it to be impractical ²⁸.

The limitations imposed on the legislatures in these various cases applied only to criminal acts. Civil statutes might be fully as ambiguous, and to justify their refusal to enforce them the courts have developed another doctrine. It had long been recognized that statutes might contain obvious mistakes, repugnancies, or absurdities, and that sometimes it would be impossible to apply them ²⁹. In England the courts make every effort to explain away these difficulties ³⁰, but in the United States they have tended to declare such acts void. This has not only been confined to those laws which were absolutely meaningless — "a mere jumble of words" ³¹ — but has been extended to statutes containing mistakes of drafts-

est raisonnable ou appropriée, si l'on prend en considération la largeur de la route, les conditions de la circulation, la destination des voies publiques, et les règles générales qui leur sont appliquées, ou de conduire « de façon à mettre en danger la propriété, la vie, ou l'intégrité physique des citoyens ». Il paraît difficile de trouver dispositions plus imprécises. Des lois toutes semblables avaient été annulées dans deux Etats, motif pris de ce qu'elles ne contenaient aucun délit précis. Adoptant une conception plus large cependant, la majorité des tribunaux de l'Etat a reconnu la constitutionnalité du texte qui lui était soumis. Dans plusieurs hypothèses, les juges ont ouvertement justifié leurs décisions en invoquant l'opportunité et ils ont reconnu que pour être efficace en pareille matière, une loi pouvait difficilement être précise et viser chaque cas particulier. Le fait qu'une loi doit être précise ne doit pas avoir pour effet de la rendre inefficace.

Les limites imposées aux législatures par le pouvoir judiciaire dans les cas précédents concernent seulement les lois criminelles. Cependant, des lois civiles peuvent être ambiguës, elles aussi. Les Cours ont été amenées à refuser de les appliquer, et pour fonder ce refus elles ont adopté une autre doctrine. Depuis longtemps, on a reconnu que des lois peuvent contenir des erreurs grossières, des contradictions, ou de véritables non-sens, et que, parfois même, il est impossible de les appliquer. En Angleterre les Cours font effort pour aplanir ces difficultés en interprétant la loi, mais aux Etats-Unis elles ont plutôt tendance à déclarer ces lois nulles. Cette tendance n'a pas été limitée seulement aux lois dépourvues de sens ; elle a été étendue aux lois contenant des erreurs

manship ³², those with conflicting provisions ³³, and even those with ambiguous wording ³⁴.

These doctrines made up in audacity what they lacked in philosophical conviction. But if the limitations on indefinite legislation were too firmly rooted, it was necessary to find both a theoretical and constitutional justification for them. Uncertain laws, of course, give more room for the play of judicial discretion than do definite ones. This fact led Chief Justice John Marshall, in 1820, to link his objections to vague statutes with the theory of the separation of powers ³⁵. If the constitution has vested the sovereign powers of legislation exclusively in the legislature, it follows that any attempt to delegate them to the courts or the juries is unconstitutional. The force of this logic was enhanced from the support it received through association with the great names of Thomas Hobbes and John Locke ³⁶. Strangely enough it was not developed by the courts until a half century after Marshall's death.

The rapid social and economic changes, which have occurred in the United States since 1875, have made it impossible to meet the urgent problems of regulation by the enactment of detailed statutes. Most legislatures, therefore, established administrative commissions and conferred on them wide powers of a quasi-legislative or quasi-judicial character. These powers often extended to the making of detailed regulations, and even to the giving of judgments, under general clauses of the enabling statute ³⁷. Many of

de rédaction, aux lois contradictoires, et même à celles qui emploient une terminologie ambiguë.

Ces solutions de la jurisprudence manquaient de fondement philosophique : longtemps on y suppléa par des affirmations audacieuses, mais lorsque les limites imposées à une législation imprécise furent fermement établies, il fut nécessaire de leur trouver une justification à la fois doctrinale et constitutionnelle. Les lois incertaines laissent naturellement plus de liberté au pouvoir judiciaire que ne le feraient des lois précises. Le juge arrive presque à suppléer le législateur. Cette constatation conduisit, en 1820, le Président Marshall à rattacher à la théorie de la séparation des pouvoirs les critiques qui pouvaient être faites aux lois vagues. Puisque la constitution a attribué les pouvoirs législatifs souverains exclusivement à la Législature, indiquait-il, toute délégation de ces pouvoirs aux Cours ou aux jurys est inconstitutionnelle. Ce raisonnement, rigoureusement logique, se réclamait de grands noms comme Thomas Hobbes et John Locke. Il est curieux de constater qu'il ne fut développé par les Cours qu'un demi siècle après la mort de Marshall.

La rapidité des transformations sociales et économiques survenues aux Etats-Unis depuis 1875 n'a pas permis de pourvoir à la solution des problèmes urgents par le vote de lois détaillées. En conséquence, la plupart des législatures ont établi des commissions administratives en leur conférant de larges pouvoirs à caractère quasi-législatif ou quasi-judiciaire. Ces pouvoirs furent souvent étendus à la confection de règlements détaillés et même au prononcé de jugements. Parmi les actes qui furent pris en vertu de cette délégation, plusieurs furent vigoureusement attaqués devant les Cours. Ce fut particulièrement le cas pour les actes

these acts were vigorously attacked in the courts. This was especially true of those attempting to regulate railroad rates through orders of railroad commissions. The grounds of attack were invariably the unconstitutionality of this delegation of legislative power, particularly under a statute with such indefinite terms. The laws were eventually sustained, but not until several judges had rendered adverse decisions, in which the relation of definiteness to the separation of powers was sharply pointed out ³⁸. The philosophical basis of the objections to indefinite legislation thus established has been subsequently applied in other lines of cases ³⁹.

This theoretical justification for the judges' opposition to vague legislation would be greatly strengthened if a specific clause of the Constitution could be invoked to support it. At first no such clause offered to the judicial mind. In some cases the court was fortunate enough to be able to discover a second defect in the statute, in addition to its ambiguity, and by declaring it void on both grounds the decision would appear stronger. Thus although the court held a federal election law beyond the powers conferred on Congress by the Fourteenth and Fifteenth Amendments, a reading of the opinion makes it clear that the real objection to the act was its indefiniteness ⁴⁰. Similar good fortune, however, might not always smile on the court, and eventually the judges turned to the elastic provision protecting due-process of law.

The first court to see the possibilities of the due process provision with respect to indefinite and ambiguous legislation seems to

réglementant les tarifs de chemins de fer. Les motifs, pour lesquels l'acte était attaqué étaient invariablement l'inconstitutionnalité d'une délégation du pouvoir législatif, inconstitutionnalité qui était particulièrement marquée lorsqu'il s'agissait d'une loi dont les termes étaient imprécis. Cependant, et dans la plupart des hypothèses, l'inconstitutionnalité ne fut pas déclarée, mais après que divers juges eurent rendu des décisions en sens contraire, et dans plusieurs décisions, les rapports qui existent entre la précision et la séparation des pouvoirs furent nettement soulignés. La base doctrinale qui était ainsi donnée aux objections faites à une législation imprécise fut ensuite appliquée dans d'autres séries de cas.

Cependant, cette justification théorique de l'opposition des juges à une législation imprécise serait grandement fortifiée s'il était possible d'invoquer, en sa faveur, une clause précise de la Constitution. Tout d'abord, les juges ne purent invoquer aucune clause semblable. Dans certaines espèces, les juges eurent la chance de trouver, outre l'ambiguïté, un autre défaut dans la loi, et ils en prononcèrent la nullité pour deux raisons ; ainsi la décision apparaissait mieux fondée. Par exemple, bien que la Cour ait annulé une loi concernant les élections fédérales en invoquant les XIV^e et XV^e amendements, la lecture de la décision révèle que l'objection véritable faite à la loi tenait au fond à son imprécision. Cependant cette possibilité n'a pas toujours été offerte à la Cour. Dans ce cas, alors, les juges ont dû s'adresser à la disposition si large qui protège le *due process of law*.

Il semble que ce soit la Cour Suprême du Rhode Island qui, la première, vit la possibilité que contenait le *due process*, en ce qui concer-

have been the Supreme Court of Rhode Island. The legislature of that State had passed an act punishing anyone who kept a place "in which it is reputed that intoxicating liquors are kept for sale without having a license therefore." The court in 1881 declared that the law contrary to "the fundamental rules of our jurisprudence" and the "general spirit and principles of the Constitution" for it punished a person for what others might say about him. "If some particular clause which the law violates must needs be pointed out, then we are of the opinion that to fine or imprison a person for such a cause is to deprive him of his property or liberty without due process of law ⁴¹." Fifteen years later the Supreme Court of Kentucky held that an act punishing a railroad for charging "more than a just and reasonable rate of toll" to be contrary to this provision because of its indefiniteness ⁴².

The rule as thus established was low in spreading to other courts. In 1908 Theodore Schroeder pointed out the relationship between due process and uncertainty in two articles in well known law journals ⁴³.

The following year Justice Day of the United States Supreme Court implied that such acts might violate the Fourteenth Amendment, but since the statute under consideration was not ambiguous his words were simply dicta ⁴⁴.

nait une législation imprécise et ambiguë. Le pouvoir législatif de cet Etat avait voté un texte punissant les tenanciers de « lieux où notoirement on vendait des liqueurs nocives sans licence ». En 1881, la Cour décida que « la loi était contraire aux règles fondamentales de la jurisprudence, à l'esprit général et aux principes de la Constitution » parce qu'elle frappait un citoyen sur les rapports de tierces personnes... « S'il faut invoquer une clause particulière de la Constitution, violée par cette loi, nous (les juges) déclarerons que le fait de frapper d'une amende ou d'emprisonner un citoyen dans les circonstances semblables, c'est le priver de ses biens ou de sa liberté sans *due process of law*. » Quinze ans plus tard, la Cour suprême de Kentucky prononça l'inconstitutionnalité d'une loi pénalisant les compagnies de chemins de fer dont les tarifs seraient supérieurs à ceux qui seraient justes et raisonnables. La Cour considéra cette loi comme contraire au *due process* en raison de son imprécision.

La règle ainsi établie fut lente à s'étendre aux autres Cours. En 1908, Théodore Schroeder souligna les relations qui existaient entre le *due process* et l'imprécision, dans deux articles de revue.

L'année suivante le juge Day de la Cour suprême des Etats-Unis reconnut implicitement que les lois imprécises pouvaient violer le XIV^e amendement, mais comme la loi en jeu n'était pas ambiguë, ses paroles ne constituèrent que de simples *dicta* *.

* C'est-à-dire des *obiter dicta*. Dans la jurisprudence des pays de *common law*, on oppose aux *judicial dicta*, aux raisons d'ordre juridique invoquées par les juges pour résoudre le point de droit effectivement en jeu dans l'espèce qui leur est soumise — qui seules ont une autorité *de jure* ou une force liante — les *obiter dicta*, les opinions juridiques présentées par ces mêmes juges à l'occasion d'un procès, sans que ce soit nécessaire pour résoudre le point de droit qui y est finalement retenu. Ces *obiter dicta* n'ont qu'une valeur persuasive ou doctrinale, qui ne saurait atteindre même à l'autorité *de facto* des précédents judiciaires des pays de droit civil.

Five years later, however, in a case involving the validity of the Kentucky Anti-trust statute the Supreme Court took the step which brought indefinite statutes clearly under the ban of the Fourteenth Amendment. This act had been very loosely drafted, but according to the interpretations of the highest state court it prohibited combinations for controlling prices of articles, if the prices fixed were greater than the real value of them. In each of the three cases brought to the United States Supreme Court contesting its validity, the court held it unconstitutional because of its vagueness. The first case involved the International Harvester Company and, in the opinion written by Justice Holmes, there was no mention of due process of law ⁴⁵.

The second case, involved the validity of the act as applied to a combination of tobacco growers. The opinion of Justice Hughes, declared that the court, in the Harvester Case, had held this act void because "it violated the fundamental principles of justices embraced in the conception of due process" ⁴⁶.

It is noteworthy that in the second case the attorneys carefully pointed out the relation of due process to indefiniteness, whereas in the first case, no such assistance was given the court. The court, however, seemed not to realize the importance of the step it had taken for in the third case, decided the year following, Justice McKenna made no reference to the due process provision ⁴⁷.

The legal profession, however, was quick to see the possibilities latent in the remark of Justice Hughes. During the next five years,

Cinq ans plus tard, cependant, dans un cas où était en cause la validité de la loi votée par le Kentucky contre les trusts, la Cour suprême déclara formellement que des lois imprécises pouvaient tomber sous le XIV^e amendement. La loi en question avait été rédigée en termes très vagues, mais, si l'on s'en tient à l'interprétation donnée par la plus haute Cour de l'Etat, elle interdisait les coalitions formées pour contrôler les prix des objets lorsque ces prix étaient supérieurs à la valeur réelle de ceux-ci. Trois cas furent portés devant la Cour suprême des Etats-Unis ; dans les trois cas, celle-ci déclara la loi inconstitutionnelle en raison de son imprécision. Le premier cas mettait en cause la Compagnie Internationale de Moissonneuses, et dans l'opinion rédigée par le juge Holmes, il ne fut pas fait mention du *due process of law*.

Le second cas mettait en cause une coalition entre planteurs de tabac. L'opinion du juge Hughes, rappelant la jurisprudence du cas Harvester, fut que l'acte était nul parce qu'il violait « les principes fondamentaux de justice contenus dans le *due process* ». Il faut noter que dans cette seconde espèce les avocats avaient soigneusement souligné les relations existant entre l'imprécision et le *due process*, alors que dans le premier cas ils n'y avaient fait aucune allusion.

La Cour cependant, ne semblait pas avoir compris l'importance du progrès réalisé ; car, dans le troisième cas, jugé l'année suivante, le juge McKenna ne fit aucune allusion au *due process*.

Le monde judiciaire, cependant, comprit vite les possibilités contenues dans la thèse soutenue par le juge Hughes. Durant les cinq années suivantes, des avocats essayèrent dans sept instances de persuader la

zealous attorneys in seven cases attempted to persuade the court that various legislative provisions were too vague to be valid. In each of these the court recognized that indefinite statutes would be void, but since the law in question was sufficiently definite, there was no need to discuss the grounds of this doctrine ⁴⁸.

During the war Congress had passed the Lever Act to prevent profiteering in foodstuffs and other necessities. This statute penalized any person who willfully made "any unjust or unreasonable rate or charge in handling or dealing in or with any necessities" or who conspired "to exact excessive prices for any necessities". Nine cases involving the validity of this act were appealed to the United States Supreme Court. Mr Charles E. Hughes, who had retired from the Court in 1915, was a counsel in six of these cases. In his briefs he reviewed the earlier decisions involving the doctrine that statutes must be definite and urged that the war-time legislation was too vague to be constitutional. Chief Justice White rendered the decisions of the Court and declared that the provisions of the act were so vague that it violated the 5th and 6th Amendments to the federal constitution. Curiously enough, however, he made no mention of the due process provision in either case. Justices Pitney and Brandeis concurred in the decisions, although protesting that the standard fixed by the statute was not too vague to be applicable. But even the concurring opinion made no specific mention of due process of law, although it also referred to the 5th and 6th Amendments ⁴⁹.

These cases all involved criminal prosecutions and the decision of the court might well have been placed on the timehonoured

Cour que plusieurs dispositions législatives étaient trop vagues pour être valables. Dans chacune d'elles, la Cour reconnut que des lois imprécises seraient nulles, mais que, la loi en question étant suffisamment définie, il n'était pas nécessaire de discuter les fondements de cette doctrine.

Pendant la guerre, le Congrès avait voté la loi Lever pour empêcher toute spéculation excessive dans l'alimentation et sur les denrées de première nécessité. Cette loi punissait les personnes qui imposeraient volontairement « des prix injustes et immodérés sur des denrées de première nécessité ou qui s'entendraient pour obtenir des prix excessifs ». Neuf cas mettant en cause la validité de cette loi furent évoqués à la Cour suprême des Etats-Unis. M. Charles E. Hughes, qui s'était retiré de la Cour en 1915, fut avocat dans six de ces cas. Dans ses plaidoiries, il fit l'examen de la jurisprudence antérieure et soutint que la législation du temps de guerre était trop vague pour être constitutionnelle. Le Président White rédigea les décisions de la Cour et déclara que la loi était si vague dans ses dispositions qu'elle violait le V^e et le VI^e amendement de la Constitution fédérale. Il est assez curieux de noter qu'il ne mentionna le *due process* dans aucun de ces cas. Les juges Pitney et Brandeis concoururent à ces décisions tout en protestant qu'en fait la règle fixée par la loi n'était pas trop vague pour pouvoir être appliquée. Mais cette deuxième opinion, elle aussi, ne fit aucune allusion au *due process of law* bien qu'elle se référât également au V^e et au VI^e amendements.

Tous ces cas se présentaient à propos des poursuites criminelles et la décision de la Cour aurait pu se fonder sur la règle séculaire que les

ground that penal statutes must be construed strictly, and hence could not be enforced in these cases. The court did not do this, however, but held the act void on the ground that there was a conflict with the Constitution. This proved far-sighted and because of these opinions the principle that vague laws violate due process could be used in a civil case decided four years later. In a suit between two corporations, Justice Van Devanter declared that the provision of the Lever Act in question had been held void in the earlier cases "as contravening the due process of law clause of the Fifth Amendment, among others, because it required that the transactions named should conform to a rule or standard which was so vague and indefinite that no one could know what it was" ⁵⁰. If the act were merely void because of its criminal nature, the court would have been required to enforce it civilly in this case. But since it had been held contrary to the due process provision, it was unenforceable in either civil or criminal actions. The court thus held the due process clause sufficient constitutional basis for its objection to any kind of statute.

The fact that the judges at first did not link the indefiniteness of the act to the due process provision, is significant of the difficulty of connecting these two ideas. In the opinions involving the Lever Act, as in those under the Kentucky Anti-Trust Statute, the connection was only made in a subsequent case, when the rule had already been established that the act was unconstitutional. It is obvious that the wording of the due process provisions did not palpably require the court to declare indefinite statutes void. On the contrary, it was only when the court became convinced of the vicious-

lois pénales doivent être interprétées strictement. La Cour, cependant, préféra déclarer que la loi était nulle comme contraire à la Constitution. Dans cette décision la Cour s'est révélée perspicace et ses motifs ont pu être utilisés dans un cas civil jugé quatre ans plus tard.

Dans une instance qui mit aux prises deux sociétés, le juge Van Devanter déclara que la disposition du Lever Act avait été considérée comme nulle dans la jurisprudence antérieure « parce que notamment, elle était contraire au *due process* du V^e amendement et parce qu'elle comportait une règle ou un standard si vague et si imprécis que personne ne pouvait déterminer quel il était. » Si la loi avait été nulle, seulement en raison de son caractère pénal, la Cour aurait été obligée de l'appliquer en matière civile ; mais puisqu'elle avait été déclarée contraire au *due process*, elle était inapplicable dans une action civile comme dans une action criminelle. Ainsi, le *due process* fournissait à la Cour une base constitutionnelle suffisante pour annuler la loi dans les deux hypothèses.

Le fait que les juges ne lièrent pas dès le début l'imprécision de la loi au *due process* est significatif : il souligne la difficulté qu'il y a à rapprocher ces deux idées. Dans les opinions concernant le Lever Act, comme dans celles concernant la loi du Kentucky contre les trusts, ce rapprochement ne s'est fait qu'assez tard, lorsque l'inconstitutionnalité était déjà chose bien établie. Il est évident que les termes de la clause *due process* n'exigent pas de façon certaine que la Cour prononce la nul-

ness of the legislation, that they turned to the broad general protection in the 5th Amendment.

The rule as thus established has been reaffirmed in three recent decisions ⁵¹. In each of these the judges specifically mentioned the due process clause and rested their decisions squarely on it. At the present time, therefore, the doctrine does not rest on the insecure foundation of dicta expressed in chance remarks of the judges. It is firmly embeded in the constitutional jurisprudence of the United States. The fact that in these cases both Chief Justice Taft and Justice Sutherland rested their decisions squarely on the due process provision indicates that these statements are not to be waived aside as dicta.

It is not a little ironical that the courts should object to indefinite statutes on the ground that they violate the most indefinite phrase in the Constitution. Under the circumstances it is inevitable that the courts should be vague on the question of how definite a statute must be to be constitutional. This question must remain for the future to determine under the rule that the court will sharpen is constitutional knife as occasion demands its. The source of these judicial attitudes, however, are clearly to be found in a combination of their legal training, and their fondness for a philosophy of natural rights. Until these are changed, judicial indefiniteness is likely to continue.

lité des lois imprécises. Au contraire, ce fut seulement lorsqu'elle fut convaincue des vices de la législation que la Cour donna comme fondement à son opinion le V^e amendement. Cette règle s'est affirmée à nouveau dans trois décisions récentes. Dans chacune d'elles les juges ont mentionné formellement le *due process* et ont fondé leur décision sur lui. Aujourd'hui cette doctrine ne repose donc plus seulement sur le fondement peu sûr de remarques accidentelles de juges ; elle est une partie essentielle de la jurisprudence constitutionnelle des Etats-Unis. Le fait que le Président Taft et le juge Sutherland ont tous deux motivé leur décision par le *due process* indique que ces affirmations ne peuvent pas être rejetées comme simple « dicta ».

Il n'est pas sans quelque saveur de remarquer que les Cours annulent des lois imprécises sous le prétexte qu'elles violent la phrase de la Constitution qui elle-même présente le plus d'imprécision. Pour des raisons de fait, il est inévitable que les juges restent dans le vague sur le degré de précision que doivent présenter les lois pour être constitutionnelles. Cette question doit demeurer réservée pour règlement à venir conformément au principe que la Cour doit affiler son couteau constitutionnel à mesure que les circonstances du moment le requièrent. La cause profonde de cette attitude des juges réside à la fois dans leur formation légale et dans leur penchant pour la philosophie des droits naturels. Tant que ceci ne sera pas changé, l'imprécision des décisions de nos juges se maintiendra vraisemblablement.

¹ Max RADIN, *Statutory Interpretation* (43 *Harvard Law Review*, April, 1930, 863-885).

² R. L. MOTT, *Due Process of Law* (Indianapolis, 1925), ch. 12-14.

³ F. FRANKFURTER and J. M. LANDIS, *Business of the Supreme Court at October Term, 1929* (44 *Harvard Law Review*, Nov. 1930, 1).

⁴ "Apart from the imminent risk of a failure to give any definition which would be at once perspicuous, comprehensive, and satisfactory, there is wisdom, we think, in the ascertaining of the intent and application of such an important phrase in the Federal Constitution, by the gradual process of judicial inclusion and exclusion, as the cases presented for decision shall require, with the reasoning on which such decisions may be founded." Justice Miller, *Davidson v. New Orleans*, 96 U. S. (1878) 97, 104, 24 L. Ed. 616.

The judges of some of the state courts were not so cautious, however. In 1854 Justice Caruthers of the Tennessee Supreme Court declared, "The meaning of the phrase is so fully expounded that it would be unnecessary now to dwell upon that subject, as no additional light can be shed upon it. Nothing is left to be done but to apply the principles so well settled to new cases as they may arise before us." *Mayor v. Dearmon*, 34 Tenn. (1854) 103 at 121-122. See also *In re Dorsey*, 7 Porter (Alabama, 1838), 293.

⁵ *Bank of Columbia v. Okely*, 4 Wheaton (U. S. 1819) 235, 244, 4 L. Ed. 559. Compare this definition with the one given by Daniel Webster in his celebrated argument in the Dartmouth College Case. "The meaning is, that every citizen shall hold his life, liberty, property, and immunities under the protection of the general rules which govern society." 65 N. H. (1817) 473, 613.

⁶ *In re Kemmler*, 136 U. S. (1890) 436, 448, 34 L. Ed. 519, 10 S. Ct. 930.

⁷ *Murray v. Hoboken Land and Improvement Co.*, 18 Howard (U. S. 1855) 272, 15 L. Ed. 372.

⁸ *Roller v. Holly*, 176 U. S. (1899) 398, 44 L. Ed. 520, 20 S. Ct. 410. *Londoner v. Denver*, 210 U. S. (1908) 373, 52 L. Ed. 1103, 28 S. Ct. 708.

⁹ *Loan Association v. Topeka*, 20 Wallace (U. S. 1874) 655, 22 L. Ed. 455, *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U. S. (1923) 525, 67 L. Ed. 785, 43 S. Ct. 394.

¹⁰ *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U. S. (1886) 356, 30 L. Ed. 221, 6 S. Ct. 1064. *Truax v. Corrigan*, 257 U. S. (1921) 312, 66 L. Ed. 254, 42 S. Ct. 124.

¹¹ *Lawton v. Steele*, 152 U. S. (1894) 133, 38 L. Ed. 385, 14 S. Ct. 499, *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U. S. (1922) 393, 67 L. Ed. 322, 43 S. Ct. 158.

¹² *United States v. Cohen Grocery Co.*, 255 U. S. (1921) 85, 65 L. Ed. 516, 41 S. Ct. 298, 14 A. L. R. 1045, *Connally v. General Construction Co.*, 269 U. S. (1926) 385, 70 L. Ed. 322, 46 S. Ct. 126.

¹³ *Holden v. Hardy*, 169 U. S. (1898) 389, 42 L. Ed. 780, 18 S. Ct. 383.

¹⁴ "It is of so much importance to a law, that it be certain, that without this, neither can it be just, 'for if the trumpet give an uncertain voice, who shall equip himself for war?' Similarly, if the law give an uncertain voice, who shall prepare himself to obey? Therefore, it is necessary that it warn before it strike. Also this is well laid down ;

that law is the best which leaves least to the discretion of the Judge, which its Certainty effects." FRANCIS BACON, *On the Dignity and Advancement of Learning*, 1605, Book VIII, ch. 3, sec. 2 ("Treatise on Universal Justice").

"Il est essentiel que les paroles des lois réveillent chez tous les hommes les mêmes idées." MONTESQUIEU, *L'esprit des lois* (1748), Book 29, ch. 16. See also Book 12, ch. 7, and THOMAS HOBBS, *Leviathan* (1651), Part II, ch. 27.

¹⁵ The rule is thus stated in Keilwey's Reports (1508), 95: "Nota que fuit dit que chescun estatute q est penal, & qux alot en derogation del comon ley serr prise strict, & ceo est le commo dit, & estatute penal est tiel estatute que done a un home corporal paine come emprisonmt ou forf de mony, & ceux estatutes queux donnot remedy ql ne fuit p le comon ley serr prises per equitie." This rule has been widely followed since. See 42 English and Empire Digest, 726-729, and especially, *Reniger v. Fogossa*, 1 Plowden (c. 1550) 17; *Earl of Leicester v. Heydon*, 1 Plowden (1571) 400; *Cone v. Bowles*, 1 Salk. 1691) 205. The rule is given in Blackstone's Commentaries on the Law of England, Vol. I, p. 88 (1765) and is interpreted by Fortunatus DWARRIS, *Treatise on Statutes* (London, 1831), II, 736-737.

¹⁶ In *Courteen's Case*, Hobart (1618) 270, the court refused to extend the punishment of the statute from imprisonment to death by implication on the ground of strict construction of the act. See in this regard P. B. MAXWELL, *Interpretation of Statutes* (5th ed. London, 1912), ch. 10.

¹⁷ The following quotation from an opinion by Circuit Justice Livingston indicates clearly the sources of this doctrine: "For although ignorance of the existence of a law be no excuse for its violation, yet if this ignorance be the consequence of an ambiguous or obscure phraseology, some indulgence is due to it. It should be a principle of every criminal code, and certainly belongs to ours, that no person be adjudged guilty of an offence unless it be created and promulgated in terms which leave no reasonable doubt of their meaning. If it be the duty of a jury to acquit where such doubts exist concerning a fact, it is equally incumbent on a judge not to apply the law to a case where he labours under the same uncertainty as to the meaning of the legislature. If this be involved in considerable difficulty from the use of language not perfectly intelligible, unusual circumspection becomes necessary — especially if the consequences be so penal as scarcely to admit of aggravation. When the sense of a penal statute is obvious, consequences are to be disregarded; but if doubtful, they are to have their weight in its interpretation. It will at once be conceded that no man should be stripped of a very valuable property, perhaps of his all, be disfranchised, and consigned to public ignominy and reproach, unless it be very clear that such high penalties have been annexed by law to the act which he has committed. If these principles be correct, as they are deemed to be, a court has no option where any considerable ambiguity arises on a penal statute, but is bound to decide in favour of the party accused." *The enterprise*, 1 Paine (1810) 32; Fed. Cas. No. 4499. See also *Hayes v. State*, 11 Ga. App. (1912) 523. The maxim that ignorance of the law is no excuse is discussed in HERBERT BROOM, *Legal Maxims* (9th edition, London, 1924, 178.

¹⁸ MAXWELL, *Interpretation of Statutes* (5th ed. London, 1912), ch. 10.

"It is likely that a hundred years ago such an objection might have succeeded. Statutes were then required to be perfectly precise, and resort was not had to a reasonable construction of the Act, and thereby criminals were often allowed to escape. This is not the present mode of construing Acts of Parliament. They are construed now with reference to the true meaning and real intention of the Legislature." Justice Pollock, *Rex v. Lyons*, Bell, C. C. (1853) 38.

¹⁹ In 1815 a group of mutineers were brought to trial before Judge Washington in the United States Circuit Court for violating a statute prohibiting a "revolt" of seamen or "confining the master" of a ship. It was urged that the offenses prohibited were so ambiguously described that the act could not be enforced. The judge agreed that the term "revolt" was incapable of any definite meaning and hence the section was unenforceable. But since the accused were also guilty of "confining the master" (a definite and clear phrase) they were convicted. *United States v. Peters*, Fed. Cas. No. 16, 264.

"Statutes creating crimes will not be extended by judicial interpretation to cases not plainly and unmistakably within their terms. If this rule is lost sight of, the courts may hold an act to be a crime when the legislature never so intended." Circuit Justice Dillon, *United States v. Whittier*, Federal Cases (1878) No. 16, 688. V. aussi *United States v. Garretson*, 42 Fed. (1890) 22; *McJunkins v. State*, 10 Ind. (1858) 140 at 145.

²⁰ Justice Eakin declared: "We cannot conceive how a crime can, on any sound principle, be defined in so vague a fashion. Criminality depends under it, upon the moral idiosyncrasies of the individuals who compose the court and jury. The standard of crime would be ever varying, and the courts would constantly be appealed to as the instruments of moral reform, changing with all fluctuations of moral sentiment. The law is simply null." *Ex parte Jackson*, 45 Ark. (1885) 158 at 164.

²¹ *Augustine v. State*, 41 Texas Crim. Rep. (1899) 59, 52 S. W. 77, 96 Am. St. Rep. 765.

²² Judge Van Orsdel continued: "In a criminal statute the elements constituting the offense must be so clearly stated and defined as to reasonably admit of but one construction. Otherwise there would be a lack of uniformity in its enforcement. The dividing line between what is lawful and unlawful cannot be left to conjecture. The citizen cannot be held to answer charges based upon penal statutes whose mandates are so uncertain that they will reasonably admit of different constructions." *United States v. Capital Traction Co.* 34 App. Cas. (D. C. 1910) 592, 19 Ann. Cas. 68.

²³ *Stoutenburgh v. Frazier*, 16 App. Cas. (D. C. 1900) 229, 48 L. R. A. 220, holding statute void which punished "all suspicious persons" as vagrants.

Trozer v. United States, 52 Fed. (1892) 917, 4 Inters. Com. Rep. 245, holding part of the Interstate Commerce Act (24 Stat. L. 379) void, which prohibited "undue preferences" in rates or service to any town.

Cook v. State, 29 Ind. App. (1901) 278, 59 N. E. 489, holding act void which prohibited using "narrow tires" on wagons carrying more than one ton on the public roads.

Louisville and Nashville Railroad Company v. Railroad Commission

of Tennessee, 19 Fed. (1884) 679, 16 Amer. & Eng. Rep. Cas. 15, and Chicago and Northwestern Railroad Company v. Dey, 35 Fed. (1888) 866, 1 L. R. A. 744, 2 Inters. Com. Rep. 325, in which Tennessee and Iowa statutes authorizing regulatory commissions to fix "just and reasonable" rates were held void as to indefinite, since a violation of the rates thus fixed was a penal offense.

State v. Mann, 2 Ore. (1867) 238, an act prohibiting the use of "gambling devices" was held void because it did not specify which devices were intended to be prohibited.

State v. Comeaux, 131 La. 930, 60 So. 620, holding void an act punishing "indecent assaults".

State v. Diamond, 27 N. M. (1921) 477, 202 Pac. 988, 20 A. L. R. 1527, holding an anti-communist law void for violating free speech and for being too indefinite.

People v. Briggs, 193 N. Y. (1908) 457, 86 N. E. 522 holding void a law prohibiting sale of milk unless certified by an "association". The court stumbled over the question of which "association" was intended.

See also the citations given in 16 Corpus Juris, pages 65 and 68, especially in notes 58-59, and 8-10.

²⁴ Justice Ritz, of the West Virginia Supreme Court of Appeals, declared an indefinite statute was an attempt to give to the courts "power to pass *ex post facto* laws, because the law governing in particular cases would not be declared, or would not be known, until after the offense was actually committed." State v. Lantz, 90 W. Va. (1922) 738, 111 S. E. 766, 26 A. L. R. 894. See also *Ex parte* Jackson, 45 Ark. (1885) 158 at 164; Louisville and Nashville R. Co. v. Commonwealth, 99 Ky. (1896) 132, 35 S. W. 129, 33 L. R. A. 209, 59 Am. St. Rep. 457.

²⁵ Wisconsin Statutes, 1919, section 1636.49. The section is part of the Uniform Vehicle Code, recommended by the National Conference on Street and Highway Safety, of which Herbert Hoover was the chairman. See Text of Uniform Vehicle Code, Washington, 1926, p. 68. Some changes have been made in this section of the proposed code since, but it remains in essentially the same broad terms. See Uniform Act Regulating Traffic on Highways, Washington, 1930, p. 20.

²⁵ Hayes v. State, 11 Ga. App. (1912) 371, 75 S. E. 523, followed in Empire L. Insurance Co. v. Allen, 141 Ga. 413; State v. Lantz, 90 W. Va. (1922) 738, 111 S. E. 766.

²⁷ "It is, of course, desirable that laws should be made as specific as is compatible with the subject-matter legislated upon. A speed of so many miles per hour is specific and meets the requirements of many situations, but not of all, even though the rate for country and city driving is made different as it usually is. Many situations may arise both in the country and in the city where the statutory speed would be reckless driving. To meet these situations the statute in question was enacted. We regard it as a very wholesome and sensible statute; one that calls upon every driver of a motor vehicle to at all times exercise such care as will reasonably insure the safety of the life and property of others; one that will supply the defects in laws regulating speed at so many miles per hour." Chief Justice Vinje, 176 Wis. (1922) 490, 187 N. W. 190. Similar laws have been upheld; State v. Schaeffer, 96 Ohio (1917) 215, 217 N. E. 220; Commonwealth v. Cline, 26 Pa. Dist.

(1916) 663 ; *Smith v. State*, 186 Ind. (1917) 252, 115 N. E. 943 ; *State v. Goldstone*, 144 Minn. (1920) 405, 175 N. W. 892 ; *Commonwealth v. Pentz*, 247 Mass. (1924) 500, 143 N. E. 322 ; *People v. Beak*, 191 Ill. (1920) 449, 126 N. E. 322 ; *State v. Goetz*, 83 Conn. 437, 76 Atl. 1000, 30 L. R. A. (N. S.) 458 ; *Schultz v. State*, 89 Neb. 34, 130 N. W. 972, 33 L. R. A. (N. S.) 403, Ann. Cas. 1912 C, 495 ; *State v. Smith*, 29 R. I. 245, 69 Atl. 1061, *Ex parte Daniels*, 183 Cal. (1920) 636, 192 Pac. 442, 21 A. L. R. 1172 ; *Gallaher v. State*, 193 Ind. 629, 141 N. E. 347, 29 A. L. R. 1059 ; *State v. Pfeifer*, 96 Kan. 791, 152 Pac. 552 ; *Ex parte Daniels*, 273 Pac. (Okla. Crim. App. 1010 ; *People v. McMurchy*, 249 Mich. (1930) 147.

²⁸ See also *State v. Dvoracek*, 140 Ia. (1908) 266, 118 N. W. 399, in which the court pointed out that although the words "in destitute condition" in the statute were indefinite, it would have been impossible to use words which were any more specific. A somewhat similar attitude is to be found in *State v. Livingston Concrete Building Co.*, 34 Mont. (1906) 570, 87 Pac. 980, 9 Ann. Cas. 204.

²⁹ *Earl of Leicester v. Heydon*, 1 Plowden (1571) 400. Even such an arch-opponent of judicial review of legislation as Lord Ellesmere admitted that statutes might be declared void if they contained "impossibilities or direct repugnances". *Moore* (K. B. 1616) 826.

³⁰ "Where the main object and intention of a statute are clear it must not be reduced to a nullity by the draftsman's unskilfulness or ignorance of law except in the case of necessity or the absolute intractability of the language used." *Salmon v. Duncombe*, 11 App. Cas. (1886) 627.

"Obscurity of expression and difficulty of construction are not sufficient grounds for rejecting provisions in Acts of Parliament." *Inland Revenue Commrs. v. Joicey*, (No. 1) 1 K. B. (1913) 445.

"The rule we have always followed of late years has been to construe statutes like all other written instruments, according to the ordinary grammatical sense of the words used, and if they appear contrary to the recognized and expressed intention of the Legislature, or present any absurdity or inconsistency with grammatical sense, they must be modified so as to obviate that inconvenience, but no further." *Hollingworth v. Palmer*, 4 Exch. (1849) 267.

³¹ An act making certain named individuals legitimate was not enforced because it had neglected to name their parents. *Drake v. Drake*, 15 N. C. (1837) 110.

When a statute refers to an existing law, the provisions of which are totally inapplicable to the matter in hand, it has been held void as meaningless. *Ward v. Ward*, 37 Texas (1873) 389 ; *Johnson v. State*, 100 Ala. (1894) 32, 14 So. 69 ; *State v. Gaster*, 45 La. Ann. (1893) 636, 12 So. 739.

A statute defining the boundary of a county was held void when it was found impossible to apply the description to the topography of the area. *Bittle v. Stuart*, 34 Ark. (1879) 224.

An act requiring registration for voting, but failing to state where the registration should take place was held too indefinite to be enforced. *Brown v. State*, 137 Wis. 543, 119 N. W. 338.

An act providing for the canvass of the vote could not be enforced because it omitted to state the date when it should be done. *State ex*

rel. *Husting v. State Canvassers*, 159 Wis. (1914) 216, 150 N. W. 542, Ann. Cas. 1916 D, 159.

³² An Act of Congress extending the time for which a patent might be held was declared void because a mistake had been made in the date of the patent and in its description. *Blanchard v. Sprague*, Fed. Cad. No. 1, 517 (1838).

³³ In the case of a statute prescribing two methods by which shares of stock in a bank might be voted, the court refused to decide which was the correct method. *Commonwealth v. Bank of Pennsylvania*, 3 Watts & S. (Pa. 1842) 173.

An act prohibited the selling of intoxicants within three miles of Mt. Zion Church in Gaston County. When it was discovered that there were two churches of this name in Gaston County, the court held the act void. *State v. Partlow*, 91 N. C. (1884) 550

An act giving two conflicting boundaries for a governmental subdivision is impossible to apply and hence void. *In re Hendricks*, 84 Kan. (1899) 441, 47 Pac. 965 ; *Jones v. Lawson*, 143 Ark. (1920) 831, 200 S. W. 311.

³⁴ Two tax laws have been held void because they inadequately described the group on which the tax was to be levied. *Street railways. State ex rel. Crow v. West Side R. Co.* 146 Mo. (1898) 155, 47 S. W. 959. *Merchants. State ex rel. Wyatt v. Ashbrook*, 154 Mo. (1900) 375, 55 S. W. 627, 48 L. R. A. 265, 77 Am. St. Rep. 765.

³⁵ "The rule that penal laws are to be construed strictly, is perhaps not much less old than construction itself. It is founded on the tenderness of the law for the rights of individuals ; and on the plain principle that the power of punishment is vested in the legislative, not in the judicial department. It is the legislature, not the court which is to define a crime and ordain its punishment." *United States v. Wiltberger*, 5 Wheaton (U. S. 1820) 76 at 95, 5 L. Ed. 37.

³⁶ Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651) Part II, ch. 18 ; John Locke, *Two Treatises on Civil Government* (1681), ch. xi, sec. 141.

³⁷ The legislation of this nature has recently been treated in a most scholarly and comparative manner by Ernst FREUND, *Administrative Powers over Persons and Property* (Chicago, 1927).

³⁸ A Tennessee statute prohibited rates which were not "just and reasonable" and established a commission to fix reasonable rates. If the railroads refused to accept the rates thus fixed, the law made them prima facie guilty of extortion. Judge Baxter of the United States Circuit Court held the act void because its indefinite terms involved an unconstitutional delegation of legislative power. *Louisville and Nashville R. Co. v. Railroad Commission of Tenn.*, 19 Fed. (1884) 679, 16 Am. and Eng. Reported Cases, 15. See also *Louisville and Nashville R. Co. v. Commonwealth*, 99 Ky. (1896) 132, 33 L. R. A. 209, 59 Am. St. Rep. 457. A similar statute in Iowa was held void by Judge Brewer (later on the United States Supreme Court). *Chicago and Northwestern R. Co. v. Dey*, 35 Fed. (1888) 866, 1 L. R. A. 744, 2 Inters. Com. Rep. 325. This same judge also held part of the federal act regulating interstate commerce (24 Stat. L. 379) void, because in prohibiting "undue preferences" to one town over another there was an unconstitutional delegation of legislative power. *Trozer v. United States*, 52 Fed. (1892) 917, 4 Inters. Com. Rep. 245.

It is significant that the United States Supreme Court refused to declare the Interstate Commerce Act void because of its indefinite provisions. It did, however, interpret it so strictly and narrowly, that subsequent amendments were necessary to give the Interstate Commerce Commission adequate power. Thus in the case of *Interstate Commerce Commission v. Cincinnati, N. O. and T. P. R. Co.*, 167 U. S. (1897) 479, the court declared that the commission had no power to fix rates. "That Congress has transferred such a power to any administrative body is not to be presumed or implied from any doubtful and uncertain language."

³⁹ Notably in the cases of statutes which gave medical authorities power to revoke licenses because physicians were guilty of some such general offense as "unprofessional conduct". *Hewitt v. Board of Medical Examiners*, 148 Cal. (1906) 590, 84 Pac. 39, 3 L. R. A. (N. S.) 896, 113 Am. St. Rep. 315. See also *Czarra v. Board of Medical Supervisors*, 25 App. Cas. (D. C. 1905) 443, and *Ex parte Leslie*, 87 Tex. C. R. (1920) 476, 223 S. W. 227 (holding an act requiring Cattle Dipping to prevent disease unconstitutional).

⁴⁰ *United States v. Reese*, 92 U. S. (1876) 214, 23 L. Ed. 563. In several other cases the courts have been able to declare indefinite statutes void on other grounds. Thus the act was held to violate due process of law in *State ex rel. Wyatt v. Ashbrook*, 154 Mo. (1900) 375, 55 S. W. 627, 48 L. R. A. 265, 77 Am. St. Rep. 765.

Decisions of the federal courts involving acts of Congress have insisted that indefinite statutes violated the provisions of the Sixth Amendment which require the court to notify the accused of the charge against him before beginning trial. If the statute were vague, it was declared, the indictment under it could hardly be more specific. *United States v. Capital Traction Co.*, 34 App. Cas. (D. C. 1910) 592 ; 19 Ann. Cas. 68 ; *United States v. Cohen Grocery Co.*, 255 U. S. (1921) 85, 65 L. Ed. 516, 14 A. L. R. 1045, 41 St. Ct. 298.

⁴¹ "Any law which is so repugnant to the fundamental rules of our jurisprudence, and so utterly at variance with the general spirit and principles of the Constitution in regard to the rights of property and personal freedom, that it must be held to be unconstitutional, even though no particular provision can be pointed out, the literal terms of which it violates. To introduce into the law the principle that a person can be punished for what other people say about him is to render all the constitutional safeguards of life, liberty, and property unavailing for his protection ; for it is impossible to say to what purposes so pernicious a principle may not be applied if it is once permitted to take root. But if some particular clause which the law violates must needs be pointed out, then we are of the opinion that to fine or imprison a person for such cause is to deprive him of his property or liberty without due process of law." *State v. Kartz*, 13 R. I. (1881) 538, 43 Am. Rept. 27. See also *State v. Beswick*, 13 R. I. (1891) 211, 36 Am. Rep. 102. In Connecticut, however, the court held a similar statute to "reputation based on fact". As thus interpreted it was declared valid and not ambiguous. *State v. Thomas*, 47 Conn. (1880) 546, 36 Am. Rep. 98.

It was urged that an Act of Congress for the District of Columbia punishing "all suspicious persons" as vagrants violated due process. The court, however, declared that it violated the prohibitions on un-

reasonable searches and seizures, and cruel and unusual punishments. *Stoutenburgh v. Frazier*, 16 App. D. C. (1900) 48 L. R. A. 220.

⁴² *Louisville and Nashville R. Co. v. Commonwealth*, 99 Ky. (1896) 132, 35 S. W. 129, 33 L. R. A. 209, 59 Am. St. Rep. 457.

⁴³ *Uncertainty and Due Process* (66 *Central Law Journal*, 1908, 2) ; *Scientific Aspect of Due Process and Constructive Crimes* (42 *Am. Law Rev.*, 1908, 369).

⁴⁴ " We are not prepared to say that there was a deprivation of due process of law because the statute permitted, and the court charged, that there might be a conviction not only for acts which accomplished the prohibited result, but also for those which tend or are reasonably calculated to bring about the things forbidden. " The statute involved was a Texas act penalizing a corporation for entering into agreements to suppress competition or which tended or were " reasonably calculated " to suppress it. The act was held valid. *Waters-Pierce Oil Co. v. Texas*, 212 U. S. (1909) 86, 53 L. Ed. 417.

⁴⁵ " To compel [plaintiffs] to guess, on peril of indictment, what the community would have given for [their wares] if the continually changing conditions were other than they are, to an uncertain extent ; to divine prophetically what the reaction of only partially determinate facts would be upon the imaginations and desires of purchasers, is to exact gifts that mankind does not possess. " *International Harvester Co. v. Kentucky*, 234 U. S. (1914) 216, 58 L. Ed. 1284, 34 S. Ct. 853.

⁴⁶ In discussing the *International Harvester Case* Justice Hughes said : " It was found that the statute in its reference to ' real value ' prescribed no standard of conduct that it was possible to know ; that it violated the fundamental principles of justice embraced in the conception of due process of law in compelling men, on peril of inducement, to guess what their goods would have brought under other conditions not ascertainable. " *Collins v. Kentucky*, 234 U. S. (1914) 634.

⁴⁷ *American Seeding Machine Co. v. Kentucky*, 236 U. S. (1915) 660, 59 L. Ed. 773.

⁴⁸ *Nash v. United States*, 229 U. S. (1913) 373 ; *Miller v. Strahl*, 239 U. S. (1915) 426, 60 L. Ed. 364 ; *Fox v. Washington*, 239 U. S. (1915) 273, 50 L. Ed. 573 ; *Seven Cases of Eckman's Alterative v. United States*, 239 U. S. (1916) 510, 60 L. Ed. 411 ; *United States v. Pennsylvania Railroad Co.* 242 U. S. (1916) 235 ; *Omaechevarria v. Idaho*, 246 U. S. (1918) 343, 62 L. Ed. 763 ; *Edgar A. Levy Leasing Co. v. Siegel*, 258 U. S. 242.

⁴⁹ The two leading cases in which the issues were discussed by the court were : *United States v. Cohen Grocery Co.* 255 U. S. (1921) 85, 65 L. Ed. 516, 41 S. Ct. 298, 14 A. L. R. 1045, and *Weeds, Inc. v. United States*, 255 U. S. (1921) 109, 65 L. Ed. 537.

The other cases under this same act were decided with memorandum opinions. These will be found in the same volume as the two principal cases.

⁵⁰ *A. B. Small Co. v. American Sugar Refining Co.*, 267 U. S. (1925) 233, 69 L. Ed. 589.

⁵¹ Thus in *Connally v. General Construction Company*, 269 U. S. (1926) 385, 70 L. Ed. 322, Justice Sutherland declared that an Oklahoma statute requiring employers to pay the current rate of wages in the locality on all state work was void. " The application of the law depends not upon a word of fixed meaning in itself, or one made definite by

statutory or judicial definition, or by the context or other legitimate aid to its construction, but upon the probably varying impressions of juries as to whether given areas are or are not to be included within particular localities. The constitutional guaranty of due process cannot be allowed to rest upon a support so equivocal. ”

In *Yu Cong Eng. v. Trinidad*, 271 U. S. (1927) 500, Chief Justice Taft rejected the interpretation suggested because it would make the statute too vague. “ We are likely thus to trespass on the provision of the Bill of Rights that the accused is entitled to demand the nature and cause of the accusation against him, and to violate the principle that a statute which requires the doing of an act so indefinitely described that men must guess at its meaning, violates due process of law.”

See also *Cline v. Frink Dairy Company*, 274 U. S. (1927) 445, 71 L. Ed. 1146, in which Taft declared that the 14th Amendment “ certainly imposes upon a state an obligation to frame its criminal statutes so that those to whom they are addressed may know what standard of conduct is intended to be required. ”

CHAPITRE IV

Technique de la Cour de cassation roumaine pour l'examen de l'inconstitutionnalité des lois

par Em. MICLESCO,

Président honoraire à la Cour de cassation roumaine

Je me propose d'exposer quels sont dans leur ensemble, les procédés au moyen desquels la Haute Cour s'adapte au rôle spécifique qui lui est dévolu par notre constitution pour faire respecter les droits que celle-ci garantit aux citoyens, — alors qu'une loi ordinaire viendrait à y porter atteinte. Je montrerai comment pour arriver à son but ultime, elle établit une délimitation des intérêts en conflit et dégage les règles de sa technique en cette matière, en vue de réaliser le droit positif que la Constitution a voulu assurer au peuple roumain.

Et d'abord rapidement, quelques mots sur la composition de la Cour de cassation de Roumanie. Elle compte à peine 70 ans d'existence. L'union des principautés de Moldavie et de Valachie ayant été réalisée en 1859 sous le règne du prince Couza, le premier soin de ce souverain fut de doter la Roumanie de ses principales institutions, selon le vœu exprimé par les puissances signataires de la convention de Paris (1856). Une loi du 24 janvier 1861 créa donc une Cour de cassation composée d'une Chambre civile, une autre criminelle, et enfin une troisième dite des requêtes, d'après le modèle de l'organisation judiciaire de France.

Mais bientôt après, en 1864, la Chambre des requêtes fut supprimée, pour ne plus jamais être rétablie. Le sentiment du justiciable roumain ne peut s'accommoder à l'idée d'un triage préalable exercé par la Chambre des requêtes, et réclame au contraire un jugement définitif à fond, quelque téméraire que soit le pourvoi, — voire même s'il était interjeté à l'encontre d'un point de droit invariablement fixé par une jurisprudence constante.

Depuis 1905 les pourvois contre les décisions des tribunaux de commerce furent attribués à une troisième chambre nouvellement créée, déclarée compétente aussi pour juger des conflits nés des abus des autorités administratives dans l'exercice de leurs attributions.

Ce contentieux administratif est réglé par les articles 99 et 107

de la Constitution et par une loi ultérieure du 23 décembre 1925, portant droit pour tout particulier de se pourvoir en justice pour réparation du préjudice que lui causerait un acte d'autorité administrative, soit au mépris des lois et règlements, soit par refus et mauvaise volonté de donner suite à un droit réclamé.

Jusqu'en 1925 ce pourvoi était dirigé d'emblée devant la troisième Chambre de la Cour de cassation, qui après avoir prononcé en principe sur le bien fondé de la réclamation, renvoyait les parties le cas échéant devant la Cour d'appel à l'effet de fixer les dommages pécuniaires.

Une loi de décembre 1925 modifia cette procédure en décidant que la Cour d'appel aurait qualité pour connaître de ce genre de litiges en première instance, avec pourvoi devant la troisième Chambre de cassation.

Par le même article 107 de la Constitution, la création d'autorités spéciales avec compétence de contentieux administratif est strictement défendue ; le législateur ayant ainsi voulu marquer son inébranlable volonté que les tribunaux ordinaires, tels que la Constitution les a organisés, aient seuls qualité pour régler de pareils conflits.

Cette même loi de 1925 après avoir établi la compétence de nos tribunaux en matière de contentieux, fait une discrimination avec les actes de Gouvernement proprement dits — et ceux de Commandement militaire, auxquels tout recours en justice est refusé.

Il en est de même des actes ayant trait à l'exercice de tutelle administrative et de contrôle hiérarchique, comme aussi des décisions des Conseils de discipline.

Voici les textes se rapportant à ce sujet :

ART. 99. — Toute partie lésée par un décret ou une disposition émanant d'un ministre, qui violerait un texte précis de la Constitution ou de la loi, peut réclamer contre l'Etat par la voie du droit commun, des dédommagements pécuniaires pour le préjudice causé.

ART. 107. — Aucune autorité spéciale, avec attribution de contentieux administratif ne peut être créée.

Le Contentieux administratif appartient au pouvoir judiciaire... etc.

Ses organes prononcent si l'acte est illégal ; ils peuvent l'annuler ou fixer des dommages civils jusqu'à la date du rétablissement du droit lésé...

Mais en dehors du Contentieux administratif, la Constitution de 1923 investit la Haute Cour du droit d'examiner la constitutionnalité des lois, et de refuser l'application de celles de leurs dispositions qui contrediraient la constitution.

On voit par ce qui vient d'être dit, de quelle importance est le rôle de l'autorité judiciaire dans notre droit public, et particulière-

ment celui de la Cour de cassation, pour défendre les droits constitutionnels contre les empiètements possibles du Parlement.

L'article 103 dispose :

« La Cour de cassation, toutes chambres réunies, a seule compétence pour juger l'inconstitutionnalité des lois, et de déclarer inapplicables celles des dispositions qui seraient contraires aux prescriptions de la Constitution. Ce jugement est limité quant à ses effets au seul cas jugé. »

Ainsi donc, selon notre droit constitutionnel, une loi ordinaire ne saurait empiéter sur les droits octroyés aux citoyens roumains par le pacte constitutionnel, et pour en assurer l'efficacité, cette même Constitution autorise la partie lésée à se pourvoir en justice, — mais c'est la Cour de cassation toutes chambres réunies qui seule a qualité pour trancher de pareils conflits. La sagesse du législateur constituant roumain a confié cette mission si importante au corps complet de la Haute Cour, dans la certitude que cette assemblée de magistrats éminents saura toujours répondre à la confiance qui lui a été ainsi témoignée, et le législateur ordinaire devra s'incliner devant l'autorité dominante d'une pareille décision.

La crainte de certains doctrinaires que la politique avec ses passions, ses violences et je pourrais même dire ses misères, ne vienne troubler l'atmosphère sereine de la Justice — ne s'est jamais montrée fondée par la suite, parce que la Haute Cour n'a usé de son droit de gardienne de la Constitution, qu'avec un doigté sûr et une conscience dégagée de toute influence des partis politiques, imposant son autorité par une impeccable technique.

Si ce droit d'examiner le caractère inconstitutionnel des lois ne figure que dans notre nouvelle Constitution datant de l'année 1923, il est à noter que la jurisprudence de la Cour de cassation a devancé de beaucoup cette loi et en a consacré le principe dans des arrêts antérieurs, qui ont vraiment tracé la voie du législateur constituant récent, — et c'est là, le plus bel éloge qu'on puisse adresser à la Haute Cour.

*
* *

Il est important de montrer comment, sans textes, alors que notre ancienne Constitution était muette à ce sujet, la Cour suprême a bâti sa théorie du droit de la Justice de refuser l'application des lois qui, au mépris des droits garantis par la Constitution, porteraient préjudice aux parties.

C'est en 1911 que les tribunaux furent saisis pour la première fois d'une plainte formelle contre une loi qui venait d'être votée, et qui par ses dispositions portait une grave atteinte aux droits légalement acquis d'une société et, dans un arrêt devenu célèbre, la Cour de cassation posa le principe du droit de se pourvoir en justice contre l'application d'une loi qui méconnaîtrait les droits constitutionnels.

Douze années plus tard le législateur constituant trouvait nécessaire d'en consacrer le principe dans un texte précis — article 103 — que nous avons déjà cité.

Voici l'espèce qui amena cet arrêt. La Municipalité de Bucarest, désireuse de doter la ville d'un réseau de tramways systématique et de se créer en même temps des revenus pour ses besoins d'édilité, avait sollicité des pouvoirs publics l'autorisation de recourir au système d'une régie co-intéressée, en s'alliant à des capitaux privés — sous la forme d'une société commerciale.

Une loi de 1909 l'autorisa à constituer une pareille société, en fixant la part que la Commune souscrirait dans les capitaux destinés à l'entreprise, ainsi que sa quote-part des bénéfices — puis enfin la mesure dans laquelle elle serait représentée dans le Conseil d'administration.

La société commença donc à fonctionner aussitôt après que les statuts eurent été approuvés par le Conseil municipal et le Conseil des ministres.

Mais en 1911 un conflit surgit entre la S.T.B. (Soc. des Tramways Bucarest) et le Gouvernement, celui-ci voulant obliger la société à modifier ses statuts — à l'effet d'obtenir une majoration des bénéfices de la Commune dans l'entreprise.

La S.T.B. s'y refusa et alors le Ministre de l'Intérieur arrêta les travaux en cours, comme aussi l'émission d'une nouvelle tranche des titres destinés à compléter le capital de l'entreprise.

La société ainsi paralysée dans son activité s'adressa à la Justice. Mais le procès pouvait être de longue durée, au grand désavantage de la Commune elle-même.

Une loi du 18 décembre 1911, intervint alors, disposant que la S.T.B. ne pourrait exister qu'en vertu des nouveaux statuts insérés dans la loi-même, ne laissant aux possesseurs d'actions que le choix entre l'acceptation de ces nouveaux statuts ou le remboursement de leurs titres au pair.

On avait cru ainsi mettre fin au procès.

Ce ne fut que l'occasion d'un nouveau litige par lequel la société attaquait la loi pour inconstitutionnalité, appuyée sur l'article 19 et l'article 14 de la Constitution en vigueur à cette époque, qui garantit le droit de propriété et défend de soustraire les parties à leurs juges naturels.

La S.T.B. eut gain de cause. La Cour de cassation consacra le principe que les tribunaux ont qualité pour examiner si la loi incriminée déroge aux prescriptions constitutionnelles, et sont autorisés à en refuser l'application le cas échéant ; — puis quant au fond, la Haute Cour déclara que les principes qui régissent les rapports entre les pouvoirs législatifs et judiciaires s'opposent à ce qu'un procès engagé devant les tribunaux soit tranché par la voie législative.

Arrêt retentissant, parce qu'il proclamait que la propriété garantie par la Constitution devait trouver protection auprès du pouvoir judiciaire, à l'encontre des abus du pouvoir législatif.

*
* *

La technique de cette jurisprudence peut se résumer en quelques traits. La Cour part de l'idée que la Constitution n'est pas un ensemble de préceptes abstraits de droit public, posés à seul titre d'indication pour le législateur ordinaire ; qu'elle proclame au contraire avec précision certains droits dont le respect s'impose au législateur aussi bien qu'au juge, — dispositions qui par leur netteté peuvent figurer dans les codes, — telles par exemple les prescriptions relatives au droit de propriété, à l'expropriation pour utilité publique, à l'inaliénabilité des parcelles de terres distribuées aux paysans par la loi rurale... etc., ou bien encore la défense de perquisition ou de prise de corps sans un ordre de justice, — défense du rétablissement de la peine de mort ou de la confiscation des biens des particuliers... etc., — dispositions impératives, qui n'ont même pas besoin d'être reproduites dans d'autres textes de lois, qui sont obligatoires par elles-mêmes pour tous, tribunaux, législateurs et pouvoir exécutif.

La Cour invoque ensuite que les tribunaux, de par leurs attributions constitutionnelles sont appelés à trancher les conflits résultant de dispositions contradictoires édictées par des lois différentes ; que nécessairement le juge se trouve dans l'obligation d'appliquer l'une des lois et d'écarter l'autre de par son droit d'interprétation ; qu'enfin lorsque pareil conflit se produit entre une loi ordinaire et la loi constitutionnelle, c'est cette dernière qui s'impose tandis que l'autre doit être écartée, — sans quoi la Constitution resterait lettre morte.

Elle déclare que le tribunal ne peut se saisir d'office de l'examen d'une pareille question parce qu'il n'a aucun contrôle à exercer sur les actes du pouvoir législatif, comme aussi celui-ci n'en peut exercer sur ceux du pouvoir judiciaire. Mais si la justice est saisie d'une plainte de la partie qui se prétend lésée dans ses droits, il est du devoir du juge de ne pas se dérober à la solution du litige sous prétexte qu'il y aurait empiètement du pouvoir judiciaire sur le législatif, car ce ne peut être ni un contrôle ni un empiètement que le magistrat exercera en pareil cas, mais bien le règlement d'un conflit de droits — semblable à tout autre conflit né de dispositions contradictoires que deux lois différentes peuvent édicter. Le juge devra donc en premier lieu examiner s'il y a lésion, si cette lésion est la conséquence directe d'une atteinte portée par la loi nouvelle aux droits acquis et garantis par la Constitution. Que si le procès peut être solutionné en dehors de l'examen de constitutionnalité, il n'y a pas lieu de s'occuper de cette question, qui doit nécessairement être écartée.

Enfin si même la loi était déclarée inapplicable, la décision n'a d'effet que pour le cas spécial qui forme l'objet du procès, étant dénuée de tout caractère de règlement absolu et général, ce qui

marque bien que le juge reste confiné dans ses attributions de pouvoir judiciaire qui lui sont conférées par la Constitution.

C'est dans ces limites et s'appuyant sur les principes énoncés, que la Cour de cassation, sans texte, jusqu'en 1923, a construit sa théorie du règlement du conflit d'inconstitutionnalité. Elle a usé d'un procédé logique, qui consiste à abstraire un principe d'espèces données, en lui donnant une formule juridique ; elle en a puisé le moyen dans les attributions dont la Constitution elle-même investissait le pouvoir judiciaire dont la fonction est de régler les contradictions de droits, — émanant de diverses lois.

*
* *

Cet arrêt peut paraître hardi pour la plupart des pays d'Europe qui, quoique dotés d'une constitution écrite, n'admettent point que les tribunaux puissent refuser l'application d'une loi, lors même qu'elle serait en violation des droits garantis par la Constitution, et cela particulièrement pour la France où le pouvoir législatif est tellement jaloux de son indépendance comme de sa toute-puissance. Il est vrai que là-bas aussi quelques publicistes modernes ont essayé de faire pénétrer au Parlement l'idée d'un organe à créer pour défendre la Constitution contre les abus possibles du pouvoir législatif, — mais cette proposition n'y a guère trouvé de partisans. En tout cas il ne fut jamais question d'accorder ce droit à n'importe quel tribunal, de quelque degré qu'il fût, mais à une juridiction supérieure, de même type que la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique. Mais même sous cette forme la proposition n'eut pas de succès pas plus au Parlement qu'en doctrine.

Il y a en France des considérations d'ordre historique aussi bien que politique, qui expliquent pourquoi une pareille règle, ayant l'apparence d'une censure exercée sur le pouvoir législatif, n'a jamais pu s'établir. La conception de droit public dans les principaux pays d'Europe comme la France, l'Allemagne, l'Italie, la Belgique, veut qu'une loi régulièrement votée soit appliquée par les tribunaux — et seule une autre loi pourrait abroger les dispositions contraires à la Constitution. Cette conception est solidement soutenue par des autorités telles que Barthélemy, Gierke, Scialoja, Marghieri, etc...

La Grande-Bretagne est le seul pays où il ne peut être question d'un pareil conflit, parce que son Parlement représente par lui-même tous les pouvoirs de la Nation, sans être limité par une Constitution écrite. Chaque Parlement jouit d'une souveraineté absolue, jusqu'à pouvoir changer la forme de gouvernement ou l'ordre de la succession au trône, sans risquer d'être accusé de trahison envers la Constitution, de sorte que, à proprement parler, le Parlement anglais est éternellement législateur constituant.

C'est ce qui a fait dire que les droits constitutionnels de ce pays se trouvent moins dans ses pactes et statuts anciens datant depuis

1215, que dans la tradition et le fanatisme du peuple anglais pour la liberté.

Il en est autrement aux Etats-Unis d'Amérique où les pouvoirs du Parlement sont restreints dans le cadre d'une loi supérieure, écrite et précise, dont les dispositions ne sauraient être transgressées même à l'unanimité des voix de la Chambre des députés et du Sénat. Le Parlement fédéral a dans ce pays une délégation limitée pour légiférer, — tandis que la plénitude de ce pouvoir appartient au peuple seul, lequel convoqué par une procédure spéciale, décide s'il est opportun de procéder à la révision de la loi fondamentale.

Il est de toute évidence que dans une Confédération comme celle des Etats-Unis, où chaque Etat a son Parlement et sa Constitution à part, — il était indispensable de créer un organe spécial pour veiller à la garde de la Constitution et maintenir ainsi aussi puissant que possible, le lien principal de la Confédération, — et ce soin fut confié à la Cour suprême fédérale.

Aux Etats-Unis non plus, aucun texte ne confère expressément aux Tribunaux le droit d'examiner la constitutionnalité des lois. Mais ce concept juridique a tellement pris conscience dans l'esprit des juristes comme dans celui de tout citoyen américain, puis enfin il a été si invariablement consacré par la jurisprudence, qu'on ne concevrait même pas la nécessité de l'inscrire dans un texte de loi pas plus que la possibilité de revenir sur une pareille jurisprudence. La Cour suprême fédérale qui là-bas remplit les attributions de notre Cour de cassation, a non seulement le droit mais encore le devoir de refuser l'application d'une loi qui serait inconciliable avec les prescriptions de la Constitution fédérale. Elle est la vraie gardienne du pacte fondamental, ce qui a fait dire aux juristes de ces Etats, qu'elle est *the living voice of the Constitution*, c'est-à-dire : la plus vive expression de la Constitution même.

Dans les grands pays d'Europe c'est l'opinion publique, la presse, toutes deux si éclairées et si jalouses des libertés acquises, qui jouent ce rôle si important de censeur du pouvoir législatif.

On n'y conçoit pas en effet qu'une autorité composée de membres non-élus, fussent-ils de très hauts et respectables magistrats, puisse paralyser l'œuvre d'un corps électif.

On y voit à tort selon nous un empiètement du pouvoir judiciaire sur le législatif.

Il n'y a là en réalité aucun contrôle, mais rien que le règlement normal d'un simple conflit de droits, résultant de deux lois différentes, que le magistrat doit interpréter. S'il est vrai ainsi que le dit Jhering que « les droits ne sont que des intérêts juridiquement protégés » — il est certain que ce sont les droits que la Constitution protège qui doivent prévaloir sur tous autres.

En France l'article 127 du Code pénal déclare coupable de forfaiture le juge qui s'immiscerait dans l'exercice du pouvoir législatif, en délibérant sur le point de savoir si les lois seront exécutées. Il

y a là évidemment le souvenir des anciens parlements de Justice qui s'érigeaient quelques fois en censeurs des ordonnances royales.

Cette disposition n'existe pas dans notre code pénal, parce que notre histoire ne connaît pas d'empiètements exercés par nos anciennes Cours de Justice sur les ordonnances du prince.

La Cour de cassation roumaine a été à son aise pour s'ériger en gardienne de la Constitution avant qu'aucun texte l'y autorise. Elle a puisé son droit dans les attributions qui lui étaient conférées par l'ancienne Constitution, celles de solutionner indistinctement tout conflit de droits.

Elle a eu seulement soin de bien limiter le cercle où la magistrature peut se mouvoir sans outrepasser ses attributions.

Ce qui cependant dans l'arrêt dont nous venons de nous occuper prêtait à une critique fondée, c'était le principe admis que tout tribunal, depuis le plus modeste, était autorisé à se prononcer sur le défaut de constitutionnalité imputé à une loi nouvelle.

Le législateur constituant de 1923 a évité ce reproche en réservant aux chambres réunies de la Cour de cassation, et non à une seule d'entre elles ainsi qu'elle l'a fait pour le contentieux administratif, — le droit d'examiner la constitutionnalité des lois, à l'exclusion donc de toute autre juridiction.

Une assemblée composée d'un minimum de 31 membres, inamovibles et possédant une longue expérience du maniement des lois, présente aux yeux du législateur roumain des garanties suffisantes pour éloigner tout danger d'influences politiques.

Cette confiance n'a d'ailleurs pas été déçue ; car, depuis 1923, bien des lois, dont quelques-unes hâtivement préparées, ont été attaquées pour inconstitutionnalité — et bien peu d'entre elles ont été reconnues inapplicables. Tout le monde a dû s'incliner devant ces verdicts, parce qu'ils puisaient leur autorité dans le plus pur esprit d'impartialité et d'objectivité.

La technique de la Cour de cassation, par suite des droits qui lui ont été conférés par l'article 103 de notre nouvelle constitution, consiste donc l'art de réaliser les droits constitutionnels sans faire brèche au principe de la séparation des pouvoirs et à leur indépendance mutuelle.

Comme le dit si judicieusement Jhering, « la réalisation est la vie et la vérité du droit. Ce qui n'existe que dans les lois et sur le papier, n'est qu'un fantôme du droit, ce ne sont que des mots... et ce n'est ni la justice inscrite sur le papier, ni la moralité dans les mots qui décide de la valeur du droit ».

Du moment où la Constitution prescrit un certain nombre de règles précises, — celles-ci doivent être observées par le législateur ordinaire qui ne peut les modifier ou les éluder au moyen d'une loi. Car à quoi servirait l'énoncé des idées de liberté, de justice, de respect de la propriété, etc..., si chaque parlement pouvait les méconnaître. Ce n'est que dans les limites de ces prescriptions constitutionnelles que le pouvoir législatif doit exercer son œuvre.

Le pouvoir d'examen de constitutionnalité reconnu à la justice, n'est point, ainsi que nous l'avons déjà dit, un empiètement sur le législatif — mais l'harmonisation de ces deux pouvoirs, — chacun d'eux étant tenu de respecter la loi fondamentale.

Le mérite de la jurisprudence réside dans sa souplesse à adapter l'abstraction des principes à la réalité de la vie juridique.

Ce qui s'impose en première analyse aux magistrats c'est de s'assurer qu'un préjudice est né de l'application de la nouvelle loi au détriment de la partie qui se pourvoit en justice ; en second lieu que la disposition contre laquelle plainte est portée soit une dérogation flagrante aux droits garantis par la Constitution. Enfin le préjudice causé doit être la conséquence directe de ce conflit de droits, — en d'autres termes, il ne doit pas résulter d'une interprétation erronée de la disposition de loi incriminée, mais d'une application exacte de cette loi, et que seule la déclaration d'incompatibilité avec les droits constitutionnels puisse écarter. Ce n'est que dans ces conditions d'analyse que la Haute Cour peut refuser l'application de la loi, et l'effet de son arrêt est strictement limité au procès jugé et à la disposition de loi incriminée, sans porter atteinte à la loi dans son ensemble. Cette analyse doit être faite avec une sûreté de vues et une objectivité que la longue expérience et l'autorité des magistrats de la Cour suprême peut seule donner, afin de ne pas créer d'obstacles au législateur dans l'exercice de ses attributions, et d'éviter un état d'antagonisme permanent entre les deux pouvoirs.

*
* *

Chaque pays a ses conceptions juridiques, selon son tempérament, son degré de civilisation, ses besoins sociaux, sa compréhension de la moralité politique.

Pour ce qui concerne la Roumanie qui ne jouit que depuis peu de l'exercice du suffrage universel — dont la population compte encore assez d'illettrés, et qui par suite ne peut avoir qu'une opinion publique facile à égarer, — le correctif adopté par le législateur constituant de 1923, apparaît comme une très sage mesure de défense de la constitution, de défense de la nation elle-même contre les entraînements possibles des masses électorales, dont les élus pourraient manquer du discernement nécessaire pour apprécier les bienfaits de la constitution, et en feraient vite bon marché, pour plonger le pays dans le désordre et l'anarchie.

« La technique juridique est un art tout créateur et la loi n'en est que l'instrument, pour mettre en œuvre le droit », dit M. Fr. Gény.

L'article 103 de la constitution roumaine a créé l'organe qui assure le respect de ses prescriptions, satisfaisant ainsi un besoin social, une nécessité de stabilité politique, et c'est la jurisprudence qui a le grand mérite d'en avoir indiqué la voie au législateur de 1923.

TITRE II

SOURCES DU DROIT ADMINISTRATIF

CHAPITRE PREMIER

L'aide du droit administratif pour l'élaboration scientifique du droit privé

par Georges RENARD,
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Nancy

Tout dernièrement, dans un savant article de la *Revue trimestrielle de droit civil* ¹, le maître éminent auquel est dédié ce *Recueil* prônait, en vue de la dotation immobilière des associations simplement déclarées, une manière de droit réel d'affectation dont l'économie serait la suivante : le disposant conserverait la propriété de l'immeuble, sauf à s'engager à le maintenir indéfiniment au service de l'association en vue d'une destination donnée, étant bien entendu, que l'association pourrait en disposer librement, et qu'au cas d'aliénation son droit éventuel de reprise se transporterait sur la série des objets réellement subrogés au dit immeuble dans le service de l'affectation.

Cette amodiation de la propriété est-elle dans la ligne des principes du droit civil? Nous n'avons point qualité pour le discuter ; il suffit, pour nous rassurer, qu'au témoignage de l'une des plus hautes autorités de la science française du droit privé, elle ne soit point en opposition avec le texte du Code Napoléon. Or s'il en est ainsi, c'est la preuve que ce vieux monument n'est point si rebelle qu'on pourrait croire à la pénétration des notions propres du droit administratif. Car l'inspiration administrative du droit réel d'affectation est patente ; on songe invinciblement aux arrêts fameux du chemin de fer de Sceaux ².

*
* *

On a beaucoup abusé, à notre sens, du contraste entre le droit public et le droit privé.

Hier encore, un autre jubilé nous fournissait l'occasion de pro-

tester que le droit constitutionnel n'est point une subdivision du droit public ³. Il existe un véritable droit constitutionnel privé ; car, en définitive, la structure de l'union conjugale, de la famille, de la société de commerce, de l'association... n'est pas essentiellement différente de la structure de l'Etat ; elles appartiennent communément à ce chapitre d'ontologie juridique, dont l'objet, bien plus vaste que la fameuse théorie de la personnalité morale, forme le domaine très varié mais néanmoins homogène de la *théorie de l'institution*. La théorie de l'institution est une trouvaille du droit administratif ; c'est dans le « régime administratif », au sens attaché à ce mot par le doyen Hauriou ⁴, qu'est son point d'émergence dans la technique juridique ; mais elle déborde largement sur le droit privé ⁵ ; sur un point particulier, tout au moins, elle est tout près d'y avoir conquis droit de cité : de plus en plus la conception institutionnelle du mariage s'impose aux civilistes qu'effrayent le développement du divorce et la dislocation familiale et sociale qui s'ensuit ⁶.

A la vérité, — André Hauriou le remarque judicieusement dans sa préface de la thèse de Jean Delvolvé ⁷ — le droit administratif a d'abord pris modèle sur le droit privé ; ce fut la première phase de son élaboration scientifique ; puis il s'est établi en système autonome ; aujourd'hui, c'est la réaction du droit administratif sur le droit privé. Il ne saurait être question d'établir en quelques pages un relevé exhaustif des manifestations positives de cette dernière tendance ; le lecteur prendra celles qui suivent pour un simple échantillonnage.

*
* *

Toute proche de la doctrine de M. Fr. Gény sur les apports aux associations est la discussion classique, en droit commercial, sur la nature du titre d'actionnaire. C'est plus qu'une créance — c'est en cela que l'action diffère de l'obligation ; mais c'est moins qu'un droit de propriété, puisque le propriétaire, c'est la société.

A la vérité — Thaller et Bourcart l'ont bien aperçu ⁸ — le titre d'actionnaire, c'est d'abord un titre d'« appartenence institutionnelle », analogue à celui du citoyen dans la cité, du fonctionnaire dans l'administration : un titre de participation, assorti de certains avantages et grevé de certaines charges, et comparable, soit aux « statuts » individuels du droit administratif (statut de magistrat, d'officier, d'électeur, de contribuable, etc...), soit aux « états » qu'étudie le Code Napoléon sous le titre premier. Comparable, non point assimilable, parce qu'il est transmissible, aliénable, saisissable..., en un mot patrimonial. Pourquoi la différence ? Parce que le titre d'actionnaire se subroge à un titre de propriété : le souscripteur l'a acquis en échange de son apport (neuf fois sur dix un apport en propriété) et, comme on dit, *subrogatum sapit naturam subrogati* : le titre d'actionnaire n'est point un simple statut, c'est encore

un droit subjectif ⁹ ; apport, du reste, est plutôt une affectation qu'une aliénation (d'où, au point de vue fiscal, la distinction du droit d'apport et du droit de vente) ¹⁰ ; en somme, sous ce deuxième aspect, le droit d'actionnaire ressemble singulièrement à celui de l'apporteur dans une association suivant la doctrine du doyen honoraire de Nancy : c'est toujours une propriété « en veilleuse » ; elle se réveillera, au moment de la dissolution, non sur la chose qui a fait l'objet de l'apport, mais sur une part indivise de l'actif social ; propriété potentielle, non actuelle : ainsi pourraient être également qualifiés le droit de l'apporteur en société et celui de l'apporteur en association.

Par ailleurs, l'analogie du droit administratif ne pourrait-elle suggérer une interprétation un peu hardie, nous l'avouons, mais rationnelle pourtant et manifestement désirable, de cette étrange loi du 22 novembre 1913 qui permet à l'Assemblée générale des actionnaires, statuant à une majorité renforcée, de modifier intégralement les statuts sous les deux seules conditions (reproduites dans l'article 31 de la loi du 9 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée) de ne pas modifier la nationalité de la société et de ne pas aggraver les charges des actionnaires ? Elle inclinerait à restreindre ce pouvoir aux modifications qui, suivant l'excellente formule de l'article 70, § 2 du Code de commerce belge, ne portent point atteinte à « l'objet essentiel de la société », c'est-à-dire à celles qui élargissent ou restreignent le but en vue duquel elle a été formée ou varient les moyens de l'atteindre ; car ce n'est plus une modification, c'est une suppression, que la résolution par laquelle l'entreprise hôtelière ou le commerce alimentaire serait substitué à une entreprise d'édition ou au commerce de la librairie : que la modification par élargissement ou restriction du but ou variation des moyens se puisse accomplir par l'Assemblée générale statuant à la majorité statutaire, c'est la conséquence du caractère organique de la société anonyme ; au delà, il faudrait l'unanimité, et ainsi l'entendaient Thaller et Bourcart... Or cette distinction correspond exactement à celle qu'introduit la jurisprudence du Conseil d'Etat, touchant l'obligation faite au fonctionnaire de se soumettre aux décisions du supérieur hiérarchique qui aggravent les charges du service : il y a une limite ; un agent public ne peut être astreint à des charges étrangères à l'objet essentiel de sa fonction ; il y aurait « excès de pouvoir » ¹¹.

*
* *

En somme, toute société, comme toute fonction publique, est suspendue à une « cause » ¹² ; elles n'existent que par cette « cause » et les moyens ordonnés à cette « cause ». La « cause », si maltraitée par quelques interprètes du Code Napoléon, resplendit en droit administratif, et c'est un profit certain, pour le droit privé, à tirer de l'exemple du droit administratif, que le redressement et l'élargissement de cette notion.

La notion de cause pâlit en droit civil sous l'éblouissement du point de vue de l'autonomie de la volonté (volonté des particuliers dans les contrats, volonté du prince dans l'acte législatif). C'est un mirage. La cause est un élément essentiel de tout contrat. Elle sort, dans les « contrats de collaboration » de la pénombre où elle semble reléguée dans les « contrats de spéculation »¹³; elle s'affirme dans la *lex* qui préside au « contrat d'adhésion » et lui imprime son irréductible originalité¹⁴; elle se pose même en face de la volonté du législateur dans la théorie des donations, car l'interprétation bien connue de l'article 900 du Code Napoléon n'est que la manifestation de cette vérité que toute libéralité est tributaire d'une cause, de telle sorte que *cessante causa, cessat donatio*.

Ainsi tout acte juridique, public ou privé. Effectivement la considération de la cause s'est parfois révélée déterminante dans l'interprétation des lois administratives, et l'on a vu les tribunaux — la Cour de cassation même — y adapter les notions de fausse cause, cause caduque, etc.¹⁵. Ce n'est pourtant pas ainsi qu'on l'entend d'ordinaire, et c'est pourquoi les tribunaux judiciaires sont, en général, aussi rebelles à l'introduction de la théorie de l'imprévision dans l'interprétation des lois¹⁶ que dans celle des contrats : conséquence du « volontarisme » qui règne encore dans l'atmosphère du Palais, en dépit des courants d'air qui parfois la traversent quand la porte du prétoire vient à s'ouvrir sur les jardins de l'administration.

Et voici qu'en doctrine comme en jurisprudence, la cause se redresse de son effacement. C'est le livre célèbre de H. Capitant ; ce sont les études de notre collègue de Jassy, M. Ionasco¹⁷ ; c'est la forte thèse de P. Voirin tendant à l'introduction de la théorie de l'imprévision en droit privé¹⁸ — un travail dont l'inspiration administrative n'est pas moins claire que celle du droit réel d'affectation de son maître, Fr. Génv. C'est, du reste, le mérite des détracteurs de la cause — nous songeons surtout à notre ami Dabin — d'avoir provoqué la doctrine à scruter plus profondément cette notion, en secouant les positions trop faciles où se reposaient la plupart des « causalistes »¹⁹.

*
* *

De la réaction des vues du droit administratif sur la science du droit privé ou sur la jurisprudence judiciaire on trouverait encore des traces bien remarquables dans la matière de la responsabilité. Nous visons surtout cet article 1384 § 3 du Code Napoléon, que les uns entendent au sens d'une présomption irréfragable de « mauvais choix » mise à la charge du maître dont le préposé a commis une faute dommageable, les autres, avec M. Demogue, au sens d'une responsabilité mise à la charge du commettant à raison du profit qu'il tire des services de son préposé.

Soulignons d'abord la différenciation qui s'est établie, en jurisprudence, dans l'interprétation de la formule très générale : « Les

maîtres et commettants (sont responsables) du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. » MM. Planiol et Ripert écrivent : « Suivant la nature des fonctions et les circonstances du travail, la responsabilité du commettant entre en jeu plus ou moins souvent ²⁰. » N'est-ce point la doctrine de l'arrêt Blanco du 8 février 1873 : « La responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés par le fait des personnes qu'il emploie dans les services publics... n'est ni générale ni absolue ; elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service... ? » et n'y aurait-il donc point lieu d'atténuer aujourd'hui cette affirmation que la responsabilité administrative « ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil ? » C'est qu'au contact du droit administratif, les principes du Code civil sont descendus des nuages de l'abstraction ²¹ ; ils ont fait un effort d'ajustement au réel, à l'infinie diversité du réel ; et ils se sont reconnu une parenté jadis insoupçonnée avec les directives très souples et très concrètes de la responsabilité administrative : les deux responsabilités, comme les deux systèmes juridiques tout entiers, gardent leur originalité spécifique, certes ! mais au sein d'une solide unité... générique.

Cette affinité ne peut pas ne pas engager, d'autre part, les maîtres en droit civil, à utiliser la doctrine administrative touchant la distinction de la faute personnelle et de la faute de service pour la détermination des circonstances propres à engager la responsabilité du maître à raison du fait de son préposé, — en somme, pour l'interprétation des derniers mots du passage précité de l'article 1384 : « dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ».

« Il faut, écrit M. Demogue, pour qu'il y ait responsabilité du commettant ou du maître que le dommage ait été causé : 1° par un de ses préposés ou domestiques ; 2° dans les fonctions auxquelles cette personne était employée ²² » ; et, développant la seconde condition ²³, il cite — du reste pour approuver la solution tout en critiquant l'explication ²⁴ — un arrêt de la Cour de cassation excluant la responsabilité du maître « lorsque le préposé a été envisagé par la victime comme agissant, *non pour le compte du commettant, mais en son nom personnel* ²⁵ » ; MM. Planiol et Ripert spécifient, avec force documentation jurisprudentielle à l'appui : « Lorsque le dommage a été subi par le tiers à la suite de relations volontairement engagées avec le préposé et dans lesquelles il savait ou devait savoir que celui-ci agissait hors de l'exercice de ses fonctions, *non pour le compte du commettant, mais pour son compte personnel* ²⁶. » Oubliez l'allusion à la connaissance de la victime (et pour les derniers auteurs il ne s'agit même point d'une connaissance *de facto*), c'est sensiblement la distinction classique en jurisprudence administrative de la faute « détachable » et de la faute « non détachable » de l'exercice de la fonction ; elle déborde le droit administratif, parce qu'elle est dans la nature des choses ; elle appartient à un « droit commun » qui domine la séparation du droit public et du droit privé. Reste cette

différence que la faute administrative n'engage que la responsabilité de l'administration à l'exclusion de la responsabilité de l'agent, tandis que l'application de l'article 1384 comporte le cumul de la responsabilité du maître et de celle du préposé ; toujours le respect de la différence spécifique sous l'unité générique ; encore un certain courant se dessine-t-il, en jurisprudence administrative, dans le sens du cumul des responsabilités.

Enfin, toujours à propos de la théorie de la responsabilité, n'est-il pas permis de découvrir une analogie entre les efforts de la Cour de cassation pour rattacher à l'article 1384 sa dernière jurisprudence touchant la responsabilité des automobilistes²⁷, et ceux du doyen Fr. Gény pour justifier aux yeux d'un « civilisme » ombrageux sa doctrine des apports aux associations ? Car la jurisprudence judiciaire des accidents d'automobile est encore une importation administrative : le point de départ est la jurisprudence du Conseil d'Etat, pour qui cette responsabilité objective se présentait simultanément²⁸ comme une extension de sa doctrine, consacrée par les arrêts Regnault-Desrozières et Colas, de la responsabilité pour risque, du moins en ce qui concerne les risques excédant la mesure normale des inconvénients de voisinage²⁹.

*
* *

La section du droit privé qui a sans doute le plus à attendre de la fréquentation du droit administratif, c'est sans doute la procédure.

Il est des actions en justice qui tendent à la satisfaction de mon droit ou de votre droit — ce mot pris au sens subjectif où il s'oppose aux situations juridiques individuelles de caractère objectif ou statutaire ou institutionnel³⁰. Elles visent au rétablissement ou à la réparation (en nature ou en équivalent) de l'ordre *extérieur* qui préside aux relations *de personne à personne*, comme telles : l'action en revendication de mon terrain que vous avez usurpé, l'action en paiement du terme échu de votre loyer, l'action en dommages intérêts fondée sur la faute dommageable, l'enrichissement sans cause, le risque anormal, etc. On dit, en droit administratif, qu'elles appartiennent au *contentieux de pleine juridiction* ou *contentieux subjectif*. Cette catégorie embrasse, du reste, une foule d'actions en nullité, telles les actions en annulation de contrats. Le trait distinctif et commun de ces actions, quel qu'en soit l'objet, est, répétons-le, de tendre uniquement à quelque satisfaction *purement personnelle* pour celui qui les introduit : le procès se joue uniquement entre le demandeur et le défendeur ; c'est pourquoi le jugement à intervenir n'a autorité — M. Jèze dit très bien : force de vérité légale — qu'entre les parties : c'est le domaine de l'article 1351 du Code Napoléon.

Mais il existe une deuxième branche du contentieux dont on ne

parle guère en procédure civile, qui tient au contraire une place considérable dans la juridiction administrative sous le nom de *contentieux de l'annulation* ou *contentieux objectif*, et dont le type le plus populaire est le recours pour excès de pouvoir. C'est un pourvoi introduit par un particulier, agent ou administré, à la faveur d'un intérêt légitime qui le rend recevable à l'exercer, en vue de provoquer le redressement de l'ordre à l'intérieur de l'administration : de l'ordre constitué par les rapports des administrés avec les agents administratifs et des agents administratifs entre eux en tant qu'*organes* de l'administration ; et donc *contentieux organique* ; dotation statutaire de chacun des postes dont le réseau constitue la structure de l'administration ; contentieux institutionnel ³¹. Ici, le requérant ne poursuit pas, à proprement parler, une satisfaction personnelle ; il ne sollicite ni restitution, ni paiement, ni indemnité et il ne pourrait point l'obtenir ; il demande et obtient la suppression, par arrêt de justice, d'une décision administrative entachée de quelque irrégularité ; en somme, c'est l'administration qu'il sert... en servant sa rancune ; et l'annulation une fois prononcée, la décision disparaît *erga omnes* ; l'article 1351 n'a rien à voir avec la deuxième branche du contentieux.

Or cette deuxième branche — on a coutume de ne pas s'en apercevoir — couvre, en réalité, une étendue considérable de la procédure civile ³² ; et c'est de ce côté qu'il faut chercher la solution de certaines énigmes. C'est un véritable contentieux objectif que vient de découvrir un jeune docteur toulousain, aujourd'hui notre collègue, dans le pourvoi en cassation ³³ ; et il serait facile de reconnaître certains traits caractéristiques du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux des brevets d'invention ³⁴, ou dans celui des sociétés de commerce ³⁵, voire dans l'action en revendication immobilière ³⁶. Mais le cas le plus significatif de contentieux objectif en droit privé est celui des actions d'état.

*
* *

Des générations de jurisconsultes se sont mis l'imagination à la torture pour accorder avec l'article 1351 l'effet absolu des jugements d'annulation de mariage, de ceux qui accueillent une instance en désaveu, en recherche de maternité ou de paternité ³⁷. C'est pourtant bien simple : l'article 1351 n'a trait qu'à la première des deux branches du contentieux, et les actions d'état appartiennent à la catégorie du contentieux objectif, soustrait à la règle de la relativité de la chose jugée, en procédure civile aussi bien qu'en droit administratif. Il existe un contentieux objectif en droit privé pour la même raison qui fait que le droit constitutionnel appartient également au droit privé et au droit public et se situe en amont de leur division ; et, comme l'état des personnes ressortit à ce droit

constitutionnel privé, les actions d'état ressortissent à ce contentieux objectif civil. L'article 1351 ne s'applique pas plus aux jugements accueillant une action d'état qu'aux arrêts accueillant un recours pour excès de pouvoir, parce que les actions d'état sont, comme ce dernier, de nature objective, organique. En définitive, comme le recours pour excès de pouvoir est la dotation de ma qualité de fonctionnaire, de contribuable, d'usager de tel service public et l'expression procédurale de mon intérêt au redressement de l'ordre administratif, ainsi les actions d'état sont la dotation de mon titre d'appartenance à telle famille et l'expression procédurale de mon intérêt propre à la saine ordonnance de l'organisme moral et juridique qu'est ma famille. Membre de cette famille, j'ai un intérêt propre engagé dans son intérêt collectif ; j'ai intérêt à ce que l'ordre y règne, et à ce qu'il soit rétabli, s'il se trouve faussé soit par l'admission d'un intrus, soit par l'exclusion d'un ayant droit : l'action en justice qui m'est donnée à cet effet, ne m'appartient qu'à titre de membre de cette famille ; et c'est pour le compte de cette famille que je l'exerce, afin qu'elle soit reconnue ou remise dans sa consistance normale, dans son ordonnancement régulier ; je l'exerce à l'effet de faire apparaître la physionomie véritable de ma famille et c'est l'intérêt de celle-ci que je sers en servant mon propre intérêt ; mon intérêt de membre est un titre à prendre en main l'intérêt du corps ; et lorsqu'à la suite de mon initiative, ma famille aura été — si j'ose dire — *restituta in integrum*, — cette restitution sera un fait accompli ; c'est ainsi restituée que dorénavant elle figurera sur la scène de la vie juridique. Le jugement qui fait droit à une action d'état vaut une inscription sur les registres de l'état civil : il produit effet *erga omnes*...

*
* *

Les quelques exemples que nous venons de citer sont loin, bien loin d'épuiser notre sujet, et chacun d'eux mériterait d'être bien autrement approfondi. Jamais on ne s'appliquera avec trop de soin au remembrement de la science du droit dans son unité fondamentale. Nous ne renions rien de ce que nous avons écrit des « spécifications » de la science juridique³⁸, ni du « droit naturel à contenu progressif »³⁹ qui n'est qu'une autre manière de traduire l'idée de spécification dont la « conception institutionnelle du droit »⁴⁰ n'est qu'une formule nouvelle ; mais toute cette différenciation n'est qu'un « développement », au sens newmanien du mot : l'unité est au centre, la diversité à la périphérie ; la diversité s'accroît à mesure que s'élargit la sphère, mais les rayons demeurent qui rattachent solidement au centre tous les points de l'enveloppe ; il n'est que d'approfondir pour s'entendre, pour pressentir les accordements et finalement retrouver l'unité.

Les pages qui précèdent s'inspirent de ce souci de remembrement. Il nous a semblé qu'elles pouvaient être dédiées à l'un de nos maîtres les plus hostiles au « mandarinat » dans l'Ecole de droit : nous nous souvenons que, doyen de la Faculté de Nancy, il ne lui déplaisait pas d'introduire le « non-spécialiste » dans les jurys de thèses de doctorat ; lui-même s'est toujours tenu « à la page » du mouvement de la science française du droit public, parfois ne cachant pas une pointe d'envie à son adresse, toujours enrichissant du fruit de ses excursions au dehors son patient labeur de civiliste fidèlement attaché à sa tâche, dans ses plus minutieuses exigences comme dans ses plus hautes perspectives.

Ce ne sera donc pas sortir de notre sujet — déjà trop vaste pour la place dont nous disposons — que de terminer en proposant de sa célèbre distinction du *donné* et du *construit* une interprétation qui, pour ne pas être explicitement formulée dans ses livres, n'en traduit pas moins exactement sa pensée, — c'est du moins notre conviction personnelle.

On a abusé de la distinction du *donné* et du *construit*, dans le même sens où l'on abuse couramment de la distinction du droit naturel et du droit positif. On se les est figurés comme simplement juxtaposés, bout à bout ; on s'est fait de la technique la représentation d'un système d'artifices « commodes », soit une conception symétrique à celle de l'école nominaliste touchant la valeur des théories de la science rationnelle ⁴¹. La vérité n'est pas là. Ce qui est simplement « commode », ce qui est artifice, c'est la coupure entre le *donné* et le *construit* : ils sont ensemble dans un rapport de continuité réelle, et c'est notre esprit qui, pour ses propres besoins, taille une solution dans cette continuité ⁴² ; ils sont ensemble dans les rapports de la nature et de la civilisation ou — pour le juriste du droit naturel au droit positif — rapport de la puissance à l'acte : toutes les civilisations sont en puissance dans la nature humaine, laquelle n'« existe » qu'« actuée » en l'une ou l'autre de ces civilisations et donc différenciée entre elles, sans préjudice de son unité essentielle ⁴³ ; toutes les variétés du droit positif sont en puissance dans le droit naturel dont elles représentent les innombrables « actualisations » et en dehors desquelles il n'a point d'« existence » réelle ; tous les procédés de la technique sont en puissance dans le « donné » de la science juridique et il y a donc au cœur de chacun des « artifices » dont elle se compose une âme de vérité qui en est réellement inséparable. Œuvre de la *volonté* du législateur, le *construit* ajoute au *donné* de la *nature* ; mais la nature appelait cette adjonction et l'option du législateur ne s'exerce légitimement que dans le discernement des buts et des moyens les plus avantageux de l'atteindre ; œuvre de *volonté*, soit ! mais surtout de clairvoyance, et donc d'*intelligence*. Toute nature, suivant l'ordre, est capacité d'une surnature, et nulle nature n'atteint sa plénitude qu'en se dépassant : la physique dans la métaphysique, la science dans l'esthétique, la justice dans la charité ⁴⁴ ; ainsi le droit naturel « innerve » tout le

corps du droit positif⁴⁵ ; ainsi la « science » et la « technique », le « donné » et le « construit » ; c'est bien ainsi, croyons-nous, que l'entend Fr. GénY, et nous éprouvons la plus franche sécurité à sentir notre pensée si près de la sienne. Du reste, cette continuité, Fr. GénY l'a reconnue lui-même à propos de la relation de la « personnalité juridique » et de la « personnalité morale »⁴⁶ : il n'est que de généraliser à l'ensemble de notre outillage technique pour rejoindre le « droit naturel à contenu progressif »⁴⁷, — et, du même coup, pour rallier la tradition aristotélo-thomiste.

Le droit civil et le droit administratif sont « autonomes » comme les provinces d'un Etat fortement décentralisé ; car les « spécifications » ne sont qu'une manière de « décentralisation juridique »⁴⁸ ; la décentralisation ne brise ni l'unité nationale ni l'unité scientifique : ni confusion, ni séparation, mais communication.

¹ Fr. GÉNY, *Les apports en immeubles aux associations déclarées et non reconnues d'utilité publique*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1930, pp. 653 et s.

² Cons. d'Et., 16 juillet 1909, Ville de Paris, S. 1909, 3, 97, note Hauriou, et 13 mars 1925, Ville de Paris, S. 1925, 3, 63, concl. Rivet. Cf. les développements du doyen Hauriou sur *Les mutations domaniales* au *Précis de droit administratif*, 11^e éd., pp. 654 et s., et la thèse de M. WALINE, *Les mutations domaniales*, Paris, 1925. Le cas est très fréquent d'accords administratifs stipulant l'affectation d'une parcelle du domaine d'une personne administrative à une autre personne administrative, sans limitation de durée, mais avec assignation d'une destination, hors le service de laquelle l'affectataire perd son droit : ce n'est donc point un usufruit, et c'est pourquoi l'article 619 du Code civil est inapplicable. Le droit réel administratif d'affectation est caractérisé en termes particulièrement précis dans un acte administratif du préfet de Meurthe-et-Moselle en date de juin 1931 portant concession d'une parcelle du domaine départemental au profit de l'Université de Nancy pour l'installation de ses services : « La situation est donc nette : l'Université n'est pas usufruitière ; elle est affectataire ; le régime juridique existant s'analyse dans une collaboration entre Département et Université quant au mode d'occupation consentie au profit de celle-ci d'une portion du domaine immobilier de celui-là. » L'adaptation de la théorie administrative aux rapports de droit privé est amorcée par le fait que le droit administratif lui-même envisage l'affectation de parcelles domaniales, non seulement entre personnes administratives, mais de personne administrative à personne privée ; le cas se rencontre en matière de concession dans les cimetières, de permission de voirie, d'immeubles nationaux et communaux maintenus à la disposition du clergé et des fidèles pour l'exercice du culte, etc. ; le droit d'affectation de M. GénY n'est que le droit réel administratif de M. HAURIOU (*op. cit.*, pp. 714 et s. et RIGAUD, *Les droits réels administratifs*, thèse, Toulouse, 1914, avec préface de M. Hauriou) incorporé dans le droit civil.

³ Qu'est-ce que le droit constitutionnel ? aux *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Librairie du Sirey, 1934.

⁴ L'idée du « régime administratif » est le centre de la construction élevée par Hauriou sur les données de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Nous avons tenté d'en dégager les traits originaux et dominants dans un article intitulé *La conception institutionnelle du régime administratif français*, à la *Rivista di diritto pubblico e della amministrazione in Italia* (sous presse).

⁵ Dans *La législation du travail et les transformations du droit*, au 4^e Cahier de la Nouvelle journée, notre collègue P. CUCHE incline à cantonner la théorie de l'institution dans le droit public (pp. 166 et s.) ; nous avons critiqué cette manière de voir dans *La Théorie de l'institution*, 1^{er} vol., pp. 118 et s. Il n'est pas certain qu'elle exprime la pensée définitive du distingué juriste-philosophe ; nous constaterons *infra* qu'il tient avec nous pour la conception institutionnelle du mariage. *A fortiori* n'imputerons-nous point la même restriction à notre ami P. Archambault, encore qu'on puisse être tenté de la déduire de cette déclaration : « C'est une illusion de prétendre réduire les relations institutionnelles du droit public aux relations contractuelles du droit privé. Entre dirigeant et exécutant ou bénéficiaire d'un service public, la situation est trop inégale. D'un côté, il y a le pouvoir, de l'autre il y a ou il doit y avoir un contrat. Elle suppose une fondation antérieure. » (*Réalisme démocratique*, pp. 41 et s.).

⁶ Cf. notre article *La conception institutionnelle du mariage* dans *La Vie intellectuelle*, fasc. de juillet 1931. Cette conception est admise par le plus... classique des civilistes, notre cher collègue BONNECASE, *La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de la famille* ; cf. P. CUCHE, *Leçon à la Semaine Sociale de Grenoble*, 1923, p. 294 du compte rendu ; J. DABIN, *Philosophie de l'ordre juridique positif*, Sirey, 1929, p. 351, etc.

⁷ *Les délégations de matières en droit public*, Paris, Sirey, 1930.

⁸ THALLER, note sous Cass. 30 mai 1892, *D.* 1893, I, 105 et s., et *Traité élémentaire de droit commercial*, 1^{re} éd., nos 274 et s. ; BOURCART, *De l'organisation et des pouvoirs des assemblées générales dans les sociétés par actions*, Paris, 1905, n° 18.

⁹ Il y a ici une application de ce principe de combinaison entre droit subjectif et statut que nous avons mis en vedette dans nos *Notions très sommaires de droit public français*, Paris, Sirey, 1920, pp. 160, 169 et s., et de nouveau au premier volume de la *Théorie de l'institution*, pp. 436 et s.

¹⁰ Art. 271, § 13, 4^e du décret du 28 décembre 1926 codifiant les textes législatifs sur l'enregistrement.

¹¹ Cons. d'Et., 25 juin 1913, *Fédération des amicales d'instituteurs* (affaire dite des cantines scolaires). Le problème soulevé par la loi du 22 novembre 1913 vient d'être brillamment repris par M^{lle} A. PIOT dans un article intitulé *Observations sur l'objet des sociétés commerciales au point de vue de la théorie de l'institution* (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1930, pp. 451 et s.). L'auteur propose une distinction très alléchante entre les sociétés dont la finalité est l'entreprise et celles dont la finalité est la spéculation : dans ces dernières, l'intuitus de l'entreprise n'étant pas pris en considération par les souscripteurs ou acquéreurs d'actions, lesquels ne se sont proposé d'autre but que de faire un placement profitable, l'objet de ladite entreprise pourrait être modifié du tout au tout sans sortir de la ligne

de l'institution ; il n'en serait pas de même dans les premières. Il y a une autre erreur dans la loi du 22 novembre 1913 et dans l'article 31 de la loi du 9 mars 1925. Par la réserve du changement de nationalité, le législateur laisse croire dans la première de ces lois et avoue explicitement dans la seconde, qu'il se figure que les sociétés se donnent la nationalité qu'elles veulent. Illusion ! La nationalité est l'appartenance à la nation et c'est la nation qui, par ses lois organiques, détermine les individus, et également les sociétés, qu'elle s'agrège. On a beaucoup abusé de la formule « la nationalité est volontaire » ; on a été jusqu'à en faire un contrat ! La vérité est que si la loi tient compte du désir des individus et des sociétés, c'est elle et elle seule qui confère la nationalité, et la loi qui détermine les conditions d'acquisition et de perte de la nationalité est une loi d'ordre public ; la nationalité est essentiellement un attribut légal.

¹² Inutile de faire observer que la thèse de M^{lle} Piot respecte scrupuleusement ce principe ; la « cause » est autre dans les deux sortes de sociétés qu'elle distingue ; en somme, la discrimination peut être délicate ; en tout cas, la distinction procède d'une préoccupation très « réaliste ».

¹³ Cf. notre Préface de la thèse de Bernard GÉNY, *La collaboration des particuliers avec l'administration*, Paris, Sirey, 1930, pp. xiv et s. et notre article, *La collaboration des administrés* (*Revue générale du droit*, décembre 1930).

¹⁴ On sait la conséquence qu'en tire G. Marty touchant la recevabilité du pourvoi en cassation ; l'interprétation du contrat ordinaire est, pour lui, une question de fait, tandis que l'interprétation du contrat d'adhésion est une question de droit ; en accueillant par arrêt du 14 janvier 1931 (*D. H.*, 1931, 65) les pourvois formés contre les deux arrêts contradictoires rendus par les cours de Besançon (12 déc. 1928) et de Paris (7 mars 1929) dans l'affaire de l'emprunt de la Ville de Tokio, la Cour de Cassation n'a pas déçu les espérances de notre jeune et distingué collègue (G. MARTY, *La distinction du fait et du droit*, Sirey, 1929, p. 344, n. 3).

¹⁵ Cf. notre *Valeur de la loi*, pp. 140 et s.

¹⁶ « Considérant, dit la Cour de Paris, dans un arrêt rendu le 23 juillet 1930 en matière de sociétés, qu'inutilement il est tiré argument de l'ancienneté d'une législation (la législation de la pharmacie) qui n'est plus en harmonie avec les conditions économiques actuelles, imprévisibles au moment où la loi a été élaborée et qui imposent désormais à tout commerçant de recourir à l'association s'il a le souci de développer ses moyens financiers dans la mesure indispensable à la vie de son entreprise ; que, s'il importe, en effet que l'application que fait le juge de textes anciens évolue et s'adapte aux nécessités du présent, cette application ne doit pas moins rester conforme à l'esprit qui a inspiré le législateur » : c'est nettement affirmer que la *volonté du législateur* (à apprécier au moment où elle s'est manifestée) l'emporte sur la *cause* (laquelle implique appropriation progressive aux « nécessités du présent ») ; cette doctrine est exactement opposée à celle des arrêts cités dans *La Valeur de la loi*.

¹⁷ En dernier lieu, *Les récentes destinées de la théorie de la cause dans les obligations*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1931, pp. 1 et s.

¹⁸ Pierre VOIRIN, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, Nancy, 1922. Ce travail fut une première et remarquable contribution à l'étude de l'aide du droit administratif pour l'élaboration scientifique du droit privé.

¹⁹ Enfin, en législation, il est permis de voir une revanche du point de vue causal dans des dispositions telles que l'arrêté grand-ducal luxembourgeois du 27 août 1926 pris en vertu de la loi du 15 mars 1915, lequel ne se borne pas à valider la clause « franc-or » lorsqu'elle a été insérée dans les contrats, mais la sous-entend dans les contrats où elle n'a pas été insérée et, en conséquence, garantit le créancier contre les fluctuations du change. Il s'en faut, du reste, que ce point de vue de l'adaptation aux événements imprévisibles soit entièrement étranger au législateur français : il suffit de mentionner l'article 3, § ult. de la loi du 30 novembre 1926 sur la propriété commerciale, dont l'article 2, § 5, par ailleurs, marque une réaction vigoureuse du point de vue objectif de l'équipollence sur celui de l'autonomie de la volonté dans l'interprétation des contrats. C'est vraiment une philosophie juridique nouvelle qui s'introduit dans le droit civil, sous l'apparence d'exceptions aux vieux principes : un jour, les applications de ces derniers pourront bien, à leur tour, faire figure d'exceptions.

²⁰ PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, n° 650.

²¹ Aucun juriste, pensons-nous, n'oserait reprendre à son compte la consigne d'Ihering : « Rejeter tout hors d'œuvre concret, élever le cas d'espèce à la hauteur de la situation abstraite prévue par la loi, le résoudre comme une opération mathématique dans laquelle peu importe ce que représentent les nombres, onces et livres, francs ou centimes : telle est la mission vraie du juge »

²² DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. V, n° 885.

²³ *Op. cit.*, nos 918 et s.

²⁴ *Op. cit.*, n° 920.

²⁵ Crim. 12 déc. 1903, S., 1906, I, 150 ; cf. Req. 19 mai 1924, D., 1924, I, 200 : « La responsabilité du commettant est restreinte aux actes accomplis par le préposé dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de la mission qui lui a été confiée. »

²⁶ *Loc. cit.*, nombreux arrêts en note.

²⁷ La dernière publication sur ce sujet, à notre connaissance, est l'article de M. JOSSERAND, *Les accidents d'automobile et l'arrêt solennel du 13 février 1930 (Pandectele române, 1931, 4, 16 et s.)*.

²⁸ Cons. d'Et., 29 décembre 1924, D. 1925, 3, 9 ; cf. Cass. 29 juillet 1924, D. 1925, I, 5.

²⁹ Cons. d'Et., 28 mars 1919, S. 1918-19, 3, 25, *Regnauld-Desroziers*, note HAURIU, et 21 mai 1920, *Colas*. Dans sa note, M. Hauriou rattache justement à la théorie administrative des dommages permanents causés par l'exécution des travaux publics l'extension de la doctrine civile des inconvénients exceptionnels de voisinage.

³⁰ Cf. les deux derniers chapitres des *Notions très sommaires de droit public français*, Sirey, 1920, qui sont très nettement le point de départ du mouvement qui nous a porté à la théorie de l'institution.

³¹ Ainsi que nous l'avons exposé déjà dans l'ouvrage cité à la note précédente et répété au premier volume de *La Théorie de l'institution*, p. 339, la distinction des deux contentieux coïncide avec celle des

droits subjectifs et des statuts. C'est un paralogisme que le maintien de la distinction des deux contentieux dès l'instant qu'on nie le droit subjectif.

³² Cf. *Théorie de l'institution*, 1^{er} vol., p. 339, n. 2.

³³ G. MARTY, *op. cit.* L'auteur a négligé d'accuser le rapprochement, qui, pourtant ne lui a pas échappé : n'est-il point élève du doyen Hauriou ? rapp. notre compte rendu dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1930, pp. 115 et s.

³⁴ Comme le recours pour excès de pouvoir, l'action en nullité de brevet produit effet relatif en cas d'échec (Cass. 25 janvier 1881), mais absolu en cas de réussite (Cass. 12 avril 1864, S., 1864, I, 69 ; 2 juillet 1873, S., 1873, I, 306 ; 6 février 1893 ; S., 1896, I, 114).

³⁵ Nous faisons allusion à la distinction de l'action individuelle et de l'action sociale et à la faculté reconnue par la jurisprudence à chaque actionnaire d'exercer cette dernière lorsqu'elle n'est pas exercée par la société.

³⁶ Cf. A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité élémentaire de droit civil français*, 7^e éd., t. I, p. 358 où l'on trouve un très judicieux rapprochement entre l'action en revendication et les actions d'état.

³⁷ Nous ne pouvons nous arrêter aux difficultés soulevées par l'article 100 du Code Napoléon (relativité de la chose jugée en matière de rectification d'acte d'état-civil)

³⁸ *Le droit, la logique et le bon sens*, pp. 297 et s.

³⁹ *Le droit, l'ordre et la raison*, pp. 119 et s., *La valeur de la loi*, pp. 30 et s., *La théorie de l'institution*, 1^{er} vol., pp. 70 et s.

⁴⁰ *La théorie de l'institution*, 1^{er} vol., pp. 79 et s.

⁴¹ L'abus de la distinction du donné et du construit a poussé M. H. de Page à l'illusion fondamentale de son livre (*De l'interprétation des lois*, t. II, Paris, Sirey, 1925), savoir le cantonnement de l'omnipotence législative dans l'organisation du *construit* et du pouvoir créateur du juge dans le cercle du *donné*. V. notre critique dans *Le droit, l'ordre et la raison*, p. 135, n. 2. A ces observations, joindre celles de M. DU PASQUIER, *Modernisme judiciaire et jurisprudence suisse* dans le *Recueil de travaux* offerts par la Faculté de droit de Neuchâtel à la Société Suisse des juristes, Neuchâtel, 1929 et *Les rapports de la loi et du juge dans la doctrine moderne et spécialement en droit suisse* à la *Revista de drept public*, 1930, 1^{er} fasc.

⁴² V. le 15^e *Cahier de la Nouvelle Journée, Continu et discontinu* et notamment l'article de tête de Jacques Chevalier.

⁴³ V. le premier chapitre de Jacques MARTIN, *Religion et culture*, Desclée, 1931, qui fait justement remarquer que là est l'erreur du freudisme : c'est l'oubli du rapport d'acte à puissance qui pousse le célèbre médecin viennois à opposer civilisation et nature et à réclamer les droits de celle-ci contre celle-là qui ne serait qu'artifice et compression ; tout au contraire la civilisation — disons les civilisations — sont le milieu nécessaire à son épanouissement. En somme, l'erreur est renouvelée de Rousseau ; elle est connexe à celle qui met la loi morale en position d'antagonisme avec la liberté ; connexe elle-même avec celle qui fait de la loi juridique une simple barrière en deçà de laquelle tout est permis : la loi morale est certainement une direction positive (les études de théologie morale sont en voie de renouvellement sur ce thème trop négligé par les casuistes) et le respect de la loi morale est le bouillon

de culture de la liberté ; il en est de même de la loi juridique si elle ne diffère de la loi morale que parce qu'elle envisage la conduite de l'homme, non du point de vue de sa fin personnelle mais du point de vue du bien commun (cf. M^{lle} A. PIOT, *Droit naturel et réalisme*, Paris, Librairie générale de droit, 1930, p. 70, d'après SAINT THOMAS, *Summ. th.*, I^a II^{ae}, q. 96, a. 3).

⁴⁴ « Toute science, écrivions-nous naguère, est ouverte à la transcendance ; toute science porte en creux quelque vertu qui la dépasse ; toute nature porte en creux sa surnature ; et donc, nulle science n'est complète qu'en se dépassant elle-même, nulle nature n'est pleinement intelligible que par son au-delà... » (*Le droit international, la Société des Nations et les traités de paix*, Paris, éd. Spes, 1930, p. 44.)

⁴⁵ Cette conception développée dans *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, p. 141 est adoptée, du point de vue strictement thomiste, par M. C. Martyniak dans sa thèse de doctorat en philosophie, *Le fondement objectif du droit d'après saint Thomas d'Aquin*, Paris, P. Bossuet, 1931, pp. 160 et suiv.

⁴⁶ *Science et technique en droit privé positif*, t. IV, préface, p. xviii. Une page de G. Davy nous suggérerait naguère de faire, à propos de la distinction du droit subjectif et du statut, la même observation que fait M. Gény à propos de la personnalité collective : elle « n'appartient pas uniquement à la technique juridique ; elle est dans la nature des choses ». (*La théorie de l'institution*, 1^{er} vol., p. 341, n. 1).

⁴⁷ C'est donc tout à fait à juste titre que M^{lle} A. PIOT, *op. cit.*, p. 149, n. 1, estime que notre « progression du droit naturel » est « analogue au développement de la notion de justice dans la doctrine de M. Gény » ; mais la lecture de la *Théorie de l'institution* a dû la convaincre qu'elle se trompait en pensant que nous attachons plus d'importance à la progression du droit naturel quant à la connaissance que nous en avons qu'à sa progression par « adjonction des déterminations qui le font entrer dans le droit positif ». Dans sa thèse, *Le droit naturel et la doctrine*, Nancy, 1931, M. Lachaux nous fait, enfin, bien trop d'honneur en nous présentant comme le continuateur de Fr. Gény.

⁴⁸ Cf. notre article précité *La collaboration des administrés* dans la *Revue générale de droit*.

CHAPITRE II

L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé

par André HAURIU,
Professeur à la Faculté de Droit de Toulouse

Lorsqu'on aborde à l'école de Droit le cours de droit administratif on est prévenu, dès les premières leçons, qu'il s'agit d'une discipline autonome, différente de celles jusqu'alors étudiées et qu'il convient, pour en mieux comprendre le caractère, d'oublier, si faire se peut, les enseignements donnés dans les branches voisines et particulièrement en droit privé.

Et cependant lorsqu'on approfondit les problèmes de droit administratif, et surtout lorsqu'on les envisage avec un esprit curieux des évolutions historiques, on s'aperçoit que bon nombre de règles administratives, de théories ou de principes ont été empruntés au droit privé et tout spécialement au droit civil.

Ce sont ces utilisations en droit administratif des règles et principes du droit privé que nous voulons brièvement examiner.

Mais pour nous rendre compte des conditions dans lesquelles sont faits ces emprunts et de leur portée le mieux sera, avant d'indiquer les contacts qui s'établissent, de commencer par marquer les différences qui existent entre le droit privé et le droit administratif.

*
* *

Si l'on considère le droit privé dans ses caractères et ses tendances dominants une première constatation s'impose : c'est que dans cette branche du droit on ne trouve qu'une seule catégorie de sujets de droit ou d'acteurs juridiques, ayant, en principe, les mêmes droits.

En effet, à part les exceptions tirées de l'organisation de la famille tous les individus ont à leur disposition les mêmes droits subjectifs et, par ailleurs, les personnes morales du droit privé (et particulièrement les sociétés commerciales) ont, exception faite des incapacités inhérentes à leur nature « d'être de raison », les mêmes possibilités et les mêmes droits que les particuliers.

Une seconde constatation est que ces divers acteurs juridiques sont subordonnés de la même façon au droit objectif, à la légalité. Les règles de droit, en droit privé, apparaissent comme transcendantes aux sujets de droits qu'elles limitent, c'est-à-dire comme *établies, maintenues et exécutées* sans qu'ils aient d'action sur elles ; (réserve faite du mécanisme de la représentation nationale qui n'empêche pas, d'ailleurs, que les individus pris isolément soient liés par des lois qu'ils n'avaient point consenties par avance).

Ces règles de droit transcendantes s'appliquent de la même façon à tous les sujets de droits quel que soit leur pouvoir économique ou politique parce qu'ils ont le même pouvoir juridique.

Si l'on veut résumer en une formule l'allure générale du droit privé, civil ou commercial, on peut dire que ces disciplines *s'attachent à tenir la balance égale entre les parties*.

Au contraire, le droit administratif est une discipline *qui ne tient pas la balance égale entre les parties*.

D'une part, sur le plan du droit administratif, on rencontre deux catégories dissemblables de parties ou de sujets de droits : les administrés et les diverses personnes morales administratives.

D'autre part, ces deux catégories d'acteurs juridiques ont des droits et des pouvoirs très différents, soit dans leurs relations réciproques, soit vis-à-vis des règles de droit.

Les administrations publiques possèdent pour l'accomplissement de leur mission des droits, *exorbitants du droit commun*, procédant de l'idée de réquisition, expropriation, réquisition proprement dite, droits de police, travaux publics, etc... Bien plus, elles jouissent pour les exercer de privilèges particuliers et tout spécialement de la *prérogative d'action d'office* qui leur permet d'exécuter les décisions prises sans se préoccuper du consentement des intéressés.

Par ailleurs, vis-à-vis des règles du droit objectif, les administrations publiques, en tant qu'acteurs juridiques, exercent une sorte de maîtrise que n'exercent pas les individus sur les règles du droit privé ni, à plus forte raison, les administrés sur les règles du droit administratif.

Sans doute, cette maîtrise n'est pas très visible lorsqu'il s'agit des règles légales, encore que l'administration ait des liens très étroits avec le gouvernement et que celui-ci exerce une grande influence sur la confection des lois. On peut noter en outre que chargée constitutionnellement de l'application de la loi, l'administration, prolongement du gouvernement, jouit, pour la mettre en œuvre, d'un certain pouvoir discrétionnaire dont elle sait à l'occasion profiter.

Mais, pour les normes réglementaires ou coutumières, cette maîtrise est incontestable. Les règlements sont faits par les autorités administratives c'est-à-dire par les organes des administrations publiques et l'on sait que le pouvoir réglementaire peut s'exercer librement tant qu'il n'est pas arrêté par la loi.

L'administration a enfin le pouvoir de créer des règles de droit en dehors de la forme réglementaire : ce sont les *pratiques administratives* ; et il est certain, depuis longtemps, qu'en de nombreuses matières, les précédents et les traditions administratives aboutissent à la création de véritables règles de droit.

Donc, de par la possession des droits de puissance publique, de la prérogative d'action d'office et d'une maîtrise incontestable sur les règles de droit, les administrations publiques sont dans une position de supériorité très nette, vis-à-vis des administrés, se comportant, à leur égard, d'une façon toute différente de celle des individus entre eux sur le plan du droit civil.

Si l'on veut opposer de façon plus juridique et plus théorique le droit privé et le droit administratif, on peut dire que le droit privé est une discipline imprégné de *justice commutative* tandis que le droit administratif est imprégné de *justice distributive*.

La justice commutative, on le sait, est une justice entre parties égales, établie de groupe à groupe ou d'individu à individu et sans préoccupation d'un intérêt supérieur à celui des parties. Les Grecs appelaient *diké* cette justice égalitaire.

La justice distributive, au contraire, c'est celle qui est intérieure à un groupe social et qui, pour cette raison, tient un large compte des intérêts du groupe ; elle implique au bénéfice de celui qui l'applique une forte réserve de pouvoir disciplinaire et ne se préoccupe que très peu de l'égalité entre les parties. Les Grecs appelaient volontiers *thémis* cette forme de justice.

La formation du droit administratif explique qu'il soit imprégné de justice distributive ; car, malgré l'étendue du cadre dans lequel il s'applique, il reste une discipline intérieure à un groupe ; le droit administratif est essentiellement le droit de l'institution administrative.

Ce fait que le droit administratif est surtout un droit institutionnel va avoir une autre conséquence : c'est qu'il sera imprégné de finalité beaucoup plus que le droit privé.

Il est classique de dire que le droit administratif tout entier est dominé par *l'idée d'utilité publique* et que cette notion, dans ses diverses ramifications, est à la fois la raison et la mesure des pouvoirs et des droits des autorités administratives : C'est elle que nous trouvons à la base de la procédure de l'expropriation pour cause d'utilité publique, à la base du domaine public, qui est une propriété soumise à un régime spécial à raison de son affectation à l'utilité publique, c'est elle, également, qui doit inspirer les mesures de police prises par les autorités administratives et l'ouverture du détournement du pouvoir n'est qu'un moyen inventé par le Conseil d'Etat pour contrôler, dans l'exercice de la police, l'obéissance à la règle de l'utilité publique et du bien du service.

Sans doute, à l'heure actuelle, en droit privé, on assiste à tout un mouvement doctrinal tendant à démontrer que le droit civil, lui aussi, est imprégné de finalité (nous faisons allusion surtout ici à

la théorie de l'abus des droits) mais s'il y a finalité en droit privé ce n'est pas encore l'utilité sociale : notre droit privé est resté essentiellement individualiste, tandis que notre droit administratif, par l'intermédiaire de la notion de l'utilité publique, est soumis dans son ensemble à l'idée du bien commun.

Il semble donc, d'après ce rapide tableau comparatif, que nous avons dressé de l'esprit et des tendances respectives du droit privé et du droit administratif, qu'il n'existe que très peu de rapport entre les deux disciplines et il semble difficile, *a priori*, d'admettre que le droit privé ait pu influencer sur la formation du droit administratif et lui fournir des principes ou des règles pour résoudre des problèmes juridiques qui, au premier abord, se manifestent avec un caractère si particulier.

Cependant, à y bien réfléchir, on s'aperçoit qu'il y a de bonnes raisons pour que des rapports se soient établis entre le droit administratif et le droit privé.

Tout d'abord, il existe des principes juridiques généraux, dominant toutes les branches du droit, et qui doivent trouver, avec des modalités diverses, leur application aussi bien en droit administratif qu'en droit privé.

En second lieu, il convient de remarquer que le droit administratif ne s'est élaboré que tardivement, dans un milieu juridique imprégné de tendances et de traditions civilistes, grâce à l'action d'administrateurs, de juges, de membres du Parlement ou d'auteurs qui avaient été eux-mêmes formés à l'école du droit civil et du droit romain.

Il n'est donc pas étonnant que des emprunts aient été faits par le droit administratif au droit privé et que l'on trouve dans les institutions administratives bon nombre de règles ou de principes civilistes qui ont été adaptés, transposés ou même quelquefois directement utilisés.

*
* *

Pour définir le procédé suivant lequel ces emprunts au droit commun sont opérés, on se contente généralement d'indiquer que le droit privé doit être considéré comme supplétif par rapport aux règles administratives. Non pas, du reste, en ce sens qu'en cas de silence des règles administratives, les lois ou codes du droit privé s'appliquent en leur lettre, mais en ce sens que le juge administratif, lorsque les problèmes qui se présentent à lui ne trouvent point de solution dans les textes administratifs, peut et doit appliquer les règles de fond que les lois civiles contiennent. De fait, les tribunaux administratifs et, particulièrement, le Conseil d'Etat se sont fréquemment livrés à de pareils emprunts, pour organiser, par exemple, la théorie administrative de la responsabilité pour faute, les règles des contrats administratifs, celles de la procédure administrative, etc. Ils procèdent, en ce cas, à une adaptation des règles du droit privé

en tenant compte des caractères propres du droit administratif français : organisation corporative et institutionnelle des administrations publiques, dans le cas de la responsabilité pour faute ; existence des prérogatives de la gestion d'office et célérité de l'action administrative dans celui de la procédure administrative ; continuité et régularité dans le fonctionnement des services publics, dans le cas des contrats administratifs. (V. pour le quasi-contrat la note de M. Mestre, S. 31, III, 57.)

Il ne faudrait pas croire, cependant, que l'utilisation du droit privé en droit administratif soit toujours le résultat d'une action consciente et volontaire, ni surtout que ces transpositions s'opèrent toujours en un seul coup, suivant une sorte de plan préconçu, au moment où se pose un problème juridique pour lequel il importe de trouver une solution.

Pour bon nombre de théories importantes du droit administratif, (fonction publique, domaine public, délégation), on peut discerner un processus de transposition, généralement assez long, auquel collaborent la pratique, la doctrine et la jurisprudence, et qui, par le déroulement de ses épisodes, montre que le droit administratif et le droit privé se comportent comme des systèmes autonomes, suivant chacun leur évolution propre, mais avec influence du droit administratif, se manifestant sur des points déterminés par des alternatives d'attraction et de répulsion.

Les phases du processus de transposition sont généralement au nombre de trois, transfert pur et simple en droit administratif d'une théorie ou d'une règle de droit privé, mouvement de réaction provoqué par une conscience plus nette des nécessités administratives, adaptation de la règle de droit privé en lui faisant subir les transpositions nécessaires.

La théorie du domaine public fournit un premier exemple peu connu, mais assez curieux, de cette évolution.

La thèse du droit de garde, d'après laquelle les administrations publiques n'auraient sur les dépendances domaniales qu'une sorte de droit de police, totalement différent du droit de propriété, ne date pas, comme on le croit généralement, de Proudhon ; elle s'est organisée, dès le ^{xvii}^e et même le ^{xvi}^e siècle, dans Domat (*Traité sur le domaine public*, Livre I, tit. VI, sec. I, §§ 6 et 8) et Loyseau (*Traité des seigneuries*, chap. III, n° 79, et chap. XII, n° 120), comme une réaction contre la conception féodale en vigueur aux siècles précédents et d'après laquelle les choses publiques (routes, fleuves, etc.) étaient possédées par le roi ou les seigneurs, suivant les règles de la propriété féodale, c'est-à-dire de la propriété privée, l'usage de tous ne reposant que sur la permission du propriétaire.

Cette doctrine du droit de police, qui a eu le grand mérite de mettre en lumière l'idée d'utilité publique, qui justifie la domanialité et qui, pour cette raison, est encore soutenue par des auteurs tels que M. Berthélémy (12^e éd., pp. 477 et ss.), n'a jamais pu cependant donner une explication satisfaisante des comportements

des administrations vis-à-vis de leur domaine, et c'est pourquoi elle est progressivement abandonnée.

La thèse moderne de la propriété du domaine public, acceptée à l'heure actuelle par la majorité des auteurs et par le Conseil d'Etat (C. E., 15 janv. 1923, *Piccioli*, R., p. 44, S. 25, III, 17, J. A., III, 202), est une transposition de la théorie civiliste, opérée en tenant compte du fait de l'affectation des dépendances domaniales à l'utilité du public ou aux services publics.

*
* *

Un autre exemple peut-être plus topique de ce processus de transposition peut être tiré de la théorie des délégations en droit public.

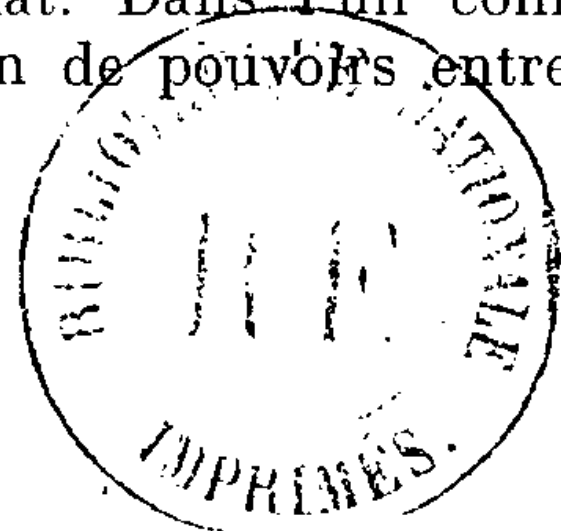
Le problème des délégations est né avec l'Etat et il est lié à son développement territorial, politique et social. Un moment vient, dans l'organisme politique et administratif, où les autorités publiques établies ne peuvent plus suffire aux tâches qui se multiplient ; il faut, pour évacuer les affaires, ou bien créer des magistratures nouvelles ou bien utiliser le procédé de la délégation.

Les délégations ont été nombreuses à Rome, elles étaient connues dans l'ancien droit français (nous n'en voulons pour exemple que les subdélégués qui, si souvent, agissaient au lieu et place de l'intendant), elles sont fréquentes en droit français moderne où l'on trouve, soit des délégations entre organes constitutionnels : (pouvoir accordé au Président de la République de compléter la loi au moyen de règlements d'administration publique ; pouvoir pour l'exécutif de prendre, en période exceptionnelle, des décrets-loi ayant la même force que les lois proprement dites) ; soit des délégations entre organes administratifs (Délégation du Conseil Général à la Commission Départementale, délégation faite par le Maire dans les grandes villes à ses divers adjoints).

Le problème qui se pose est celui de l'analyse juridique de cette opération : quels sont les rapports qui s'établissent entre l'organe délégant et l'organe délégué, quels sont les pouvoirs dont bénéficie celui qui a été l'objet de la délégation.

Pendant longtemps on a analysé ces diverses opérations en des *délégations de pouvoirs* et le raisonnement était fait surtout à propos du règlement d'administration publique. On voyait dans ces actes le résultat d'une délégation du pouvoir législatif au Président de la République et la conséquence qu'on en tirait était l'impossibilité de soumettre au contrôle du juge des actes qui procédaient ainsi d'une délégation législative et bénéficiaient du caractère intangible de la loi.

Cette théorie de la délégation du pouvoir était, il faut bien le remarquer, le transfert pur et simple en droit administratif d'une théorie de droit privé, la théorie du mandat. Dans l'un comme dans l'autre cas on assistait à une délégation de pouvoirs entre le



mandant et le mandataire de telle sorte que l'acte fait par le délégué avait exactement le même caractère que celui accompli par le délégant.

Cette théorie fut acceptée sans discussion par les auteurs et par la jurisprudence jusqu'à la fin du XIX^e siècle. Mais à cette époque parurent coup sur coup deux articles, un de M. Esmein en 1894 l'autre de M. Berthélémy en 1898 par lesquels fut démontré de façon péremptoire que le pouvoir ne peut pas se déléguer. Ces auteurs, faisant la distinction entre les organes fondateurs et les organes fondés, montrèrent que les attributions de compétences et de pouvoirs faites par la Constitution, ne pouvaient pas être modifiées après coup et qu'un organe fondé n'avait aucune qualité pour déléguer à un autre organe, un pouvoir qui lui était propre.

La conséquence de ce mouvement doctrinal, qui doit s'analyser en une réaction très nette contre le transfert pur et simple en droit administratif d'une théorie civiliste, fut que le Conseil d'Etat, par un arrêt dit « des Grandes Compagnies », du 6 septembre 1907, reconnut le caractère administratif du règlement d'administration publique et la possibilité d'intenter contre lui un recours pour excès de pouvoir.

C'était admettre l'impossibilité de transférer purement et simplement en droit administratif la théorie civiliste du mandat.

La troisième étape de l'évolution : la transposition et l'adaptation de la théorie civiliste se trouve marquée dans une note du Doyen Hauriou sous l'Arrêt *Epoux de Sigalas*, du 22 juin 1928 (S, 28, III, 113), en même temps que l'explication des relations juridiques qui s'établissent entre le délégant et le délégué.

L'explication consiste à analyser les délégations qui s'établissent entre les diverses autorités non pas comme des *délégations de pouvoir*, mais comme des *délégations de matières*. La démonstration en peut être faite à propos de règlement d'administration publique.

Lorsque le Parlement charge le chef de l'Etat d'établir un règlement d'administration publique pour compléter une loi, il lui délègue une certaine matière, une certaine catégorie d'affaires, avec charge de l'organiser dans les détails. Du fait de cette autorisation qui lui est donnée par le pouvoir législatif, l'exécutif a qualité pour compléter les dispositions qui se trouvent déjà dans la loi et pour établir à côté des règles de droit posées par le Parlement d'autres règles de droit qui viendront se juxtaposer aux premières. Mais le Président de la République, lorsqu'il établit avec le concours du Conseil d'Etat un règlement d'administration publique, agit avec sa compétence et son pouvoir propre d'organe exécutif. La matière lui est déléguée, il l'organise avec son pouvoir réglementaire.

Cette théorie de la délégation de matières qui a été déjà acceptée par bon nombre d'auteurs ¹, permet d'expliquer d'une part, que

¹ Jean DELVOLVÉ, *Les délégations de matières en droit public*, 1930.

par le règlement d'administration publique, le pouvoir exécutif ait qualité pour compléter la loi et pour édicter des dispositions qui seront obligatoires pour les citoyens au même titre que la loi elle-même, et d'autre part, que le règlement d'administration publique reste, malgré tout, un acte administratif et que dans le cas où il est entaché d'illégalité, c'est-à-dire dans l'hypothèse où il est, en quelques-unes de ses dispositions, en contrariété avec la loi qu'il a pour objet de compléter, il soit susceptible d'annulation par le Conseil d'Etat au même titre qu'une décision administrative quelconque.

La portée de cette théorie n'est pas restreinte d'ailleurs au cas du règlement d'administration publique ; elle a la même valeur explicative pour les autres cas de délégations, qu'il s'agisse de délégations entre organes constitutionnels, dont un autre exemple est les décrets-loi ou qu'il s'agisse de délégations entre organes administratifs, comme celles faites par le Maire à ses adjoints, ou celles du Conseil Général à la Commission Départementale.

D'autres exemples de transposition en droit administratif, des règles et principes du droit privé pourraient être donnés, à propos, par exemple, de la situation juridique des fonctionnaires, des contrats ou des quasi-contrats administratifs.

Nous avons voulu seulement marquer une direction dans laquelle des recherches pourraient être faites et noter un procédé d'élaboration du droit administratif qui jusqu'ici n'a peut-être pas été mis suffisamment en lumière.

TITRE III
SOURCES DU DROIT FINANCIER

CHAPITRE UNIQUE

**Le principe de l'interprétation littérale
des lois fiscales**

par LOUIS TROTABAS,
*Professeur de Droit Public à la Faculté de Droit de l'Université
de Nancy*

Le principe de l'interprétation littérale des lois fiscales est unanimement proclamé dans la littérature juridique. Dans son magistral *Traité sur les Droits d'Enregistrement*, M. E. Pilon a récemment repris l'exposé de cette formule : il la présente comme incontestée, et il invoque à son appui les affirmations de la Doctrine, de la Jurisprudence et de la Régie elle-même, unanimes sur ce point ¹. Il suffit, en effet, de se rapporter aux références nombreuses qu'il donne pour vérifier cet accord et s'apercevoir que, de toutes parts, et sous toutes les plumes, le principe est reconnu sans la moindre réserve.

En présence de cette rare et impressionnante unanimité, il y a bien de la témérité à entreprendre l'examen critique d'un principe qui s'annonce ainsi comme l'une des vérités premières du droit fiscal. Et, pourtant, cette apparence incontestée ne pousse-t-elle pas, non certes à une suspicion *a priori*, mais à la recherche, au delà des affirmations qu'on ne saurait nier, de justifications positives? Or, il suffit d'amorcer ces recherches pour s'apercevoir, non sans déception, que ces justifications sont précaires. La seule chose certaine, c'est qu'aucune disposition de la loi écrite ne prescrit, en droit français, une méthode d'interprétation particulière pour les lois fiscales, et que le principe de l'interprétation littérale repose sur un fondement coutumier, particulièrement impressionnant il est vrai, car il est proclamé sans discontinuité depuis l'antiquité jusqu'à présent. Il est même remarquable de voir les auteurs qui invoquent ce principe s'attacher à le justifier par l'autorité d'auteurs plus anciens.

C'est ainsi, par exemple, que M. Pilon s'appuie, entr'autres, sur Championnière et Rigaud², qui s'en rapportent eux-mêmes à la source Farinacius³. Et l'on remonte ainsi jusqu'à la formule de Modestin, rédigée en réponse au Décret *ut fisco faveat : non puto delinquere eum, qui in dubiis questionibus contra fiscum facile responderit* : c'est là, du moins, l'origine la plus généralement donnée à notre principe.

En l'état de ces premières constatations, si l'on veut pousser plus avant, et approfondir encore la formule d'interprétation littérale des lois fiscales, on est dès lors conduit à envisager deux ordres de recherches :

1° La répétition, indiscutable en fait, de cette règle d'interprétation littérale, constitue-t-elle réellement l'expression d'une coutume?

2° Si cette coutume existe réellement, quel est donc le sens exact de la formule « interprétation littérale » ou « interprétation stricte », que l'on invoque toujours, mais sans en préciser suffisamment le sens et la portée?

C'est à l'examen de ces deux problèmes que seront consacrées ces observations. Sans prétendre les résoudre définitivement, elles ont simplement pour but de montrer la nécessité de soumettre à la critique un principe que son apparence incontestée a soustrait jusqu'à ce jour à toute recherche approfondie.

*
* *

L'ancienneté du principe de l'interprétation stricte des lois fiscales, que l'on peut tenir pour acquise, est-elle réellement le signe d'une tradition et donne-t-elle à notre formule la valeur d'une « leçon » qui s'impose incontestablement? Ne serait-ce pas, au contraire, le cas d'observer que si certaines matières, ou certaines règles, prennent de la qualité en vieillissant, d'autres se vermoulent, ou se périment. Certes, la coutume crée du droit, mais elle n'assure pourtant pas à la légalité qu'elle fait naître une pérennité absolue ; peut être l'expression maintenue de l'interprétation littérale n'est-elle plus aujourd'hui qu'une enveloppe vidée de son contenu coutumier.

Pour connaître la valeur *actuelle* de la vieille formule de Modestin, il serait nécessaire de la soumettre à une critique rigoureuse, que la littérature française ne nous offre pas⁴ : à son défaut, et compte tenu de l'origine de la formule, essayons de remonter aux anciens auteurs, auxquels on nous renvoie par la chaîne de la coutume, pour voir comment s'est justifiée jadis la règle qu'ils nous ont léguée.

A son origine, l'interprétation littérale des lois fiscales a été nettement fondée sur la distinction du droit en deux branches : d'une part, le droit qui exprime les véritables principes de la législation, d'autre part le droit exorbitant, le *jus singulare* des anciens.

Celui-ci comprend les lois fiscales et les lois pénales ⁵, qui sont ainsi présentées comme étant, *de par leur nature exorbitante*, soumises à des formules spéciales d'interprétation ⁶. Et si les auteurs modernes se bornent à reproduire aujourd'hui une formule qu'ils n'éprouvent plus le besoin de justifier, nos anciens au contraire se sont parfaitement expliqués sur ce point ; c'est au titre de lois « odieuses » que les lois fiscales ont été soumises à une interprétation restrictive.

Cette constatation même emporte condamnation de toute valeur actuelle à la règle de l'interprétation stricte. En effet, si les lois fiscales sont aujourd'hui, comme elles l'étaient jadis, des lois individuellement désagréables, on ne peut plus, juridiquement parlant, les traiter de lois « odieuses ». Il faut tenir compte des progrès du droit de l'impôt, intimement liés à ceux du régime constitutionnel et, notamment, au développement des formules démocratiques. N'y a-t-il pas quelque inadvertance à continuer d'invoquer contre le Fisc moderne une règle inventée, il y a des siècles, dans un milieu politique, économique, social, tout différent ? Dans l'état des formules modernes, on ne peut certes plus dire aujourd'hui que la loi d'impôt soit « odieuse », comme l'affirmaient Modestin et les commentateurs de jadis. Cette loi n'a plus rien de particulier, d'exceptionnel, d' attentatoire à la liberté humaine. Elle est, comme toutes les lois qui règlent les rapports du pouvoir administratif envers les individus, une loi normale, générale et, partant, soumise aux mêmes règles d'interprétation que les autres lois ⁷. Dès lors, aujourd'hui, si la loi fiscale doit être soumise à des règles spéciales d'interprétation, ce ne peut être en tant que loi fiscale : il faut invoquer non sa nature, ou son objet, mais un caractère externe, par exemple son caractère impératif, ou prohibitif, ou encore dispositif, au même titre que pour toute autre loi ⁸.

Et c'est ainsi que toute la valeur coutumière du principe s'effondre, car il *n'y a plus coutume*. Pour vouloir trop prouver par l'invocation des formules anciennes, on en arrive à la ruine du principe : valable dans la mesure où il reposait sur deux groupes de lois, de natures différentes, toute survivance dans le monde moderne lui est interdite du fait même que cette différence de nature n'existe plus. Et ce n'est pas sans quelque dépit que l'on voit les études les plus récentes se satisfaire toujours de l'idée de loi « odieuse » pour justifier le principe de l'interprétation stricte ⁹, qui n'est plus aujourd'hui qu'une formule périmée, vidée de tout sens.

*
* *

Admettons toutefois que cette règle d'interprétation puisse être encore inscrite au rang des principes premiers du droit fiscal : encore faudrait-il s'entendre sur son sens exact.

A travers les affirmations des auteurs, elle paraît susceptible d'un double sens : tantôt on l'invoque comme formule positive d'option, en cas de doute, pour le sens le plus favorable au contri-

buable ; tantôt, on l'invoque comme formule négative de condamnation, dans tous les cas, de toute application de la loi fiscale par analogie.

1. La formule *in dubio contra fiscum* apparaît dès l'origine comme la conséquence directe, et peut-être même la raison d'être, de l'idée d'interprétation littérale. Elle s'exprime très nettement, on l'a vu, dans la formule de Modestin. Plus tard Domat, à son tour, la dégage aussi nettement : « En toutes sortes de contributions, s'il arrive des difficultés qui rendent douteuse la cause du fisc..., ces sortes de doutes doivent se résoudre en faveur des particuliers contre le fisc. Car, outre qu'il tient lieu de demandeur, et qu'en général toute demande doit être claire et bien établie, les droits du fisc n'ont de faveur et de privilège qu'en ce qui regarde la justice qui les rend nécessaires pour le bien public et la facilité d'en faire le recouvrement ; ce qui est borné aux droits qui se trouvent nettement établis, et ne s'étend pas aux prétentions que les officiers ou les traitants, chargés du recouvrement, pourraient avoir au delà des bornes des droits clairement fixés par le souverain ¹⁰. »

Toutefois, et malgré les adhésions importantes que cette formule a reçues ¹¹, il est loin d'être prouvé que l'option en faveur du sens favorable au contribuable découle nécessairement de l'interprétation littérale, quand bien même celle-ci serait admise. Il paraît au contraire plus fondé de penser, avec un auteur autorisé, que l'« on se tromperait évidemment si, entre les divers sens que le texte comporte, on induisait de la règle qui rejette l'extension par analogie, que le sens d'où résulte le moindre impôt ou la moindre peine doit toujours être adopté ¹². » Il faut, en effet, noter que la formule *in dubio contra fiscum* confond le point de vue de l'interprétation proprement dite et le point de vue de la preuve : le passage de Domat, cité plus haut, le montre parfaitement. Or, il ne faudrait pas oublier que le développement du contentieux fiscal, non seulement à l'égard des Contributions Indirectes par le procédé de la contrainte, mais encore, quoique moins généralement, à l'égard des Contributions Directes, met la plupart du temps la preuve à la charge du contribuable. Cette technique du contentieux, que négligent bien légèrement les auteurs, conduirait plutôt au renversement de la formule : en cas de doute, le juge n'est-il pas contraint de se prononcer contre le contribuable si celui-ci ne fournit pas la preuve de ses prétentions, qu'elles soient de fait ou de droit ?

2. Le second sens qui s'attache à la formule d'interprétation littérale, et qui est à la vérité le plus fréquemment visé par la jurisprudence et les auteurs, tend simplement à interdire à l'égard des lois fiscales l'interprétation par analogie. Sous ce nouvel aspect, l'interprétation littérale implique d'une part que le juge ne possède aucun pouvoir constructif à l'égard de la loi fiscale, et, d'autre part, que celle-ci est soumise à des règles exceptionnellement restrictives d'interprétation. Or, cette attitude se révèle, à l'examen, fausse sous ses deux aspects.

Le pouvoir créateur de la jurisprudence fiscale, que de nombreux auteurs contestent ¹³, paraît néanmoins certain. Il n'est, en effet, que de lire attentivement les décisions du juge fiscal, qu'il soit judiciaire ou administratif, pour s'en convaincre. Du point de vue théorique, on notera d'ailleurs que le pouvoir d'élaboration de la règle de droit par le juge est en quelque sorte spontané chaque fois que l'on se trouve en présence d'un juge objectif : or, la nature objective du contentieux fiscal ne peut faire aucun doute à mes yeux ¹⁴. Mais pour ceux-là mêmes qui ne voudraient pas adopter cette conception du contentieux fiscal, n'est-il pas évident que le juge de l'impôt, d'une manière permanente, « construit » sur la loi fiscale des formules positives que révèlent les créations de sa jurisprudence ? Et les auteurs qui proclament la formule de l'*interprétation littérale*, c'est-à-dire, selon Littré, de l'interprétation « selon la lettre », avec la précision d'une chose « prise au pied de la lettre », admettent eux-même que cela comprend l'*interprétation extensive* ¹⁵, ce qui implique en français une extension, c'est-à-dire, toujours selon Littré, « l'action d'étendre un loi, un article, des objets qui n'y étaient pas d'abord inclus ». En présence de cette constatation, et de ces résultats si éloignés des principes hautement proclamés de l'interprétation littérale, le doute se précise, semble-t-il, sur l'exactitude de cette formule et sur sa réelle portée.

Quant aux règles restrictives d'interprétation qui s'appliqueraient à la loi fiscale, elles s'expriment, on vient de le voir, par le rejet de l'analogie. Pour comprendre cette formule, il est nécessaire de la confronter aux conclusions des auteurs qui ont étudié le problème général de l'interprétation de la loi.

L'analyse la plus fouillée qui ait été faite à ce jour des méthodes d'interprétation du droit positif, due au Doyen Génny, dont l'autorité s'impose ici avec une force particulière, quelque difficile qu'elle soit à ramener à des formules écourtées, paraît exprimer essentiellement la distinction de l'*interprétation*, qui se rapporte à la loi, source de droit positif, et de l'*analogie*, qui doit être séparée complètement de toute source formelle de droit, pour se rapporter exclusivement aux procédés de la libre recherche scientifique ¹⁶. En présence de cette formule, toute loi, de quelque nature qu'elle soit, peut être objet d'interprétation, celle-ci allant jusqu'à l'extension ¹⁷, mais aucune loi ne peut être objet d'une application par analogie ¹⁸. La formule est nette.

Quand les auteurs de droit fiscal prétendent donc que la loi fiscale tient de sa nature de ne point s'interpréter par analogie, c'est donc simplement parce que, contrairement à l'analyse du Doyen Génny, ils intègrent l'analogie dans le concept élargi de l'interprétation ¹⁹. Mais si l'on adopte l'analyse du Doyen Génny et si l'on distingue avec lui interprétation et analogie, il en résulte tout naturellement que la loi fiscale suit le sort de toute autre loi : c'est la thèse qui paraît devoir être adoptée, et, par là, je crois pouvoir invoquer l'autorité du Doyen Génny pour proclamer, au regard de

ces analyses théoriques, que le prétendu principe de l'interprétation littérale des lois fiscales n'est qu'un truisme trompeur.

Mais, ceci posé, le problème de l'analogie subsiste. Si le Doyen Gény exclut celle-ci des méthodes d'interprétation législative, il la conserve du moins dans son système d'élaboration juridique comme procédé indépendant de découverte des règles juridiques ²⁰. Ainsi séparée de l'interprétation et vouée au service de la libre recherche, l'analogie possède un domaine d'application moins étendu que l'interprétation : elle est exclue non pas au regard de certaines lois, puisque toute loi lui échappe, mais de certaines matières. C'est ce qu'exprime très nettement le Doyen Gény lorsque, étudiant les rapports de la science et de la technique, il recherche les cas dans lesquels le droit positif, considéré comme un moyen technique, est l'unique source de droit, ce qui exclut entièrement, pour l'élaboration du droit, toute libre recherche, c'est-à-dire tout procédé d'analogie ²¹. Et, parmi ces cas, il mentionne aux côtés de « la détermination des incriminations et des pénalités », « l'interprétation dans les questions fiscales, qui restent du domaine exclusif de la législation, en ce sens, du moins, que le juge ne peut établir des impôts ni les augmenter » ²².

Par là, en définitive, le théoricien éminent des méthodes juridiques et les techniciens de la science fiscale se rejoignent : tous réprouvent la pratique de l'analogie à l'égard des lois fiscales. On conviendra pourtant que le rapide exposé des positions doctrinales qui vient d'être fait décèle déjà l'erreur de la formule courante de l'interprétation littérale des lois fiscales. Celles-ci ne sont nullement l'objet d'une méthode d'interprétation particulière, et le problème, beaucoup plus élevé, est de rechercher si la matière fiscale peut être ou non l'objet de ce que le Doyen Gény appelle la libre recherche, c'est-à-dire, en bref, d'une élaboration constructive par le juge, au besoin par analogie. Mais, ici, je ne puis dissimuler que je me sépare alors des formules de l'éminent Maître de Nancy, car je crois très nettement au pouvoir créateur de la jurisprudence fiscale ²³.

Il me paraît, en effet, indispensable de reconnaître l'emploi possible de l'analogie par le juge fiscal. D'abord, malgré toutes les affirmations de la doctrine et de la jurisprudence, il est certain que l'analogie fait partie des règles positives, et appliquées, de notre législation fiscale. Voici, par exemple, la loi de 1917 qui établit « un impôt annuel sur les bénéfices des professions commerciales » : l'Instruction Administrative du 30 mars 1918 décide, pour interpréter cette notion de profession commerciale, de « s'attacher moins à la nature juridique des actes accomplis qu'à *leur analogie* avec les opérations que comporte l'exercice des professions dont le caractère commercial est indiscuté », et c'est bien ce que fait chaque jour la jurisprudence. On vit donc, actuellement, sous un régime qui admet parfaitement l'analogie, et que l'on méconnaît en s'attardant toujours à répéter, en dehors des réalités, la vieille formule de Modestin ²⁴. Et, de même, en dehors cette fois-ci d'une formule

légale, ne doit-on pas convenir que l'emploi de l'analogie par le juge apparaît nécessairement dès que le juge se livre à une analyse du fait ²⁵ ? Et si l'on tient compte de la place qu'occupe cette appréciation du fait dans le contentieux fiscal, soit devant la juridiction administrative ²⁶, soit devant la juridiction judiciaire, avec les pouvoirs de fait de la Cour de Cassation en matière fiscale ²⁷, n'est-on pas conduit par là à comprendre le pouvoir large du juge à l'égard de la loi fiscale et à reconnaître une fois de plus l'erreur de la formule restrictive et absolue de l'interprétation littérale ?

Enfin, à côté de ces raisons techniques de condamnation, ne faut-il pas d'autre part relever que l'interprétation littérale, par sa rigidité, se condamne elle-même ? En voulant soumettre une catégorie de lois, à raison de leur objet, à une règle exceptionnelle, elle perd de vue le problème infiniment plus vaste, plus complexe et plus nuancé, de l'interprétation de la loi. Elle ignore à ce titre tout le mouvement en faveur de l'*interprétation idéaliste des lois* ²⁸. Cette formule, qu'il n'y a pas lieu de développer ici, repose, on le sait, sur le rôle de *collaboration* imparti au juge, rôle qui s'impose particulièrement dans les matières fiscales où ce juge doit apprécier objectivement, à l'égard de tout contribuable, les manifestations du pouvoir fiscal. Pourquoi les lois qui régissent l'état des personnes, leur honneur, leur propriété, leur corps même, seraient-elles soumises à un droit commun d'interprétation, auquel on vient seulement soustraire les lois qui atteignent, pour les besoins du fisc, leur portefeuille ? « Pourquoi n'en serait-il pas des lois fiscales comme des autres lois ²⁹ ? » Certes, le droit doit organiser la défense des intérêts privés, mais il les défend tous à un même titre, et il n'y a pas de raison pour que les dispositions qui régissent le statut du contribuable soient autrement interprétées que celles qui régissent le statut de tout autre débiteur, public ou privé, également respectable. Et c'est le lieu d'ajouter d'ailleurs que l'abandon de la formule d'interprétation littérale n'est en rien dangereuse pour le contribuable, car la matière fiscale reste, cela est hors de question, matière strictement législative. Il ne s'agit certes pas de reconnaître au juge le pouvoir d'empiéter sur les attributions réservées au législateur : il s'agit simplement de reconnaître qu'il n'est pas mauvais, pour défendre le contribuable, de développer son pouvoir de contrôle de la légalité, au lieu de réduire son rôle ³⁰.

*
* *

Au terme de ces observations, je ne puis me dissimuler l'hétérodoxie de mes conclusions. Je ne méconnaissais certes pas le poids des innombrables références de doctrine, ni des si nombreuses décisions de justice qui, chaque jour encore, se prononcent pour l'interprétation littérale des lois fiscales. Pourtant, ces confirmations jurisprudentielles ne sont peut-être pas aussi probantes qu'on peut le croire au premier abord. N'y a-t-il pas de nombreux arrêts dans les-

quels le juge écarte le raisonnement par analogie non parce qu'il est *impossible*, mais simplement parce qu'il est *inutile*³¹, comme il le ferait en d'autres matières? N'y a-t-il pas aussi de nombreux arrêts dans lesquels le juge se prononce d'après les travaux préparatoires³² ou d'après l'esprit de la loi³³, ou dans lesquels il révèle toute sa liberté créatrice au regard de la loi fiscale dès qu'aucune disposition positive n'interdit une certaine interprétation?³⁴ Sur tous ces points, sa jurisprudence paraît bien éloignée de la stricte interprétation littérale. Enfin, n'y a-t-il pas encore des arrêts dans lesquels le pouvoir du juge fiscal se révèle si fort qu'il lui permet, dans les hypothèses où il doit s'incliner devant la rigueur d'un texte, de chercher du moins à le tempérer par un conseil de bienveillance adressé au fisc?³⁵

Aussi, bien que cette étude n'ait pas eu pour but de soumettre la jurisprudence fiscale à un examen critique du point de vue des pouvoirs d'interprétation du juge, ces quelques décisions, recueillies parmi les plus récents arrêts, peuvent-elles du moins confirmer les recherches plus théoriques sur le principe critiqué. Je crois dès lors pouvoir légitimement conclure que le prétendu principe de l'interprétation littérale des lois fiscales n'est plus fondé en l'état actuel des formules juridiques et des conditions politiques et sociales de la légalité moderne. Et, pour terminer, je ne pourrai mieux dire les défauts de la formule, étroite et sèche, d'interprétation littérale des lois fiscales, qu'en lui opposant, avec le commentateur avisé d'une décision fiscale assez récente³⁶, les mérites de l'interprétation « qui saisit l'esprit de toute une législation, au dessus des prescriptions rigides de la loi écrite, du mot à mot d'un texte », et qui seule se révèle, par là même, « tout à l'honneur des institutions ».

¹ E. PILON, *Principes et technique des Droits d'Enregistrement*, t. I, 1929, nos 39 et suiv.

² CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, *Traité des Droits d'Enregistrement*, 2^e éd., 1839, t. I, n° 39.

³ *Fragmenta* : in solutione gabellae, non proceditur de similibus ad similia.

⁴ Parmi les nombreux et savants ouvrages consultés sur l'interprétation des lois, dont la plupart seront d'ailleurs cités au cours de ce travail, ne se trouve en effet aucune étude particulière sur le problème de la loi fiscale. Cette étude a été amorcée, en revanche, dans la littérature italienne par B. GRIZIOTTI, *Principii di politica, diritto e scienza delle finanze*, Padova, 1929, pp. 194 et suiv. Au cours de la rédaction de cette étude a été par ailleurs annoncée la publication, par l'Institut des Finances de l'Université de Pavie, d'un ouvrage de M. E. VANONI, *Natura e interpretazione delle leggi tributarie*. Je regrette vivement de n'avoir pu l'utiliser.

⁵ L'évocation de la loi pénale au côté de la loi fiscale s'impose en effet dès que l'on parle d'interprétation stricte. Notons d'ailleurs que la

valeur de la formule au regard de la loi pénale ne paraît pas avoir été plus spécialement étudiée. Notons aussi que des auteurs ne citent pas les lois fiscales parmi les lois exceptionnelles et pénales soumises à des règles particulières d'interprétation : v. par exemple, Ch. BROCHER, *Etude sur les principes généraux de l'interprétation des lois*, Genève, 1862 p. 166.

⁶ V. par exemple les références données par DELISLE, *Principes de l'interprétation des Lois*, 2 vol., 1852, t. II, par. 168.

⁷ V. dans le même sens B. GRIZIOTTI, *op. et loc. cit.* Au regard de la thèse aujourd'hui encore dominante de l'interprétation restrictive des lois fiscales, qui prétend toujours invoquer l'ancienne formule « in dubio contra fiscum », cet auteur note très justement : « questa dottrina, che è tuttora predominante, deriva dall'ordinamento delle imposte in situazioni politiche e giuridiche già sorpassate di arbitrii e di limitazioni della libertà, e, pertanto, non corrisponde alle circostanze dello Stato moderno » (p. 195). Voir également dans le même sens M. PUGLIESE, *Le Tasse*, Padova, 1930, pp. 108 et suiv.

⁸ V. sur ce classement des lois, du point de vue de leur caractère et abstraction faite de leur objet, H. CAPITANT, *Introd. à l'Etude du Droit Civil*, 5^e éd., 1929, n^{os} 23 et suiv.

⁹ C'est ainsi que dans une étude récente de droit fiscal, M^{lle} J. Vandamme, affirme qu'il est « aisé » de justifier le principe d'interprétation stricte en invoquant la distinction des « lois naturelles » et des « lois arbitraires » ; (*D. P.*, 1931, 2, 75 et 76). C'est évidemment aisé, mais ce qui l'est assurément moins c'est de démontrer aujourd'hui l'existence d'une catégorie de lois « arbitraires ». Je ne pense pas en effet qu'on veuille entendre cette expression dans le sens d'une opposition entre droit naturel et droit écrit. Et si c'est là que veulent en venir les tenants de la formule, il faut alors conclure que le droit écrit tout entier, et non pas seulement la loi fiscale, doit être soumis à cette interprétation stricte.

¹⁰ DOMAT, *Le Droit Public...* liv. I, tit. V, sect. VI, 18.

¹¹ V. not. F. GÉNY, *Science et Technique*, IV, n^o 278, p. 42.

¹² DELISLE, *Principes de l'Interprétation des Lois...* 2 vol., Paris 1852, II, par. 168, p. 381.

¹³ V. F. GÉNY, *Le particularisme du droit fiscal*, extr. *Rev. Trim. Droit Civil*, 1931, n^{os} 18 et suiv. et les références.

¹⁴ Voir TROTABAS, *La nature juridique du contentieux fiscal en droit français*, dans *Mélanges Hauriou*, 1929, pp. 709 et suiv.

¹⁵ V. E. PILON, *op. cit.*, n^{os} 41 et suiv.

¹⁶ F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et Sources...* 2^e éd. 1919, t. I, not. n^o 107.

¹⁷ *Ibid.*, n^{os} 105 et 107.

¹⁸ Cf. la formule proposée par Ch. BROCHER, *Etude sur les principes généraux de l'interprétation des lois*, 1862, précitée : « Il faut avoir soin de ne pas confondre l'interprétation proprement dite avec l'extension de la loi par voie d'analogie » (p. 169).

¹⁹ V. E. PILON, *op. et loc. cit.*, et note au *D. P.*, 1927, 1, 17, et les réf. Il convient de noter d'ailleurs que l'intégration de l'analogie dans l'interprétation, loin d'être spéciale aux auteurs de droit fiscal, se retrouve chez de nombreux civilistes : v. not. H. CAPITANT, *Introduction...* 5^e éd., 1929, n^o 71 et les réf.

²⁰ F. GÉNY, *op. cit.*, n^o 108.

²¹ F. GÉNY, *Science et Technique...*, IV (1924), n^o 278, note p. 36, 37.

²² *Op. et loc. cit.*, pp. 41, 42.

²³ V. L. TROTABAS, *Essai sur le droit fiscal*, extr. *Revue de Sc. et Légis. Financières*, 1928, note n° 3.

²⁴ V. un autre exemple d'interprétation non littérale de la loi fiscale, en matière de taxe sur les spiritueux, dans L. HOURCADE, *Contributions Indirectes*, 7^e éd., I, p. 65. Ces exemples ne sont donnés, bien entendu, qu'à titre d'illustration, et non comme anomalies.

²⁵ V. sur ce point, les intéressantes suggestions de H. DE PAGE, *De l'interprétation des lois*, 2 vol., Bruxelles-Paris, 1925, II, p. 265.

²⁶ V. Cons. d'Et., 7 janv. 1927, *Farran*, et la note au *D. P.*, 1927, 3, 25, (I).

²⁷ V. Cass. Civ., 25 octobre 1927, *D. P.*, 1929, 1. 31 et la note, et L. TROTABAS, dans *Mélanges Hauriou*, précité, p. 727. Cf. la discussion de F. GÉNY, dans *Le particularisme du droit fiscal*, précité, n° 20.

²⁸ V. G. RENARD, *La valeur de la Loi*, 1928, pp. 133 et suiv., et *La théorie des leges mere pœnales*, dans *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 663, note 2.

²⁹ G. RENARD, dans *Mélanges Hauriou*, précité, p. 665 en note.

³⁰ V. sur ce point, L. TROTABAS, dans *Mélanges Hauriou*, précité, et *Précis de Science et Législation Financières*, 2^e éd., 1931, nos 459 et suiv. *Adde* sur l'importance des pouvoirs d'interprétation du juge comme sanction et défense de la légalité. R. ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, 1926, pp. 276 et s.

Notons ici, d'ailleurs, que la position prise par le Doyen Gény sur l'interprétation de la loi fiscale, rappelée *supra* note 22, pourrait se concilier avec ce point de vue.

³¹ Ex. : Cass. Civ., 27 oct. 1931, *D. H.*, 1931, 539.

³² Ex. : Cons. d'Et., 7 juin 1929, 7^e esp., *Lebon*, p. 557.

³³ Ex. : Trib. Civ. Lille, 21 mars 1931 et Trib. Civ. Lyon, 21 juill. 1931, *D. P.*, 1931, 2, 121, et la note, *in fine*, et les espèces rapportées au *D. P.*, 1927, 3, 6, et la note.

³⁴ Ex. : Cons. d'Et., 10 août 1926, *D. P.*, 1927, 3, 30.

³⁵ Ex. : Trib. Civ. Seine, 17 janv. 1927, extrait au *D. P.*, 1927, 3, 26, sous-note b ; Cons. d'Et., 12 juin 1931, *Bull. Contrib. Dir.*, 1931, 551.

³⁶ Note signée P. L. J., sous Cons. d'Et., 16 juillet 1926, au *D. P.*, 1927, 3, 6, *in fine*.

TITRE IV

SOURCES DU DROIT ÉCONOMIQUE

CHAPITRE PREMIER

Le droit économique, branche indépendante de la science juridique, sa nature, son contenu, son système

par François DE KIRÁLY,

Docteur en droit, avocat à la Cour de Budapest, Vice-Président gérant de la Fédération Nationale des Avocats de Hongrie, membre du Conseil du Barreau de Budapest, Rapporteur de la Commission du droit des Ententes Industrielles Internationales de l'International Law Association.

Le droit « économique » ne forme aujourd'hui qu'une branche de la science juridique, une nouvelle conception scientifique du droit, se présentant, comme le caméléon, sous nombreuses couleurs, dont le but et contenu ne sont pas encore jugés d'une manière uniforme, mais qui occupe déjà le premier plan dans la préoccupation des juristes. Sa naissance s'explique par la situation économique et juridique changées à la suite de la grande guerre et de l'époque transitoire lui ayant succédé et toujours subsistante. On pourrait construire les éléments constituant cette nouvelle conception de la manière suivante : *les modifications profondes survenues dans l'organisme et l'évolution de la vie économique, la transformation radicale de la législation et de l'application du droit, et, finalement, l'adaptation des méthodes de systématisation et des modes d'examen juridique au nouvel esprit économique et social.*

Après l'époque de la liberté économique s'étant développée sur la base des idées de l'école d'économie classique et les résultats de la révolution française, et ayant atteint le plus haut degré d'évolution à la fin du siècle passé et au début du siècle présent, le système économique actuel, comme une justification de la dialectique Hégélienne, est en train de passer à un système entièrement contraire au

précédent : *l'ordre de l'économie réglementée*. Depuis la guerre, c'est l'Etat qui s'est chargé de la conciliation des luttes de la vie économique et de la réglementation générale de la circulation. En face de ce pouvoir économique de plus en plus grandissant de l'Etat, et pour assurer le succès des luttes à soutenir contre les consommateurs et certains autres groupes économiques opposés, les entreprises productrices se réunissent en des ententes dont l'objet consiste dans la défense de leurs intérêts. Leur exemple est suivi par les associations du commerce, d'autres professions et d'autres classes économiques constituées également pour la protection plus efficace de leurs intérêts. La reconnaissance de la nécessité de l'action collective s'appuyant sur la force qu'implique l'association, se substitue au principe de « chacun pour soi ». Au lieu des entreprises individuelles, ce sont les grandes entreprises organisées en sociétés qui mènent le rôle principal dans la vie économique. Soit pour l'augmentation de leurs bénéfices, soit pour la protection de leurs autres intérêts, les entreprises se réunissent en des communautés économiques de plus en plus importantes. Le capital s'efforce d'augmenter sa puissance pouvant être obtenue par l'association et, par ses efforts de centralisation et d'association toujours croissants, désire atteindre une position de plus en plus puissante ¹.

C'est ainsi qu'on est passé à *l'époque de l'interdépendance et de l'action organisée des forces économiques* agissant originairement les unes contre les autres, époque dans laquelle l'idée de *la protection par l'Etat de l'intérêt public économique et du bien public* se présente comme un nouveau principe régulateur pouvant suppléer, dans l'économie sociale surannée, au rôle conciliateur de la libre concurrence.

Il va sans dire que l'économie ainsi organisée liant plus étroitement l'économie privée et faisant mieux ressortir les intérêts publics de la vie économique, a occasionné toute une série de *lois des libres corporations* ² et de *règles juridiques de l'Etat* qui, par suite de leurs dispositions spéciales appliquées à l'époque changée et de leur nouveau caractère, rendent nécessaire un nouveau groupement, une conception théorique moderne et une utilisation pratique.

Dans cette surabondance des règles juridiques dont la réduction est devenue une tâche sérieuse des politiciens de droit ³, les confins flottants du droit privé, du droit public et du droit administratif d'une part, et du droit civil et du droit commercial d'autre part, se sont encore effacés : *de grandes masses de règles juridiques réglementant les institutions et la circulation de la vie économique et ayant un caractère mixte de droit privé, de droit commercial, de droit public, de droit administratif, de droit fiscal et d'autres branches de droit sont nées*, dont l'insertion, sans réserve, dans le système du droit privé ou parmi les règles du droit commercial, ne serait possible que d'une façon artificielle. Il en résulte que les Etats disposant d'un Code de commerce ou d'un système de droit commercial séparé du droit privé, ne peuvent satisfaire aux exigences de nombreuses

institutions nouvelles et de nombreux phénomènes nouveaux de la vie économique ⁴.

Dans l'économie organisée, c'est la production qui constitue le point de départ de la vie économique, son organe le plus important est l'entreprise avec l'entrepreneur à la tête, et ses principes fondamentaux sont, en dehors de *la protection de l'intérêt public économique, la nécessité de la liberté économique réglementée, des ententes économiques et l'ajustement de l'offre à la demande*. Ce n'est plus uniquement le droit commercial qui est le centre et le régulateur du monde compliqué et varié des entreprises, c'est *la totalité des règles juridiques relatives aux entreprises*, y compris leur constitution, leur fonctionnement, leur pourvoi en crédit et leur disparition, qui leur doit être appliquée. Les règles du droit commercial, tout en ayant perdu leur rôle prédominant ou exclusif dans la réglementation de la vie des entreprises, prennent également place dans la totalité de ces règles juridiques.

Par suite de cette transformation de la vie économique, du déplacement du centre de gravité des règles juridiques, la conception moderne doit constater avec plus de précision *la connexité qui existe entre le droit et la vie économique*, et mieux réaliser les exigences pratiques de la circulation. Il découle de cette conception qu'on doit, conformément au système économique transformé, soumettre les méthodes de recherche et les manières d'examen du droit à une revision et, selon les nécessités, à une modification.

D'ailleurs, l'origine de cette tendance attirant l'attention des juristes vers l'observation des rapports avec la vie économique et la satisfaction aux besoins de celle-ci, est plus ancienne que l'époque de l'économie organisée. Car, le mouvement tendant à ajuster le droit aux exigences de la vie économique était déjà connu et se présentait d'une manière remarquable alors que le droit « économique » n'a pas encore pris naissance.

Selon Szászy-Schwarz, un des plus grands juristes hongrois, le changement dans la science juridique par lequel l'école de la dogmatique classique de Savigny, Puchta, et Windscheid ⁵ ayant pour base les doctrines historiques s'est libérée de l'étau des « spéculations métaphysiques, du réalisme scolastique et de la logique formaliste », et par lequel les derniers représentants de la science des Pandectes, Brinz, Bekker et Ihering, ont engagé leurs disciples au « dégrisement philosophique » et au retour vers les buts pratiques de la science juridique, s'était produit vers l'an soixante-dix du siècle passé.

Ihering, tout en professant le principe de l'exclusivité de l'idée de l'ordre juridique, se détourne de la méthode logique pour appliquer, à sa place, la méthode téléologique lorsqu'il rappelle que « ce n'est pas la vie qui est au service des idées, mais c'est l'idée même qui doit profiter à la vie. » Sans égard aux formules de la logique, ce sont les exigences de la vie, de la circulation et du sentiment de justice

qui doivent être réalisées, fussent-elles même en contradiction avec la logique ⁶.

Toute une armée de novateurs dont le nombre va en croissant, s'élève contre les juristes ayant l'habitude de caser les idées, contre la *Begriffsjurisprudenz* qualifiée par Sohm un héritage de la scolastique du moyen âge ⁷. C'est le « droit des intérêts » et la thèse du « droit libre » que la nouvelle science juridique met en face de la méthode de la dogmatique classique, ne s'occupant que des idées. La nouvelle thèse professant l'appréciation des intérêts affirme que c'est la seule connaissance des rapports de la vie qui puisse garantir la juste application des lois et le développement d'un droit conforme aux intérêts. La fausseté de la doctrine de l'exclusivité de l'ordre juridique étant acquise, l'ancien système de l'invention et de l'établissement des règles juridiques au moyen de la méthode déductive ⁸, doit être abandonné ; au lieu de la cristallisation des formules et des constructions d'idées, ce n'est que la recherche des intérêts qui peut garantir l'indépendance de l'application des lois. Or, le législateur, lui aussi devant satisfaire aux intérêts de la vie, la recherche des intérêts est également indispensable lors de l'établissement du texte des règles juridiques. C'est uniquement la recherche des intérêts qui, vis-à-vis du texte de la loi et des constructions des idées, peut procurer l'entière indépendance au juriste. Il est entendu qu'« intérêts » signifient non seulement les biens matériels, mais aussi les biens idéals et moraux.

M. Heck ⁹, dans un saisissant parallèle, dit que la jurisprudence préoccupée des idées se mouvait dans l'ordre d'idées du système Ptoloméen et considérait la rédaction des définitions juridiques comme le problème central du droit ; par contre, dans la science juridique envisageant les intérêts, le droit, se détrônant lui-même, passa au système de Copernic : *on admit que le droit ne pourrait plus être le centre de la vie, mais que c'est la vie, l'ensemble des intérêts opposés et des rapports d'intérêts qui constituent le point essentiel autour duquel tourne le droit*. Nous adhérons, sans réserve, à l'opinion de Hedemann ¹⁰ selon laquelle l'école indiquée a le mérite de se soucier, lors de l'appréciation des intérêts, en premier lieu du point de vue des intérêts économiques, *des intérêts de tous les intéressés au rapport juridique* devant être jugé, mais de ne pas perdre de vue la nécessité de *l'appréciation de l'intérêt public* aussi.

C'est d'une manière plus vive encore que fut introduite la mentalité économique dans la vie pratique par *l'école du droit libre*, attirant l'attention principalement vers le juge, et voisine de la théorie susvisée. Cette école, ainsi que l'accentue Gnaeus Flavius (Hermann Kantorowicz) dans son ouvrage polémique initial, accorde au juge la liberté de faire abstraction du texte de la loi dans les cas où il ne conduit pas à une solution satisfaisante, où il ne paraît pas vraisemblable que le législateur eût maintenu sa disposition au moment de l'existence des faits constituant le litige. Dans les hypothèses indiquées, le juge doit appliquer à l'espèce la même solution que le

législateur aurait appliquée, ou bien décider selon le droit libre, s'il ne réussit pas à trouver, de cette manière, une solution satisfaisante ¹¹. Ce n'est que dans les espèces non réglementées par la loi que les juges exercent la libre formation des lois ¹², ou, selon la dénomination de Gén^y ¹³, *la libre recherche scientifique* qui se recommande d'une manière égale au législateur lorsqu'il s'agit de combler les lacunes des lois. Gén^y maintient le respect des lois et ne demande que de réduire les exagérations de la méthode constructive logique lorsqu'il préconise dans les hypothèses où la loi n'admet pas de conclusions raisonnables, au lieu de constructions logiques, des solutions basées sur les faits, la nature des choses et sur les idées sociales déterminantes.

Il nous est impossible de continuer ici l'histoire de la course intéressante de l'évolution de l'école jurisprudentielle envisageant les intérêts, et de celle du droit libre : nous avons voulu simplement signaler que *ces nouvelles idées*, paraissant au début par trop hardies, *contribuèrent aussi à la formation de la nouvelle méthode d'examen du droit « économique »*. Elles mirent au clair que le droit et l'économie se présument l'un l'autre et se fertilisent mutuellement ¹⁴. C'est à leur influence qu'est due la revendication de la science juridique, se fortifiant de jour en jour, et estimant *qu'il faut introduire la mentalité économique dans l'application des lois et, en même temps, reprendre le fil reliant notre science avec les phénomènes économiques et sociaux* ¹⁵, *ce qui conduit à tenir compte de la situation économique de la nation et des besoins de l'intérêt public économique* ¹⁶.

La revendication selon laquelle il faut rapprocher la pensée de la vie, car c'est seulement le juriste « se trouvant en plein milieu de la vie » qui est en état de constater clairement les rapports du droit et de la vie des affaires, de la théorie et de la pratique ¹⁷, se répète et s'accroît encore dans les enseignements de Hegel, Stammler ¹⁸, Berolzheimer ¹⁹, Ehrlich, Weber et Flechtheim ²⁰. L'analyse et la création logique basées sur l'exclusivité de l'idée du droit furent remplacées par la compréhension de la vie pratique, de l'expérience, de l'esprit de la vie sociale et économique devant être spécialement réfléchies par le droit privé ²¹. De même que la sociologie et la science de l'économie, le droit, lui aussi, doit être construit sur les faits, et tenir compte des données existantes des circonstances économiques et sociales : les choses doivent être observées au cours de leur évolution. En général, on doit se consacrer au droit vivant et se rajeunissant dans la pratique journalière ²² et on doit contempler l'ordre juridique dans ses rapports avec l'entière évolution économique et civilisatrice ; on ne peut plus s'enfermer, en écartant les faits, dans le système des connexités abstraites des causes finales ²³.

La connexité et l'interdépendance du droit et de l'économie ²⁴, dont la constatation, du reste, du côté de la science économique, remonte jusqu'au précurseur de l'universalisme, Adam Müller ²⁵, furent bien vite reconnues aussi par les remarquables représentants des

sciences hongroises du droit commercial et de l'économie politique. Dans la science de l'économie, ce fut surtout M. Navratil ²⁶, et dans celle du droit commercial ce furent MM. Szászy-Schwarz, Kuncz et Bozóky qui démontrèrent l'interdépendance et les connexités réciproques du droit et de l'économie, indiquant en même temps le point de départ de la recherche et de la méthode d'examen d'une science du droit « économique » hongrois indépendant.

Les opinions sur *la nature du droit « économique »* diffèrent sensiblement. L'une n'y voit qu'un *grand recueil de lois* nécessitant des travaux théoriques, devant être poursuivis méthodiquement, pour qu'il puisse être transformé dans une branche complémentaire de certains domaines de la science juridique ; l'autre le considère, dès maintenant, comme *une science indépendante*. D'autres encore entendent par droit « économique » *une conception unitaire* inspirée de principes spéciaux, une méthode d'examen de l'économie se faisant valoir d'une manière logique et pénétrant le droit entier de la vie des affaires. Enfin, tandis que d'autres y voient, à la fois, *et une branche de la science juridique et une méthode d'examen du droit*, certains, n'admettant aucune des opinions signalées *refusent*, purement et simplement, *une raison d'être* au droit « économique » ²⁷.

A notre avis, *pour donner une définition du droit « économique », il faut réunir les éléments de la théorie objective et de celle qui n'y voit qu'une méthode d'examen*. Combinant ces éléments et nous inspirant des intérêts de l'économie politique, nous entendons par droit « économique » *la récapitulation, opérée méthodiquement sous l'influence de l'esprit économique contemporain, des règles juridiques de la vie économique réglementant notamment la production et le fonctionnement des entreprises*.

Par notre définition, nous avons voulu relever, en premier lieu, que le droit « économique » *ne se réfère pas aux seules affaires de la circulation des biens, du commerce, mais, d'une manière plus systématique et plus logique que ne le fait le droit commercial, embrasse les larges horizons de la vie économique, du monde entier de l'économie*.

Les auteurs des ouvrages systématiques modernes de droit commercial s'efforcent de trouver les raisons pour lesquelles la science conçoit le droit commercial, tour à tour, d'une manière restrictive et d'une manière extensive. Ils examinent les frontières séparant le droit commercial du domaine du droit civil ²⁸ et recherchent les principes motivant l'insertion au droit commercial des règles juridiques se rapportant, en dehors des commerçants et des actes commerciaux, à des affaires commerciales. Ces auteurs, dans leurs développements, analysent, d'une manière détaillée, la situation actuelle où le droit commercial, naguère réduit à un domaine étroit et seulement droit spécial du commerce, s'incorpore la plus grande partie des règles juridiques s'étendant sur la vie économique complexe et *se transforme* avec sa matière qui ne peut être strictement séparée du droit civil, en le droit spécial de toute la vie économique indus-

trielle ²⁹. Ces analyses les conduisent à de multiples points de vue et solutions : examinant les origines des règles juridiques, ils invoquent, spécialement, leur mise en valeur dans le commerce ³⁰, les besoins et l'objet de celui-ci ³¹, les tendances analogues de la vie industrielle des points de vue sociaux, puis ils citent la circulation en masse, l'intermédiaire, le caractère commercial, les efforts dirigés vers les bénéfices, l'organisation du crédit ³², l'utilisation, avec profit ou avec perte, du capital et de la main-d'œuvre ³³, les phénomènes identiques de l'organisation méthodique des affaires et bien d'autres traits communs encore.

On a aussi l'habitude de désigner l'ensemble des rapports juridiques provenant de la circulation des biens, ainsi que leurs problèmes, sous la dénomination de « droit du crédit » ³⁴.

Toutes ces différentes manières de concevoir ne font que justifier la thèse selon laquelle on ne peut plus appliquer la dénomination « droit commercial » au système juridique commercial sans évoquer les précédents historiques et les reliquats du système. La science appelée de nos jours « droit commercial » comprend aussi les règles juridiques de la vie économique dépassant les limites de la circulation commerciale, et tend, en fait, à la réglementation des affaires de toute la vie industrielle et commerciale, de « tout l'empire de l'économie intensive » ³⁵.

En revanche, en face de cette grande envergure de l'accroissement du droit commercial, on peut constater que de nombreux phénomènes modernes de la vie économique n'accusent que peu de liens avec les thèses du système du droit commercial même élargi, et c'est sur le terrain du droit général, plus précisément du droit civil qu'ils cherchent leur solution ³⁶. C'est ainsi que le droit des concentrations économiques, devenu si important de nos jours, tout en appartenant, en partie, au droit commercial, doit, en plus grande partie, être classé dans le droit civil. La matière juridique y relative, encore en formation, n'a que dans très peu d'Etats, et dans ceux-là n'a guère pris qu'au point de vue de l'intérêt public, le caractère d'un système positif ; à défaut de ceci, on doit avoir recours surtout à des constructions du droit civil et à des analogies dont les résultats ne peuvent que fort difficilement être insérés dans le droit commercial d'aujourd'hui. *C'est ainsi que le droit commercial, tout en prétendant à embrasser tous les problèmes juridiques importants de la production et de la circulation, se voit réduit à abandonner en grande partie un de ses plus importants problèmes centraux au droit civil.*

Le « droit économique », étant un système juridique nouveau dont l'objet est d'étudier et de grouper les règles juridiques connexes du fonctionnement organique de la vie économique en les envisageant comme les éléments d'un système juridique indépendant, il n'a plus à se demander si ces règles appartiennent au droit commercial ou au droit civil. *Ce nouveau système juridique ne touche pas au problème du dualisme du droit civil et du droit commercial* considérés tous les deux comme la mine de découverte de

règles juridiques qui sont destinées à être réunies dans un système juridique inspiré par des idées économiques supérieures ³⁷. Ce que le droit « économique », après avoir condamné les classements arbitraires manquant de limitation substantielle et de translucidité du droit commercial, veut c'est faire la tentative de réunir d'une manière logique les règles juridiques ayant rapport aux phénomènes et institutions centrales de la vie économique, c'est-à-dire à l'entreprise ³⁸. Les commercialistes admettent également le fait que le droit commercial contemporain s'étant transformé en droit des entreprises, son domaine ne peut être délimité sans la collaboration de l'économie politique et de l'économie privée ³⁹. Le droit « économique » énonce ouvertement l'abandon du système dogmatique et, en établissant le système des règles juridiques, il s'inspire d'idées économiques.

Le droit « économique » est basé sur la vie économique, prise dans le sens le plus large du mot, dans laquelle c'est la production qui joue le rôle principal que lui a cédé le commerce passé au second rang. Ce sont les entreprises, formations économiques d'intérêt juridique, qui constituent les sujets de la vie économique. Bien que les rapports juridiques de l'entreprise, ordinairement identique avec les fonds de commerce du commerçant, soient traités aussi par le droit commercial ⁴⁰, le droit « économique » tenant compte, en dehors des règles du droit commercial et du droit civil, des exigences juridiques découlant des intérêts publics de l'économie politique, a ce mérite de mettre en lumière l'entreprise à des points de vue multiples et sous un aspect plus étendu. Notre science, dans l'étude juridique des entreprises, tient compte des lois économiques et des règles du droit administratif, fait ressortir également les points de vue juridiques et les aspects politiques de la vie économique, notamment de la production, et, en analysant les forces individuelles des entreprises, s'étend aussi au droit du travail, aux problèmes de rapports juridiques des employés et ouvriers et à l'appréciation logique et principalement imbue d'idées humaines des louages de service. Elle s'assigne ainsi des buts plus éloignés que ceux du droit commercial.

Cependant, la portée du droit « économique » ne consiste pas uniquement dans l'établissement d'un nouveau système, dans la constatation de nouvelles connexités des institutions juridiques et de la vie économique, mais, étant le reflet de l'esprit économique contemporain, il engage en même temps ses représentants, comme nous l'avons déjà dit, à l'application d'une nouvelle méthode d'examen. Cette nouvelle méthode exige, d'une part, l'accentuation plus forte et la reconnaissance augmentée des points de vue de l'économie privée et des efforts d'organisation s'y manifestant autour des tendances de concentration, et, d'autre part, elle établit comme principe devant être appliqué par l'Etat, la mise en vigueur des exigences des intérêts publics de l'économie politique et l'équilibre des lois morales. C'est pourquoi le droit « économique » se consacre d'une manière plus approfondie que le droit commercial à l'étude des règles juridiques,

publiques et administratives, des institutions et phénomènes de la vie économique, en les analysant en rapport avec les règles relatives du droit civil et droit commercial.

Il s'ensuit de ce que nous venons de dire que le droit « économique » forme des droits de l'industrie (production) et du commerce (circulation) dont le système, tout en tenant compte de l'esprit économique contemporain et des exigences des intérêts publics de l'économie politique, est basé sur *l'analyse du fonctionnement de l'entreprise*, institution commune à l'industrie et au commerce. Nous ne saurions suivre ceux qui y rangent aussi le droit de l'agriculture.

De même que la conception du droit « économique », son système se trouve également en cours de formation.

Sans avoir la prétention de vouloir construire, dans le cadre de cette étude, le système du droit « économique », nous estimons que *c'est également l'entreprise, centre de la vie économique, qui y doit constituer le point de départ*. Quant au procédé de la construction de ce système, nous croyons que, tout en tenant compte des règles juridiques de la circulation des marchandises et du crédit, des assurances, et des droits public et administratif, il devrait s'opérer en examinant *l'origine, le fonctionnement, le contrôle des entreprises productrices, les rapports qu'elles entretiennent entre elles et avec d'autres, leurs ententes et leur dissolution*. Seul un plan de ce genre pourrait saisir, à notre avis, tous les problèmes juridiques de la production et des entreprises productrices.

A l'égard du *contenu du droit « économique »*, ainsi que nous l'avons vu, les opinions diffèrent également. Hedemann, se servant d'une analogie empruntée à l'histoire de l'évolution du droit naturel, démontre fort spirituellement que le système de ce droit, dont les parties diverses furent scientifiquement développées à plusieurs reprises, ne naquit pas non plus d'un seul coup. Etant donné que c'est l'esprit contemporain pénétré d'idées économiques qui détermine le contenu du droit « économique », il estime qu'il n'est même pas nécessaire de s'occuper de l'établissement d'un système. Bien que ce soient des matières différentes que les auteurs insèrent dans le droit « économique », on peut déjà constater que ses problèmes centraux se groupent autour des questions juridiques qui sont en rapport avec la *concentration des entreprises*⁴¹. Le droit « économique », étant le droit des entreprises et du fonctionnement économique de leurs concentrations par excellence, tout en ayant égard aux intérêts publics de l'économie politique, contiendra l'ensemble des règles juridiques relatives à la constitution et aux formes des entreprises, à leurs problèmes d'organisation, à leurs opérations de crédit et à leurs usages d'affaires. En conséquence, viendra le moment où le droit « économique » écartera d'une part, toutes les matières hétérogènes, de nature transitoire, que sans appliquer aucun système, on lui avait insérées des différents domaines de droit, et, d'autre part, absorbera, peut-être dans un état ajusté à ses

propres besoins, *l'effectif actuel du droit commercial* ⁴³ ; bien plus, il comprendra encore, étant en rapport avec le fonctionnement économique des entreprises, *le droit du travail*, écarté très souvent, spécialement par les auteurs allemands, à tort, du domaine du droit « économique » ⁴⁴.

Le droit « économique » s'enchaîne dans beaucoup de branches de droit adoptées. Constituant un système juridique qui peut être ramené aux règles juridiques provenues des besoins de la grande guerre et aux règles juridiques spéciales de l'époque d'après-guerre, *il est mêlé de nombreuses règles juridiques du droit public et du droit administratif*. Il existe, même de nos jours, des auteurs traitant le droit « économique » dans le cadre du droit administratif. *La forte accentuation*, à côté des points de vue moraux, *des intérêts publics de l'économie politique et du bien public* plaide également pour le caractère de droit public du droit « économique ». Cependant, ses principes et thèses de droit public et de droit administratif s'étendent aussi sur le domaine du droit civil qui renferme le vrai centre de gravité du droit « économique ». En outre, ainsi que nous l'avons déjà dit, le droit « économique » comprend aussi des règles juridiques mises dans un système par le droit commercial, composé lui-même des lois commerciales et des lois accessoires.

Le droit « économique », que nous le considérons comme une *branche indépendante de la science juridique* ou seulement comme une *méthode moderne de l'examen du droit*, est également important dans le droit interne et le droit international. Dans le droit interne, il facilitera l'appréciation des institutions de la vie économique moderne et de leur fonctionnement organique ; dans le droit international, le droit libre des corporations étant spécialement intéressant, l'analyse et la systématisation de ce droit conduira à la reconnaissance et à l'adoption du droit mondial de la circulation, créé par celle-ci de sa propre force.

¹ GEILER, *Gesellschaftliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts*, 2^e édition, 1922, p. 12.

² WOLFF, *Die Rechtsgrundlagen der internationalen Kartelle*, 1929, p. 40.

³ SCHLEGELBERGER, *Die Rationalisation der Gesetzgebung*, 1928.

⁴ Préface de M. COLIN à l'ouvrage intitulé *Des marchés commerciaux*, de MM. DELEYEN, HOMBURG et CHOTIAU, Paris, Godde, 1928.

⁵ SZÁSZY-SCHWARZ, *Uj irányok a magánjogban* (Nouvelle tendance dans le droit privé), p. 12.

⁶ IHERING, *Geist des römischen Rechts*, III, art. p. 54; SZÁSZY-SCHWARZ, *Uj irányok a magánjogban* (Nouvelle tendance dans le droit privé), pp. 10-107.

⁷ SOHM, *Institutionen* (traduction hongroise), 1899, p. 133.

⁸ HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, pp. 474-475.

⁹ HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, p. 492.

¹⁰ HEDEMANN, *Reichsgericht und Wirtschaftsrecht*, Jena 1929, p. 233.

¹¹ Gnaeus FLAVIUS (KANTOROWICZ), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, p. 41. Cf. la critique de M. Jules MOÓR, *Bevezetés a jogfilozófiába* (Introduction dans la philosophie du droit), 1923, pp. 239 et suiv.

¹² KISS, *Jogalkalmazás* (Application des lois), p. 64.

¹³ GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899.

¹⁴ HACHENBURG, *Wirtschaftliches Ziel und formales Recht*, JW 1929, p. 1729.

¹⁵ WIELAND, *Die historische und die kritische Methode in der Rechtswissenschaft*, 1910 ; HEDEMANN, *Reichsgericht und Wirtschaftsrecht*, 1929, p. 276.

¹⁶ DERNBURG, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 1 vol., p. 16 ; KISS, *Jogalkalmazás* (Application des lois), p. 58.

¹⁷ L'exigence de H. ISAY, *Annäherung zwischen Denken und Leben*. Le juriste doit être « der im Leben stehende Jurist » HAUSMANN, *Grundlegung*, p. 168.

¹⁸ Stammer préconise le monisme de la vie sociale, l'unité de l'ordre juridique et de l'économie. Les phénomènes économiques sont des phénomènes de masse correspondants aux rapports juridiques. *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 5^e éd., 1924.

¹⁹ BEROLZHEIMER professe l'unité de l'économie et du droit. Selon lui, la philosophie du droit privé est la philosophie de la fortune. *System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1904-1907.

²⁰ « Die wirtschaftlichen Momente Anfangs- und Endpunkte aller Rechtsfragen sind. » FLECHTHEIM, *Die rechtliche Organisation der Kartelle*, 1923.

²¹ BLOCH, *Neue Formen und Erscheinungen im Aktienrecht* (St.u.W. 1924, p. 378).

²² WIELAND, *Die historische und die kritische Methode in der Rechtswissenschaft*, 1910 ; GÉNY « Vivre c'est mouvoir et se transformer ».

²³ WESTHOFF, *Das Wirtschaftsrecht, seine philosophischen Grundlagen und seine Deutung als Lehrfach* (ZHR 1927, p. 222) : « Les lois économiques... ont dégagé un aspect nouveau sous lequel le droit doit être envisagé. » BEUDANT, *Le droit individuel et l'Etat*.

²⁴ GOLDSCHMIDT, *Das neue Zeitalter der Organisationswirtschaft*, 1931, p. 2. « L'économie politique est tout près du droit, bien qu'elle soit hors du droit. » RENARD, *Le droit, l'ordre et la raison*, p. 355 : « L'économie politique avec le droit — et c'est une nouvelle affinité — est enfoncée jusqu'au cou dans le terre-à-terre des réalités concrètes et contingentes... » « Séparer ceci et cela, c'est faire violence à la nature des choses, c'est commettre un abus d'abstraction, c'est exaspérer le conceptualisme fort au delà des pires excès des scolastiques de la basse époque. » RENARD, *ibid.*, p. 428.

²⁵ SPANN, *Die Haupttheorien der Volkswirtschaftslehre*, 20^e éd., 1930, p. 98. La connexité du droit et de l'économie dans l'universalisme de SPANN, *ibid.*, p. 155.

²⁶ Dans l'appréciation de la connexité existante entre la vie juridique et l'ordre économique, Navratil tient compte des enseignements de Stammer ; cependant, il s'en écarte à plusieurs égards. Stammer préconise l'unité de l'ordre juridique et de la vie économique, c'est-à-dire leur monisme. Selon l'opinion de Navratil, entre la matière et la forme,

c'est toujours la première qui l'emporte, car c'est la vie économique qui crée les formes dont elle a besoin pour son organisation juridique. Navratil distingue dans la vie économique des « phénomènes élémentaires » à la création desquels l'ordre juridique ne participe point, car ils se présentent indépendamment de l'installation juridique de la société ; par contre, il y a selon lui des « phénomènes économiques complexes secondaires » constitués par l'ordre juridique basé, lui-même, sur la propriété privée. L'élément constitutif des phénomènes économiques complexes est l'installation juridique capitaliste basée sur la propriété privée de nos jours, ici la légalité de la vie juridique agit avant celle de la vie économique. Cf. NAVRATIL : *A gazdasági élet és a jogi rend* (La vie économique et l'ordre juridique. Données à la théorie des phénomènes économiques secondaires). (*Földes Béla-Emlékkönyv* [« Mélanges » Béla Földes], 1905, pp. 143 et suiv.).

²⁷ Voir l'énumération des théories du droit « économique » dans THAL, *Begriff und Wesen der gemeinwirtschaftlichen Rechtsordnung* (*Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Année 1924, p. 317) ; KASKEL, *Gegenstand und systematischer Aufbau des Wirtschaftsrechts als Rechtsdisziplin und Lehrfach* (J. W. 1926, p. 11) ; HEDEMANN, *Reichsgericht und Wirtschaftsrecht*, 1929 ; HOFF, *A gazdasági jog fogalma* (La conception du droit « économique ») (K. J. 1930, p. 93).

²⁸ BOZÓKY, *Magyar kereskedelmi jog* (Droit commercial hongrois), I, 1928, pp. 6-12.

²⁹ PISKO, *Oesterreichisches Handelsrecht*, pp. 3-5.

³⁰ MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht*, 2^e et 3^e éd., Tübingen, 1928, p. 52 ; PERCEROU, *Traité élémentaire*, I, p. 24 ; GIERKE, *Handelsrecht*, 2^e éd., Berlin et Leipzig, 1926, p. 3

³¹ WIELAND, *Handelsrecht* I, München et Leipzig, 1921, p. 1.

³² PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, 8^e éd., I pp. 1-24.

³³ WIELAND, *idem*, p. 16.

³⁴ BOZÓKY, *A hiteljogi törvények jelentősége* (La signification des lois sur le droit du crédit), *Magyar törvények* (Droit hongrois), Ed. Grill I, *A kereskedelmi törvény* (La loi commerciale), Introduction, Budapest, 1929.

³⁵ KUNCZ, *A magyar kereskedelmi és váltójog vázlata* (Esquisse du droit commercial et du droit de la lettre de change hongrois), 2^e édition, 1928, pp. 1-5. L'auteur incline fortement vers la reconnaissance de l'indépendance du droit « économique ». Ouvrage mentionné, pp. 30-40.

³⁶ On ne doit pas confondre ce phénomène avec le procédé appelé « commercialisation du droit privé » signifiant l'application des règles juridiques mûries du droit commercial dans le domaine du droit civil. PISKO, *Oesterreichisches Handelsrecht*, p. 5.

³⁷ WAHL, *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Paris, 1922, pp. 3 et suiv.

³⁸ LOCHER, *Handels- und Wechselrecht* (dans la collection STAMMLER, *Das gesamte deutsche Recht*, 1931, p. 1204).

³⁹ WIELAND, *Handelsrecht* I, p. 9.

⁴⁰ HEINSHEIMER, *Handelsrecht*, 2^e éd., Berlin 1927, p. 21 ; PISKO, *Oesterreichisches Handelsrecht*, pp. 56-58.

⁴¹ GEILER, *Gesellschaftsrechtliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts*, pp. 11 et 61.

⁴² GEILER, *Die wirtschaftrechtliche Methode*, pp. 8-28.

⁴³ Hausmann reproche, à bon droit, qu'on ait écarté du droit économique le droit commercial, les lois sur la propriété industrielle, la concurrence déloyale, la lettre de change et le chèque. *Grundlegung des Rechts der Unternehmungszusammenfassungen*, 1926, p. 18.

⁴⁴ Darmstädter et Nussbaum insèrent le droit du travail dans le droit économique, Kaskel l'en écarte.

CHAPITRE II

The problem of correlating law, economics and ethics

COMMENTS ON GÉNY'S MÉTHODE D'INTERPRÉTATION
ET SOURCES EN DROIT PRIVÉ POSITIF

par John R. COMMONS,
professeur à l'Université de Wisconsin

I. *Economic Activity*

In these latter days physics, chemistry and astronomy have been correlated by the discovery of a *unit of activity* common to all of them. Roughly speaking, the former units in physics had been molecules, the units in chemistry had been atoms, the units in astronomy had been planets and stars. And the "energies" which made these units move were heat, electricity, chemical affinity, gravity. But nowadays the unit common to all of them is a unit of activity, the interaction of electrons and protons. The concept of

Le problème de la coordination du droit, de l'économie et de la morale

REMARQUES SUR LA MÉTHODE D'INTERPRÉTATION ET SOURCES
EN DROIT PRIVÉ POSITIF DE GÉNY

par John. R. COMMONS,
professeur à l'Université de Wisconsin.

Traduit par H. BIAUJEAUD,
Docteur en droit

I. — *L'Activité économique*

La physique, la chimie et l'astronomie ont été, au cours de ces dernières années, unies par la découverte d'une *unité d'activité* commune à elles toutes. Brièvement parlant, les unités de la physique avaient d'abord été les molécules, les unités de la chimie avaient été les atomes, les unités de l'astronomie avaient été les planètes et les étoiles. Et les « énergies » qui mettaient en mouvement ces unités étaient la chaleur, l'électricité, l'affinité chimique, la gravitation. Mais, de nos jours, l'unité commune à toutes ces sciences est une unité d'activité, l'interaction des électrons et des protons. Le concept de l'énergie disparaît. Ce qui est

energy disappears. 400 million million vibrations per second is the color red in the human mind, but it is that many wavelengths in physics, chemistry and astronomy.

This analogy roughly describes the problem of correlating law, economics and ethics. It is the problem of discovering a unit of activity common to them.

In the field of economics the units had been, first, Ricardo's commodities and the individuals who produced commodities, while the "energy" was human labor. Then the units continued to be the same commodities, but the individuals became those who consumed commodities, and, at the hands of Menger and Jevons, the "energy" became the stimuli of wants, depending upon the quantity and kind of the commodity. In either case, by analogy to physical science, these opposing energies of labor and want, magnified into "elasticities of supply and demand", could be physically correlated in terms of tendency towards an equilibrium at Ricardo's "margin of cultivation" or Menger's "marginal utility". This correlation was accomplished by the "neo-classicists", led by Alfred Marshall (1890).

There was no need of a further correlation with law or ethics — in fact these latter were avowedly excluded, because the relations on which the economic units were constructed, were relations between "man and nature" and not between "man and man". One was Ricardo's relation between human labor and the resistance of nature's forces; the other was Menger's relation between the quantity wanted of nature's forces and the quantity available. Neither sta-

rouge pour les yeux humains ne correspond pour la physique, la chimie et l'astronomie qu'à de multiples longueurs d'ondes, à 400 millions de millions de vibrations par seconde.

Cette analogie peint à grands traits le problème de la corrélation du droit, de l'économie et de la morale. C'est le problème de la découverte d'une unité d'activité commune aux trois.

Sur le terrain de l'économie les unités ont été primitivement les marchandises de Ricardo, et les individus qui produisaient les dites marchandises, alors que l'« énergie » était le travail humain. Puis les mêmes marchandises continuèrent d'être les unités, mais les individus devinrent ceux qui consommaient, et, pour Menger et Jevons, l'« énergie » devint l'aiguillon des désirs, fonction de la quantité et de l'espèce de la marchandise. Dans les deux cas, par analogie avec les sciences physiques, ces énergies opposées de travail et de désir, élargies en « élasticités de l'offre et de la demande », pouvaient être physiquement coordonnées pour exprimer une tendance vers un équilibre, à la « limite de culture » de Ricardo ou l'« utilité marginale » de Menger. Cette coordination fut accomplie par les « néo-classiques » conduits par Alfred Marshall (1890).

Il n'était pas nécessaire de créer d'autres liens avec le droit ou la morale — en fait ces derniers furent ouvertement exclus, car, les rapports sur lesquels les unités économiques étaient établies étaient des rapports entre « l'homme et la nature » et non entre « l'homme et l'homme ». L'un, selon Ricardo, le rapport entre le travail humain et la résistance des forces de la nature, l'autre, selon Menger, le rapport entre la quantité désirée et la quantité effective de forces de la nature. Ni le droit,

tute law, nor ethics, nor custom, nor judicial decision had anything to do with either of these relationships.

We know that the historical and ethical schools of economists, led by Schmoller and others ¹, revolved against these doctrines, but these schools, even in their culminating form of the "ideal typus" as proposed by Rickert and Max Weber ², never were able to incorporate into what remained merely descriptions or ideals of historical process the economic principle of scarcity derived from Ricardo and Menger. This, however, can be done if we discover a unit of activity, and if we define "principles" as mere similarities of cause, effect or purpose common to these activities, which, in this case is the principle of scarcity.

The courts of law deal with human activity in its relation, not of man to nature, but of man to man. But they deal with this activity only at a certain point, the point of conflict of interests between plaintiff and defendant. But economic theory, based on relations of man to nature, had no conflict of interests in its units of investigation, since its units were commodities and individuals. These ultimate units produced, in fact, a harmony of interests rather than a conflict of interests. Hence the ultimate unit to be sought in the problem of correlating law, economics and ethics is a unit of conflicting interests.

But this is not enough. The ultimate unit of activity must also be a unit of mutually dependent interests. The relation of man to man is one of interdependence as well as conflict.

ni la morale, ni la coutume, ni les décisions judiciaires n'avaient affaire avec aucun de ces rapports.

On sait que les écoles historiques et éthiques, conduites par Schmoller et autres ¹, se révoltèrent contre ces doctrines ; mais, même dans leur expression la plus élevée du « type idéal » proposée par Rickert et Max Weber ², jamais ces écoles ne purent incorporer le principe économique de la rareté, tiré de Ricardo et de Menger, dans ce qui restait descriptions pures ou idéals de progrès historique. Ceci toutefois pourrait être réalisé, si l'on découvrait une unité d'activité, et si l'on définissait les « principes », dans ce cas le principe de la rareté, comme de simples similitudes de cause, d'effet ou de but communs à toutes ces activités.

Les cours de justice ont affaire avec l'activité humaine, dans les rapports, non pas de l'homme avec la nature, mais de l'homme avec l'homme. Mais elles n'ont affaire avec cette activité que sur un certain point, celui du conflit des intérêts entre demandeur et défendeur. La théorie économique, basée sur les rapports de l'homme avec la nature, n'avait pas de conflits d'intérêts dans ses unités d'investigation, puisque ces unités étaient les marchandises et les individus. Ces unités finales produisaient, en fait, une harmonie plutôt qu'un conflit d'intérêts. Partant, l'unité finale à rechercher dans le problème de la coordination du droit, de l'économie et de la morale est une unité d'intérêts en conflit.

Mais, ce n'est pas suffisant. L'unité d'activité finale doit aussi être une unité d'intérêts mutuellement dépendants. Les rapports de l'homme avec l'homme sont des rapports d'interdépendance aussi bien que de conflit.

But still further, this ultimate unit must be one which not only is continually repeating itself, with variations, but also one whose repetitions are expected by the participants to continue in the future substantially similar to what they are in present and have been in the past. The unit must contain security of expectations.

Thus the ultimate unit of activity which correlates law, economics and ethics must contain in itself the three principles of conflict, dependence and order. This unit is a Transaction.

But when we analyze transactions we find that they resolve themselves into three types, which may be distinguished as Bargaining Transactions, Managerial Transactions and Rationing Transactions. These are functionally interdependent and their interdependence constitutes the whole which, following American usage, we name a Going Concern. A going concern is a joint expectation of beneficial bargaining, managerial and rationing transactions, kept together by "working rules". When the expectations cease then the concern quits going.

This going concern is itself a larger unit, and is analogous to that which in biology is an "organism", or in physics a "mechanism". But its components are not living cells, nor electrons, nor atoms — they are Transactions.

II. *Transactions*

For the sake of abbreviation we shall here anticipate what

En outre, cette unité finale doit être non seulement une unité se répétant continuellement, avec des variations, mais aussi une unité dont les participants attendent la répétition continue dans l'avenir, répétitions semblables en substance à ce qu'elles sont à présent, et à ce qu'elles furent dans le passé. L'unité doit contenir une certaine sécurité d'expectatives.

Ainsi, l'unité d'activité finale qui coordonne le droit, l'économie et la morale, doit contenir en elle les trois principes du conflit, de la dépendance et de la régularité. Cette unité est une transaction.

Quand on analyse les transactions, on constate qu'elles se ramènent à trois types que l'on peut qualifier : transactions de marchés ou de marchandage, transactions de direction et transactions de répartition. Elles sont fonctionnellement interdépendantes, et leur interdépendance constitue un tout appelé, selon l'usage américain, « Going Concern ». Le « Going Concern » c'est l'expectative (ou attente) de transactions conjuguées de marchandage, de direction et de répartition en vue de bénéfices, qui sont tenues en union par des « règles d'exploitation ». Quand cette expectative (ou attente) cesse, le « Concern » perd sa continuité.

Ce « Going Concern » est lui-même une unité plus large, analogue aux « organismes » de la biologie, ou aux « mécanismes » de la physique. Mais ses composantes ne sont ni des cellules vivantes, ni des électrons, ni des atomes — ce sont des transactions.

II. — *Les Transactions.*

Nous allons, dans un but de brièveté, anticiper ici sur ce qui suit,

follows by setting up a formula of a bargaining transaction, and shall distinguish it from managerial and rationing transactions. By a study of the theories of economists, in the light of decisions of courts, the bargaining unit is found to consist of four parties, two buyers and two sellers, all of whom are treated legally as *equals*. The resulting formula may be pictured in terms of the price offers made by the participants, as follows :

Formula of Bargaining Transaction — Legal Equals

B \$ 100	B ¹ \$ 90
S \$ 110	S ¹ \$ 120

The competing buyers offer to pay \$ 100 and \$ 90 ; the competing sellers offer to accept \$ 100 and \$ 120.

But managerial and rationing transactions are, in law and economics, the relation of a superior to an inferior. In the managerial transaction the superior is an individual, or a hierarchy of superiors, giving orders which the inferior must obey, like the relations of foreman to worker or sheriff to citizen. But in the rationing transaction the superior is a collective superior, like a board of directors of a corporation, or a legislature, or a communist or fascist government, or a cartel, which pro-rates among inferiors the burdens and benefits of the concern. The formula of a managerial or rationing transaction is therefore the picture of a relation between *two* parties instead of four, as follows :

en donnant une formule de transaction d'affaire, et nous la distinguerons des transactions de direction et de répartition. L'étude des théories économiques, à la lumière des décisions judiciaires, montre que l'unité de marché ou de marchandage est faite de quatre parties, deux acheteurs et deux vendeurs, qui sont juridiquement traités comme des égaux. La formule qui en résulte peut être traduite par l'expression des prix offerts par les parties de la façon suivante :

Formule d'une Transaction d'Affaire — Egaux en Droit.

A \$ 100	A ¹ \$ 90
V \$ 110	V ¹ \$ 120

Les acheteurs concurrents offrent de payer \$ 100 et \$ 90 ; les vendeurs concurrents offrent d'accepter \$ 110 et \$ 120.

Par contre, les transactions de direction et de répartition sont, dans le droit et l'économie, un rapport de supérieur à inférieur. Dans la transaction de direction le supérieur est un individu, ou une hiérarchie de supérieurs, qui donnent des ordres auxquels l'inférieur doit obéir : tels sont les rapports du contremaître à l'ouvrier, ou du shérif au citoyen.

Dans la transaction de répartition, le supérieur est un supérieur collectif, comme le conseil de direction d'une société, ou une législature, ou un gouvernement communiste ou fasciste, ou un cartel, qui répartissent entre les inférieurs les charges et les bénéfices de l'affaire. La formule des transactions de direction ou de répartition illustre par conséquent les rapports existant entre *deux* au lieu de quatre parties, de la façon suivante :

Managerial and Rationing Transactions

Legal Superior

Legal Inferior

It is first necessary to distinguish the double and even treble meanings of the word Exchange, as used by the early economists, which served to conceal both the marketing process of bargaining from the labor process of managing, and the legal from the economic process. The concept of exchange had its historical origin from the pre-capitalistic period of markets and fairs. The merchant then was a peddler who carried his goods or coins to market and physically exchanged them with other merchants. Yet he really combined in himself two activities entirely different, not distinguished by the economists, the labor activity of physical delivery, and the legal activity of alienation of ownership. One was physical delivery of physical control over commodities or money, the other was legal delivery of legal control. The one was an Exchange, the other a Transaction.

The difference is fundamental and was not incorporated in economic theory. The individual does not transfer ownership. Only the state, by means of the courts, transfers ownership by reading intentions, if the court deems them desirable, into the minds of participants to a transaction. The two kinds of transfer have been separated in capitalistic industry. Legal control is transferred at the

Transactions de Direction ou de Répartition.

Supérieur légal

Inférieur légal

Il convient d'abord de distinguer entre les deux et même les trois significations du mot Echange, tel qu'il fut employé par les premiers économistes ; il servait alors à cacher à la fois, d'une part l'opération de mise sur le marché du marchandage sous l'opération du travail de la direction, et d'autre part l'opération juridique sous l'opération économique. Le concept de l'échange tire son origine de l'époque pré-capitaliste des marchés et des foires. Le marchand était alors un colporteur qui apportait au marché ses marchandises ou de l'argent, et qui les échangeait physiquement avec d'autres marchands. Cependant il combinait réellement en lui-même deux activités totalement différentes que ne distinguaient pas les économistes, l'activité de travail de la livraison physique, et l'activité juridique de l'aliénation de propriété. L'une était la remise physique du contrôle physique sur les marchandises ou l'argent, l'autre était la remise juridique du contrôle juridique. L'une était un échange, l'autre une transaction.

Cette différence, qui est fondamentale, n'a pas été incorporée dans la théorie économique. L'individu ne transfère pas la propriété. L'état seul transfère la propriété, par l'intermédiaire des tribunaux qui recherchent les intentions des parties à une transaction et les appliquent quand elles les estiment raisonnables. Les deux sortes de transferts ont été séparés dans l'activité capitaliste. Le contrôle juridique est transféré dans les centres du capitalisme, comme New-York, Londres ou Paris ;

centers of capitalism like New York, London, or Paris, but physical control is transferred at the ends of the earth by laborers acting under the orders of those who have legal control. The transfer of legal control is the outcome of a Bargaining Transaction. The transportation of commodities and the delivery of physical control is a labor process of adding "place utility" to a commodity.

This labor process we distinguish as a Managerial Transaction. The individualistic economists necessarily read into this meaning of Exchange the mutual grant of considerations, but this was treated subjectively as a pleasure-pain choice between commodities, whereas, from the legal bargaining standpoint, it is the behavioristic negotiations of persuasion or coercion between persons deemed to be equal and free, which terminate in reciprocal transfers of legal control of commodities and money.

It was the latter meaning of an Exchange which the common-law judges of England, in the Sixteenth Century, recognized in their decisions of disputes between conflicting merchants, by taking over the bargaining customs of merchants on the markets and deciding disputes in conformity with those customs, in so far as approved. Some of these customs, when taken over by the courts, become, in Anglo-American law, known as the doctrines of *assumpsit* and *quantum meruit*.

Broadly interpreted these doctrines read as follows : Let it be assumed, in the ordinary course of trade, according to the custom of merchants, that, when a person had acquired a commodity or

mais le contrôle physique est transféré sur tous les points du globe, par les travailleurs qui agissent sous les ordres de ceux qui ont le contrôle juridique. Le transfert du contrôle juridique est la conséquence de la transaction de marché ou de marchandage. Le transport des marchandises et la transmission du contrôle physique est une opération de travail consistant à ajouter l'« utilité de lieu » à une marchandise.

Nous qualifierons cette opération de travail de transaction de direction. Les économistes individualistes voyaient nécessairement dans cette acception de l'échange un octroi mutuel de compensations, mais, subjectivement, ce fut traité comme un choix hédonistique entre les marchandises, au lieu que, du point de vue du marchandage juridique, ce sont les négociations préliminaires de persuasion et de coercition, passées entre des personnes considérées comme égales et libres, qui se terminent en transfert respectif du contrôle juridique des marchandises et de l'argent.

Les juges anglais de « droit commun » du xvi^e siècle reconnurent cette dernière acception de l'échange, dans les décisions prises sur les contestations des marchands en conflits, en admettant les coutumes des opérations des marchands sur les marchés, et, dans la mesure où elles étaient approuvées, en jugeant les conflits d'après ces coutumes. Certaines d'entre elles, une fois admises par les tribunaux, deviennent, dans le droit anglo-américain, les doctrines de l'*assumpsit* et du *quantum meruit*.

Ces doctrines largement interprétées se formulent ainsi : On supposait dans les conditions normales du commerce et selon la coutume des marchands, que, lorsqu'une personne avait acquis une marchandise

money from another person, he did not intend robbery or theft or deceit, but took upon himself the responsibility to pay for it, or to deliver a commodity or service in exchange (*implied assumpsit*)³; and further, he did not intend, by economic coercion or physical duress, to overcome the will of the other person as to the terms of the transfer of ownership, but intended to pay or perform what was fair or reasonable (*quantum meruit*).

This assumption of intention to accept responsibility was necessary because the courts were called upon, in case of disputes, to create a legal duty by enforcing obedience of payment or performance implied in the negotiations. And this applied not only to deferred performance or payment, but also to immediate performance or payment for cash. It is these negotiations and alienation of legal control in consideration of payment or performance that we name a Bargaining Transaction, leaving the physical "exchange" to the labor process of physical delivery, enforced by the law of managerial transactions, if necessary⁴.

Henceforth the courts, by making assumptions as to what was going on in the minds of participants, constructed an ethical standard of the "willing buyer and willing seller", which has been the standard set up for the decision of disputes arising from bargaining transactions, whether commodity bargains on the produce markets, wage bargains on the labor markets, stock and bond bargains on the stock exchange, interest bargains on the money markets, or rent and land bargains on the real estate markets. In

ou de l'argent d'une autre personne, elle n'avait pas l'intention de voler, dérober ou tromper, mais prenait la responsabilité de payer ou de délivrer une marchandise ou un service en échange (*assumpsit tacite*)³; et qu'en outre, elle n'avait point l'intention de surprendre par une contrainte économique ou une violence physique la volonté de l'autre personne quant aux conditions du transfert de la propriété, mais avait l'intention de payer ou d'accomplir ce qui était juste et raisonnable (*quantum meruit*).

Il était nécessaire de supposer cette intention d'accepter une responsabilité, parce que les tribunaux étaient appelés, en cas de litige, à créer une obligation juridique en contraignant à accomplir le paiement ou la prestation *qu'impliquent les négociations*. Et ceci ne s'appliquait pas seulement à la prestation ou au paiement différés, mais aussi à la prestation immédiate et au paiement immédiat en argent. Ce sont ces négociations et l'aliénation du contrôle juridique en considération du paiement ou de la prestation que nous appelons transaction de marché, en les distinguant de l'« échange » physique produit par un travail de délivrance physique, sanctionné par le droit des transactions de direction, le cas échéant⁴.

Désormais les cours, en présumant ce qu'était l'intention des parties, construisirent un type éthique de l'« acheteur et du vendeur consentants », type invoqué dans la solution des conflits nés des transactions de marchandage, soit de marchandages de marchandises sur le marché des produits, soit de marchandages de salaires sur le marché du travail, soit de marchandages d'actions et d'obligations dans les bourses des valeurs, soit de marchandages de rentes foncières ou de terrains sur

all of these bargains the theory of *assumpsit* and *quantum meruit* has had an explicit or implied influence.

How, then, shall the economist construct a unit of activity, the bargaining transaction, which shall fit this evolution of the common law, derived, as it is, from thousands of decisions of courts? We have already constructed the formula as above. The bargaining consists of four parties, two buyers and two sellers, each, however, governed by the past and expected decisions of the courts in case of dispute, if a conflict of interests reaches to that crisis. Out of a universal formula which may thus be mentally constructed so as to include these four participants acting in line with customs approved in legal decisions, may be derived four economic and legal relations between man and man, so intimately bound together that a change in one of them will change the magnitudes of one or more of the other three. They are the issues derived from a fourfold conflict of interests latent in every bargaining transaction, and the decisions of the American courts on economic disputes are readily classified in these four directions. Each decision has for its object the establishment of a working rule as a precedent which shall bring mutuality and order out of the conflict of interests.

1. The first issue is, Equal and Unequal Opportunity, which is the legal doctrine of Reasonable and Unreasonable Discrimination. Each buyer is choosing between the best two sellers, and each seller is choosing between the best two buyers. If a seller, for example a railroad company or telegraph company, charges a higher price to one buyer and a lower price to that buyer's competitor, for exactly

le marché des Liens immobiliers. La théorie de l'*assumpsit* et du *quantum meruit* a eu une influence expresse ou tacite sur tous ces marchés.

Comment, alors, l'économiste pourra-t-il construire une unité d'activité, la transaction de marchandage s'adaptant à cette évolution du droit commun, dérivée des milliers de décisions des cours? Nous avons déjà construit la formule plus haut. Le marchandage comprend quatre parties, deux acheteurs et deux vendeurs, chacun d'eux étant d'ailleurs gouverné par les décisions des tribunaux, passées ou prévues sur le cas litigieux, si quelque conflit d'intérêts survient en cette occurrence. De cette formule, qu'on a pu ainsi construire mentalement de façon à y comprendre ces quatre parties, agissant selon la coutume approuvée par les décisions légales, on peut dériver quatre rapports économiques et juridiques d'homme à homme, si intimement liés entre eux qu'un changement survenant en l'un d'eux modifiera l'importance d'un ou de plusieurs des trois autres. Ce sont les résultats dérivés du quadruple conflit d'intérêts latent dans toute transaction de marchandage, et l'on peut aisément classer sous ces quatre rubriques les décisions des tribunaux américains statuant sur les contestations économiques. Chaque décision a pour objet d'établir une règle de fonctionnement, comme précédent qui devra apporter la réciprocité et l'ordre dans les intérêts contraires.

1. Le premier point est la chance égale et inégale, qui est la doctrine juridique des distinctions raisonnables ou déraisonnables. Chaque acheteur choisit le meilleur entre les deux vendeurs et chaque vendeur choisit le meilleur entre les deux acheteurs. Si un vendeur, une com-

similar service, then the first buyer, under modern conditions of narrow margins of profit, is unreasonably discriminated against, and eventually is bankrupted. But if there is good ground for the discrimination, such as a difference in quantity, cost, or quality, then the discrimination is reasonable and therefore lawful ⁵.

2. Another issue, inseparable from the first, is that of Fair and Unfair Competition. The two buyers are competitors and the two sellers are competitors, and the decisions on unfair competition have built up, during 300 years, the modern asset of good will, the biggest asset of modern business.

3. The third issue, inseparable from the other two, is that of Reasonable and Unreasonable Price. One of the two buyers will buy from one of the two sellers. The price will depend on the three economic conditions, Opportunity for Choice, Competition of buyer with buyer and seller with seller, and Equality or Inequality of bargaining power between the actual buyer and the actual seller, who are nevertheless equals in law. This reasonable price is constructed, in the mind of the court, on the three assumptions of Equal Opportunity, Fair Competition and Equality of Bargaining Power.

4. Finally, in the American decisions is the dominant issue of Due Process of Law. The Supreme Court of the United States has

pagnie de chemin de fer ou de télégraphe par exemple, demande un plus grand prix à un acheteur qu'à son concurrent pour le même service exactement, une distinction injuste, dans les conditions modernes où les marges de profits sont très étroites, il y a là une différence de traitement déraisonnable à l'encontre du premier acheteur qui de ce fait peut se trouver ruiné. Mais, si quelque bonne raison justifie la différence de traitement, telle qu'une différence dans la quantité, le coût ou qualité, la distinction devient alors raisonnable et par conséquent légale.

2. La concurrence loyale ou déloyale est un autre point inséparable du premier. Les deux acheteurs sont concurrents et les deux vendeurs sont concurrents, et les décisions sur la concurrence déloyale ont, pendant 300 ans, construit l'assise moderne de la clientèle, le plus important actif du fonds de commerce ou de l'affaire moderne.

3. Le prix raisonnable ou déraisonnable est le troisième point, inséparable des deux autres. Un des deux acheteurs achètera à l'un des deux vendeurs. Le prix dépendra des trois conditions économiques : possibilités de choix, concurrence entre les vendeurs et entre les acheteurs, et égalité ou inégalité du pouvoir de marchander entre l'acheteur et le vendeur effectifs, qui sont néanmoins égaux en droit. Ce prix raisonnable est construit, dans l'esprit de la cour, sur les trois bases des chances égales, de la concurrence loyale et de l'égalité du pouvoir de marchander.

4. Enfin, on trouve dans les décisions américaines le point dominant des voies légitimes du droit. (*Due process of law* *.) La Cour

* Toute tentative pour donner une traduction — et surtout une traduction littérale des mots « due process of law » ne pourrait avoir d'autre résultat que d'en masquer la signification. Ils sont empruntés à deux textes de la Constitution fédérale américaine, qui défendent l'un — le cinquième amendement — au gouvernement fédéral, l'autre — le quatorzième — aux divers Etats, de priver une personne de sa vie, liberté ou propriété sans « due process of law ». Ils désignent le principal instrument du contrôle exercé par le

authority to overrule state legislatures, the Federal Congress, and all executives in all cases where they deprive individuals or corporations of property or liberty "without due process of law". If a state legislature or the Federal Congress, or a lower court, or an executive deprives either of the four participants in a transaction of either his free choice of opportunities, or his liberty of competition, or his bargaining power in fixing a price, that act of deprivation is a "taking" of both his property and his liberty, and, if the deprivation can not be justified to the satisfaction of the Supreme Court, then it is a deprivation of property and liberty *without* due process of law, and is therefore unconstitutional and void, and will be enjoined⁶.

Thus, if the formula of a bargaining transaction is properly constructed in the minds of both the economists and the lawyers, with its four participants and the Supreme Court, just as the formula of the atom or star has been reconstructed in physics, chemistry and astronomy with its protons, electrons and radio-activity, so also a *unit of activity* is constructed common to both law and economics, and even social ethics.

suprême des Etats-Unis a le pouvoir de contrôler les législatures d'Etats, le Congrès Fédéral et toutes les autorités exécutives dans tous les cas où ils privent les individus ou les personnes morales de leur propriété ou de leur liberté *sans due process of law*. Si une législature des Etats, ou le Congrès Fédéral, ou un tribunal inférieur, ou une autorité exécutive prive l'une des quatre parties à la transaction soit de ses facultés de libre choix, soit de sa liberté de concurrence, soit de son pouvoir de marchander en fixant un prix, cet acte privatif est une « prise » à la fois de sa propriété et de sa liberté, et s'il n'est pas justifiée par des motifs qui paraissent suffisants à la Cour suprême, c'est alors une privation de propriété et de liberté « *sans les voies légitimes de droit* », elle est par conséquent inconstitutionnelle et nulle et elle sera interdite⁶.

Ainsi, si les économistes comme les juristes comprennent comme il convient la formule d'une transaction de marchandage, avec ses quatre participants et avec la Cour suprême, de même que la physique, la chimie et l'astronomie ont reconstruit la formule des atomes avec ses protons, ses électrons et la radioactivité, de même aussi on a construit une *unité d'activité* commune au droit comme à l'économie et même à la morale sociale.

pouvoir judiciaire sur la constitutionnalité des actes administratifs et des lois pour la protection des droits individuels des particuliers. La notion fondamentale de la jurisprudence constitutionnelle américaine, à laquelle ils servent d'étiquette, ne comporte point, elle-même de définition précise. Car la Cour suprême des Etats-Unis n'a jamais cessé de lui maintenir l'élasticité prévue dans le *Dictum* émis au nom de cette Cour par le juge Day : « Que faut-il entendre par « *due process of law* » ? Cette Cour a eu de fréquentes occasions de l'examiner, et elle a toujours refusé de donner une signification précise, préférant en laisser le champ d'application à la décision judiciaire à mesure que surgissent les procès. » Le lecteur de langue française pourra trouver une vue rapide de ce que représente ce chapitre le plus touffu, le plus mobile, et le plus original de la jurisprudence constitutionnelle américaine au travers du livre ancien de E. Lambert, *Gouvernement des juges*, et de deux excellentes thèses de doctorat, de date relativement récente, publiées l'une et l'autre à la Librairie Sirey : Henri Galland, *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis*, 1932, et Roger Pinto, *Des juges qui ne gouvernent pas* 1934.

But there are two other but inseparable units of activity, the Managerial and Rationing Transactions, each having its legal and economic equivalents.

A managerial transaction grows out of a relation between two persons instead of four. One is a legal superior who has legal right to issue commands. The other is a legal inferior who, while the relation lasts, is bound by the legal duty of obedience. It is the relation of foreman and worker, sheriff and citizen, manager and managed.

Finally, Rationing Transactions differ from the other two in that they are the negotiations of reaching an agreement among several participants who have authority to apportion the benefits and burdens to members of a joint enterprise. The simplest case is a partnership transaction as to sharing the burdens and benefits of a joint enterprise. A little more complex is the activity of a board of directors of a corporation in making up its budget for the ensuing year. Quite similar is the activity of members of a legislature in apportioning taxes and agreeing on a protective tariff, known as "log-rolling" in America. The so-called "collective bargaining", or "trade agreement", is a rationing transaction between an association of employers and an association of employees, or between any association of buyers and an association of sellers. Dictatorship and all associations for control of output,

Mais il y a encore deux autres types de transactions ou d'unités d'activité, qui peuvent être nommées transactions de direction et de répartition.

La transaction de direction provient d'un rapport entre deux personnes au lieu de quatre. L'une est au regard du droit un supérieur, qui a un pouvoir légal de donner des ordres. L'autre est juridiquement un inférieur qui, tant que le rapport dure, est lié par un devoir légal d'obéissance. Tels sont les rapports du contremaître à l'ouvrier, du shériff au citoyen, du directeur au dirigé.

Enfin, les transactions de répartition diffèrent des deux autres en ce qu'elles sont des négociations entreprises pour établir un accord entre plusieurs participants, qui ont le pouvoir de répartir les bénéfices et les charges d'une entreprise conjointe entre ses membres. Le cas le plus simple est la transaction que constitue la société en nom collectif (*Partnership*) pour le partage des charges et des bénéfices d'une entreprise en commun. Un peu plus compliquée est l'activité du comité de direction d'une société ou compagnie dotée de la personnalité civile, dont il établit le budget pour l'année à venir. Tout à fait semblable est l'activité des membres d'une législature, en répartissant les impôts ou s'entendant sur un tarif protecteur, à laquelle on donne en Amérique le nom de *log-rolling* *. Les « conventions collectives de travail » et les « ententes industrielles » sont des transactions de répartition entre une association d'employeurs et une association d'employés, ou entre une

* Le « Log-rolling » est cette forme de marchandage entre membres d'une même assemblée législative qui consiste pour les défenseurs d'un projet de loi à s'engager à soutenir et voter des projets présentés ou soutenus par des collègues pour obtenir leur adhésion au projet qu'ils tiennent à faire passer.

like cartels, are a serie of rationing transactions. A judicial decision is a rationing by the Court of a certain quantity of the national wealth to one person by taking it forcibly from another person. In these cases there is no bargaining, for that would be bribery, and no managing which is left to subordinate executives. There is simply that which is sometimes named "policy-shaping", but which, when reduced to economic quantities, is the rationing of wealth or purchasing power, not by parties deemed equal, but by an authority superior to them in law or custom.

These three units of activity exhaust all the activities of the science of economics. Bargaining transactions transfer wealth by voluntary agreement between legal equals. Managerial transactions create wealth by commands of legal superiors. Rationing transactions apportion it by agreements between legal superiors. Since they are units of *social* activity they are legal and ethical as well as economic.

I take it that the Fascist philosophy of Othmar Spann (*Fundament der Volkswirtschaft*, 1923) and the Communist philosophy of Karl Marx are based solely on Managerial and Rationing Transactions, for I find in their theories no analysis of bargaining transactions as these have been developed by economists or by the common law decisions. Managerial and rationing transactions are based on Command and Obedience between those who are legally

association d'acheteurs et une association de vendeurs. Les dictatures et les associations pour le contrôle de la production, comme les cartels, sont des transactions de répartition. Une décision judiciaire est la répartition par la Cour à une personne d'une certaine quantité de la richesse nationale, qui est nécessairement prise à une autre personne. Il n'y a, dans ces cas, pas de transaction de marchandage, car ce serait de la corruption, et aucun acte de direction n'est confié à des agents d'exécution subordonnés. Il n'y a que ce que l'on appelle parfois « aménagement politique », mais qui, réduit aux quantités économiques, n'est que la répartition de la richesse ou du pouvoir d'achat, non par des parties considérées comme égales, mais par une autorité qui leur est juridiquement supérieure.

Ces trois unités d'activité épuisent toutes les activités de la science économique. Les transactions d'affaire transfèrent la richesse au moyen d'accords volontaires entre des égaux en droit. Les transactions de direction créent la richesse au moyen des ordres de supérieurs en droit. Les transactions de répartition la distribuent au moyen d'accords entre les supérieurs en droit. Et puisque ce sont les unités d'activité *sociale*, elles sont juridiques et morales en même temps qu'économiques.

J'en déduis que la philosophie fasciste de Othmar Spann (*Fundament der Volkswirtschaft*, 1923) et la philosophie communiste de Karl Marx ne sont basées uniquement que sur des transactions de direction et de répartition, car on ne trouve, dans leurs théories, aucune analyse des transactions de marchandage telles qu'elles furent développées par les économistes ou par les décisions de droit commun. Les transactions de direction et de répartition sont basées sur le commandement et l'obéissance entre des individus qui sont juridiquement supérieurs et inférieurs, et elles conduisent à la philosophie sociale de la dictature. Les transac

Superior and Inferior, and they lead to a social philosophy of Dictatorship. Bargaining transactions are based on persuasion or coercion between those are legally Equal, depending economically upon opportunity, competition and bargaining power, and they lead to a social philosophy of Liberty.

III. *Custom*

The term Custom has a sociological and a legal meaning. Sociologically it is the control over individual action enforced by collective moral or economic sanctions. Legally it is the added control exercised by the courts in their use of physical sanctions, according to the method of deciding disputes. A precise definition of Custom is far more important in American jurisprudence than it is in continental or even in British jurisprudence, on account of the American Federal System of government. With forty-eight states and a federal Congress enacting laws, and with the conflicting fields of the federal and state laws vaguely outlined by the federal constitution, the Supreme Court becomes the final authority which determines uniformity of law throughout the nation. The court therefore necessarily looks to something superior to all legislatures as its standard of uniformity, and this something may be broadly described as Custom. Even the Constitution itself, the supreme law, is interpreted according to the changing customs of business and industry, with their moral sanctions of collective opinion and their

tions de marchandage sont basées sur la persuasion ou la coercition entre des individus qui sont juridiquement égaux, dépendant économiquement de l'opportunité, de la concurrence et du pouvoir de marchander, et elles conduisent à une philosophie sociale de liberté.

III. — *La Coutume.*

Le terme coutume a un sens sociologiques et un sens juridique. Sociologiquement, c'est un contrôle exercé sur l'activité individuelle, et qui est appuyé par des sanctions collectives, économiques ou morales. Juridiquement, c'est le contrôle supplémentaire exercé par les tribunaux recourant aux sanctions physiques, selon la méthode employée pour résoudre les conflits. Une définition exacte de la coutume est beaucoup plus importante dans la jurisprudence américaine, que dans la jurisprudence continentale ou même britannique, en raison du système fédéral américain de gouvernement. Avec quarante-huit états et un Congrès Fédéral pour faire les lois, et en présence du vague avec lequel la constitution fédérale indique les champs respectifs de compétence des lois fédérales et des lois d'état, la Cour suprême devient l'autorité ultime qui assure l'uniformité du droit dans tout le pays. C'est pourquoi la Cour recherche nécessairement quelque chose de supérieur à toutes les législatures, comme un principe d'uniformité, et l'on peut définir très largement ce quelque chose sous le nom de coutume. La constitution elle-même, la loi suprême, est interprétée en accord avec les coutumes variables des affaires et de l'industrie, et avec leurs sanctions morales d'opinion publique, ainsi que leurs sanctions économiques de profits ou

economic sanctions of profit or loss. Custom is converted into a new common law — common for all the states — by the decisions of disputes as they arise. Each decision is a precedent which may be followed or distinguished in what are deemed to be similar or dissimilar cases.

It is this doctrine of precedent, based on Custom, that gives unique character to the Supreme Court of the United States as the supreme law-making body. An examination of the writings of continental jurists, who follow what Géný calls the "traditional method", reveals to an American a curious difficulty on their part in getting away from the dominance of codes and acts of the legislature. Those writers seem to be apologetic if they introduce custom, or usage, or Géný's "free decision", or "free scientific research", as a source of law. But these variations from statutes and codes give little or no trouble to the Supreme Court of the United States. Statutes are declared void as conflicting with the Constitution of the United States whenever they take property or liberty *without* what the Court declares to be due process of law. Even if not declared void they are so construed as to fit the court's changeable meanings of property, liberty, person and due process in the particular dispute at issue. In some cases dissenting justices have quite accurately named this a "nullification" of the statute, or "judicial usurpation", or "veto".

Then these meanings themselves are avowedly changed from time to time by the gradual process of "exclusion and inclusion",

de pertes. La coutume est transformée en un « droit commun » nouveau, — droit commun à tous les états —, par les décisions intervenues dans les litiges soulevés. Chaque décision est un précédent qui pourra être suivi ou écarté par la voie des distinctions (*distinguishing*), selon que les cas nouveaux auront été jugés semblables ou différents.

C'est cette doctrine du précédent, basé sur la coutume qui donne à la Cour suprême des Etats-Unis un caractère unique, comme tribunal suprême créateur de droit. L'étude des œuvres des juristes du continent, qui suivent ce que Géný appelle la « méthode traditionnelle » montre qu'ils éprouvent une difficulté curieuse, pour un Américain, à se soustraire à l'autorité des codes et des textes législatifs. Ces auteurs semblent faire œuvre d'apologistes lorsqu'ils introduisent la coutume, ou l'usage, ou la « libre décision », ou la « libre recherche scientifique » de Géný, parmi les sources du droit. Mais, ces déviations apportées aux statuts ou aux codes embarrassent peu, ou pas, la Cour suprême des Etats-Unis. Toutes les fois qu'ils saisissent la propriété ou la liberté *sans* observer ce que la Cour déclare être voies légitimes de droit (*due process of law*), les statuts sont déclarés nuls, comme contraires à la constitution des Etats Unis. Et même quand ils ne sont pas déclarés nuls, ils sont interprétés suivant les conceptions changeantes des termes propriété, liberté, personne et *due process*, que la Cour se fait dans le litige particulier en question. C'est ce que des juges dissidents ont, dans certains cas, fort exactement appelé une « annulation » du statut, ou une « usurpation judiciaire », ou un « veto ».

Ainsi, ces significations des mots en question sont elles-mêmes ouvertement transformées, de temps à autres, au moyen du procédé gra-

so that, as above stated, the Constitution is itself amended in course of time by merely changing the meanings of the economic and juridical terms, property, liberty, person and due process of law. Since there is no appeal from the Supreme Court, except by the extreme process of constitutional amendment, which requires a two-thirds vote of the States, or by civil war such as that of 1861 which freed the slaves, it follows that the courts are continually making and remaking the law by the judicial process of deciding disputes. This, for Anglo-Americans, is the common-law method of making law, but in America it reaches a height of authority unknown elsewhere because the Supreme Court is the final authority, superior to legislatures, states and executives wherever a difference is asserted by the Court itself between its meanings given to words and the meanings given elsewhere. Since it is the economic customs and precedents from which the court's interpretations are derived, it follows that the common-law method of making law by deciding disputes is itself what we may designate an actual correlation of law and economics ⁷.

It will be seen from the foregoing how urgent it is in the United States, more than it is in other countries, to develop fundamental theories of the correlation of economics and jurisprudence. The state and federal Supreme Courts are final authorities on acts of legislatures in all regulations of property, liberty and persons under the "due process" clauses of their constitutions. The issue usually arises in a suit brought by a citizen or corporation ("going con-

duel de « l'exclusion et de l'inclusion » de sorte que, comme on l'a établi plus haut, la constitution elle-même se trouve amendée, avec le temps, par de simples changements dans la signification des termes économiques et juridiques : propriété, liberté, personnes et voies légitimes de droit. Puisqu'il n'y a pas d'appel contre la Cour suprême, sauf par le procédé extrême de l'amendement constitutionnel qui exige le vote des trois quarts des Etats, ou par la guerre civile, comme celle de 1861 qui libéra les esclaves, il s'en suit que la Cour fait et refait constamment le droit, par la voie judiciaire de la décision des procès. C'est là, pour les Anglo-Américains, la méthode de « droit commun » de création du droit, mais, en Amérique, son autorité atteint une transcendance inconnue ailleurs, parce que la Cour suprême est l'autorité ultime, supérieure aux législatures, aux Etats et aux agents exécutifs toutes les fois qu'elle-même relève une différence entre le sens qu'elle a donné aux mots et celui qui leur est donné ailleurs. Comme les interprétations de la Cour sont tirées des coutumes et des précédents économiques, il s'en suit que cette méthode de « droit commun » de création du droit au moyen des décisions est elle-même ce que l'on peut appeler un lien de corrélation effectif du droit et de l'économie ⁷.

On voit par ce qui précède, combien il est urgent aux Etats-Unis, plus que dans les autres pays, de développer les théories fondamentales de la coordination de l'économie et de la jurisprudence. Les Cours suprêmes des Etats et la Cour suprême fédérale sont les autorités ultimes et l'emportent sur les actes législatifs dans la réglementation de la propriété, de la liberté et des personnes en vertu des clauses de « voies légitimes de droit » (*due process*) de leurs constitutions. La question se pose

cern ") against the state or federal officials or legislature before the Supreme Courts, asking for a writ prohibiting the enforcement of the law, on the ground that it conflicts with the Federal Constitution and its Bill of Rights. The Supreme Court, then, on the basis of the findings of fact and the conclusions of the lower court, whether a State Supreme Court or a lower Federal Court, passes upon the legislative act or the administrative order, as to whether it conflicts with the superior law of the Constitution. Everything turns on the court's definitions of property, liberty, person and due process.

By the common-law method of making law, the highest courts are not bound, in fact, to follow precisely any former meanings which they have given to these terms, but they avowedly state that their method is one of "exclusion and inclusion". By this is meant that a meaning given in a former decision may have been too broad or too narrow to fit the issue in the instant case. If too broad, then the precedent from the former case does not apply and is not binding on the court. This is the process of "exclusion". If the former meaning was too narrow, then that precedent can be extended to furnish the rule for the instant case, and this extension is binding on the court. This is the process of "inclusion". This, of course, is the fundamental process of analogy, clearly enunciated by GénY, and, as practiced in the common-law method of reporting cases, the courts devote much of their attention in their lengthy opinions

généralement dans une action intentée devant la Cour suprême, par un citoyen ou une société (« going concern »), contre l'Etat ou les officiers fédéraux ou la législature, et où l'on demande un arrêt prohibant la mise en exécution d'une loi, en raison de ce qu'elle est contraire à la Constitution fédérale et à sa déclaration des droits. La Cour suprême alors, sur la base des constatations de fait et des conclusions du tribunal inférieur, soit une Cour suprême d'Etat, soit une Cour fédérale inférieure, prononce sur l'acte législatif ou l'ordre administratif, et décide s'il est ou non contraire à la loi supérieure de la Constitution. Tout roule (dans cette action) sur les définitions données par la Cour de la propriété, de la liberté, de la personne et du « due process ».

Par la méthode de « droit commun » de création du droit, les plus hautes Cours ne sont pas tenues en fait, de suivre exactement toutes les définitions qu'elles ont antérieurement données de ces termes, mais elles décident ouvertement que leur méthode est une méthode d'« exclusion et d'inclusion ». On entend par là que la définition donnée dans une décision antérieure peut être trop large ou trop étroite pour convenir à la question posée dans le cas en instance. Si elle est trop large, alors le précédent du cas antérieur ne s'applique pas, et n'est pas obligatoire pour la Cour. C'est le procédé de l'« exclusion ». Si l'interprétation antérieure est trop étroite, alors ce précédent peut être étendu pour fournir une règle pour le cas présent, et cette extension est obligatoire pour la Cour. C'est le procédé de l'« inclusion ». C'est là, naturellement, le procédé fondamental de l'analogie, que GénY a clairement énoncé, et, sous la forme où il est pratiqué dans la méthode du common law de rédaction et publication des décisions judiciaires, les cours consacrent une grande partie de leur attention, dans les prolixes exposés de leurs « opinions », à ce procédé mental d'inclusion et d'exclusion. C'est au

to this mental process of inclusion and exclusion. It is by this process of analogy that the meanings of property, liberty, person, and due process have been gradually changed.

I may not interpret Gény as he intends, but I take it that the following is the order of importance in his analysis of the elements of the judicial process, and it certainly is the one that fits the process of the American Supreme Court. It may be named the Process of Reasoning and Valuing :

1. Intuitions of what is relatively important in promoting justice and general utility. These we name habitual assumptions.

2. Selection of facts by the process of exclusion and inclusion, which is the process of analogy, guided by these intuitions.

3. Weighing the fact mentally in accordance with these intuitions of their relative importance.

4. Classification of the facts in accord with this selection and weighing.

5. Logical deduction from the habitual assumptions which guided the selection, weighing and classification.

6. The whole is guided by Gény's " practical common sense " which, however, is only another name for the intuitions, or habitual assumptions, with which we started ⁸.

IV. *Investigation*

If this is the circular process, as it seems to be, not only of judicial but of all reasoning and valuing by people not judges, then

moyen de ce procédé d'analogie que le sens des mots propriété, liberté, personne et « voies légitimes du droit » s'est graduellement modifié.

Je puis ne pas interpréter convenablement Gény, mais je pense que l'ordre suivant est, dans son analyse, l'ordre d'importance des éléments du processus judiciaire, et c'est certainement celui qui s'accorde avec le processus de la Cour suprême américaine. On peut l'appeler le procédé du raisonnement et de l'évaluation :

1. Intuitions de ce qui est relativement important dans la recherche de la justice et de l'utilité générale. Nous les appellerons : présomptions (assumptions) habituelles.

2. Sélection des faits par le procédé de l'exclusion et de l'inclusion, — c'est-à-dire le procédé de l'analogie, — guidé par ces intuitions.

3. Appréciation mentale des faits en conformité avec ces intuitions de leur importance relative.

4. Classification des faits d'accord avec cette sélection et ce pesage.

5. Déduction logique des présomptions habituelles qui ont guidé le choix, le pesage et la classification.

6. Le tout est guidé par le « bon sens pratique » de Gény, qui n'est toutefois qu'un autre nom des intuitions, ou présomptions habituelles, dont nous sommes partis ⁸.

IV. *La recherche*

Si, comme il semble, ce n'est pas là seulement le processus circulaire de raisonnement et d'évaluation des juges, mais aussi celui de la

the practical question arises as to Gény's search for something outside the habitual assumptions and deductive reasoning of the courts. The need for scientific investigation arises from the changes in economic conditions from individualism to collectivism, from individuals to corporations, which make the habitual assumptions perhaps inapplicable to the modern "going concerns". But American courts are not so constituted, or do not have the agencies for making extensive investigations as would be required. Hence some of the American legislatures and the Federal Congress have attempted to provide exactly this investigation by the creation of "commissions".

An extreme case is the Wisconsin State Industrial Commission. The commission has jurisdiction over many of the transactions of employers and employes. It has not only its staff of expert investigators, but it also has advisory committees of employers, employees, physicians, engineers, architects, economists, numbering some two hundred persons in all. The investigations, findings and conclusions on health, safety, accident compensation, child labor, hours of labor, etc., are governed by the "due process of law" provisions as interpreted by the courts. Therefore, provision is made for review by the court, but in such review no new testimony is permitted that had not previously been submitted to the commission. If new testimony is offered the court is required to refer the case back to the commission, giving to the commission opportunity to

masse des gens, qui ne sont pas des juges, alors surgit l'aspect pratique de l'effort de Gény pour chercher quelque chose qui soit en dehors des postulats habituels et du raisonnement déductif des cours. Le besoin d'investigation scientifique naît des transformations des conditions économiques, passant de l'individualisme au collectivisme, des individus aux personnes morales, qui peuvent rendre les postulats habituels inapplicables aux « going concern » modernes. Mais, les cours américaines ne sont pas constituées, ou ne disposent pas d'agences pour procéder à des investigations aussi étendues qu'il pourrait être nécessaire. Aussi, quelques-unes des législatures d'Etats américains et le Congrès fédéral ont-ils tenté de pourvoir efficacement à ces recherches par la création de « commissions ».

La Commission industrielle de l'Etat de Wisconsin en est un exemple extrême. La Commission a juridiction sur la plupart des transactions intervenues entre les employeurs et les employés. Elle ne comprend pas seulement un corps d'experts investigateurs, mais aussi des comités consultatifs d'employeurs, d'employés, de médecins, d'ingénieurs, d'architectes et d'économistes, comptant en tout plus de deux cents membres. Les recherches, les décisions et les conclusions sur la santé, sur la sécurité, sur la réparation des accidents, sur le travail des enfants, sur la durée du travail, etc... sont gouvernées par les dispositions de la Constitution sur le « due process of law » telles qu'elles sont interprétées par les tribunaux. Par conséquent, réserve est faite de la révision par la Cour, mais, il n'est permis d'entendre, au cours de cette révision, aucun nouveau témoignage qui n'aurait été au préalable soumis à la Commission. Si quelque nouveau témoignage est offert, la Cour est tenue de renvoyer le cas devant la Commission, pour donner à celle-ci la possibilité de le considérer et de réviser ses décisions, si elle le juge bon. Dans

consider it and revise its findings, if the commission so determines. In this way the trial court, with its strict rules of legal evidence, makes no investigations and takes no testimony whatever. It listens only to arguments, and it passes only on the due process of law of the commission's procedure.

Other states and the Federal Congress have not gone as far in this direction towards separating investigation from the procedure of the courts. Nevertheless these American commissions are spreading out so as to cover practically all the fields of economic conflicts, such as the conflicts of labor and capital, buyers and sellers, farmers and wholesalers, borrowers and lenders, and different classes of taxpayers. They are a device by which the traditional separation of legislative, executive and judicial powers, although required by the written constitutions, is nevertheless attempted to be avoided by combining in one body a process which, in law, is neither legislative, executive nor judicial. They are sometimes described as *quasi judicial* or *quasi legislative* bodies, but their function is that of investigation. The law merely gives effect to the commission's conclusions drawn from its findings and weighing of the facts, if they are found by the court to conform to due process. In short, these commissions are the American discovery, during the past three decades, of a practical method of correlating law and economics by Géný's "scientific investigation of the nature of things".

ces conditions le tribunal judiciaire, avec ses strictes règles de preuve légale, ne procède à aucune investigation (sur les faits) et ne reçoit aucun témoignage quel qu'il soit. Il ne prête l'oreille qu'à l'argumentation (juridique) et ne se prononce que sur la correction de la procédure de la Commission par rapport aux règles constitutionnelles du « due process of law ».

Les autres Etats, et le Congrès fédéral, ne sont pas allés aussi loin dans le sens de la séparation de l'investigation et de la procédure judiciaire. Néanmoins ces commissions américaines se sont étendues jusqu'à couvrir pratiquement tous les terrains de conflits économiques, tels que les conflits entre le capital et le travail, les acheteurs et les vendeurs, les fermiers et les marchands en gros, les emprunteurs et les prêteurs des différentes classes de contribuables. C'est là un expédient au moyen duquel on tente de tourner la séparation traditionnelle des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, exigée par les constitutions écrites, en unissant en un seul corps des actes qui ne sont ni législatifs, ni exécutifs, ni judiciaires. On les qualifie parfois de corps *quasi-judiciaires* ou *quasi-législatifs*, mais leur seule fonction est celle de l'investigation. Le droit ne fait que sanctionner les conclusions de la Commission, tirées de ses constatations et de ses appréciations des faits, si la Cour les trouve conformes aux exigences constitutionnelles du « due process ». En résumé, ces Commissions sont la découverte faite par l'Amérique, au cours des trois dernières décades, d'une méthode pratique de coordination du droit et de l'économie, par la *Recherche scientifique de la nature des choses*, de Géný.

Université du Wisconsin, juin 1931.

¹ Compare COMMONS, J. R., *Das Anglo-Amerikanische Recht und die Wirtschaftstheorie*, in *Die Wirtschaftstheorie der Gegenwart*, vol. 3, pp. 292-317 (1928)

² RICKERT, H., *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung* (1902) ; WEBER, Max, *Die Objektivität der sozialwissenschaftlichen und sozialpolitischen Erkenntnis*, 19 *Archiv. f. Sozialw.* 22 (1904).

³ Slade's case (1602, 4 Rep. 92b), which summarizes a preceding century of decisions on particular aspects of assumpsit.

⁴ This distinction between physical delivery of physical control and legal alienation of legal control became of fundamental importance in what was known as the "delivered price" system widely adopted in American business. In one case, known as the "Pittsburgh Plus" case, the issue was whether a free competitive market existed when the custom of the business made the place of alienating legal control the thousands of places of physical delivery to customers, plus freight. The Federal Trade Commission ordered that legal title should pass at the place of manufacture and delivery to the railroad, in order that all customers might compete at that place. See COMMONS, J. R., *The Delivered Price System in the Steel Market* (*Amer. Econ. Rev.*, September 1924).

⁵ *W. U. Tel. Co. v. Call Pub. Co.*, 181 U. S. 92 (1901).

⁶ Cp. COMMONS, J. R., *Legal Foundations of Capitalism* (1924). Summarized by VOEGELIN, Erich, *Ueber die Form des Amerikanischen Geistes*, 172-238 (1928) ; KRÖNER, Hermann, *John R. Commons, seine wirtschaftstheoretische Grundfassung*, Heft 6, *Diehls Untersuchungen zur theoretischen Nationalökonomie* (1930) ; LEWELLYN, K. N., *The Effect of Legal Institutions on Economics* (15 *Amer. Econ. Rev.*, 665, 1925) ; *What Price Contract* (*Yale Law Jour.*, March 1931) ; GRANT, J. A. C., *The Natural Law Background of Due Process* (31 *Col. Law Rev.*, 1931).

⁷ An excellent account of the way in which this has come about, and one that parallels Gény's interpretation of the philosophy of Rousseau embodied in the code, which is the same philosophy as the Bill of Rights in the United States Constitution, is the article by J. A. C. Grant (31 *Columbia Law Review* 56, 1931), on "The Natural Law Background of Due Process". Grant concludes : "Under the guise of the Supremacy of the law, we have established the Supremacy of the judges."

⁸ The leading case, *Smythe v. Ames*, 169 U. S. 466 (1897), contains explicitly much of what is here more fully elaborated. The case pertained to railway valuation.

CHAPITRE III

Propriété privée et Economie nationale

par LUCIEN BROCARD,
Professeur à la Faculté de droit de Nancy,
Membre correspondant de l'Institut

Le problème de la propriété privée, qu'on retrouve au fond de toutes les controverses relatives à l'organisation juridique de la vie économique, a été examiné et discuté à des points de vue divers qui ont varié au cours du temps, sans que les auteurs qui l'ont ainsi étudié aient eu toujours une conscience très claire de la diversité de ces points de vue, de leurs variations, ni même parfois des changements d'orientation qui se sont produits dans la marche de leur propre pensée.

A la fin du XVIII^e siècle et au commencement du XIX^e, c'est d'abord et principalement au point de vue des droits de l'individu que les économistes, s'inspirant d'ailleurs de la doctrine traditionnelle du droit naturel, se sont placés pour justifier la propriété privée ; le *jus utendi, fruendi et abutendi* du propriétaire, le droit qui en résulte pour lui de disposer de son bien en toute liberté, de le consommer, de le prêter, de l'aliéner pour un prix librement débattu, de le donner, de le transmettre par héritage, droit qui, dans la pensée de ces économistes, apparaît comme le corollaire du droit qu'a l'individu de disposer librement de son activité et de sa personne elle-même.

Chose curieuse, qui n'a pas été assez remarquée, c'est aussi au même point de vue que se sont placés, à la même époque, les théoriciens du socialisme naissant, puis ceux du Marxisme, disciples de l'école individualiste anglaise. Ils ont reproché au régime capitaliste de fournir aux détenteurs des instruments de production le moyen d'enlever au salarié vendeur de travail une partie de la valeur produite par son effort et dont, à ce titre, il est ou devrait être propriétaire. C'est au nom du droit de propriété fondé sur le droit de l'individu à disposer de lui-même et du produit de son activité que le socialisme né de l'individualisme et individualiste lui-même condamne la propriété privée capitaliste, et veut la remplacer par un régime de propriété collective qui laisserait à l'individu sinon le produit même de son activité, du moins toute la valeur de ce produit.

Ce n'est point d'ailleurs au seul point de vue des droits de l'individu que, même à cette époque, se sont placés les défenseurs et les adversaires de la propriété. La considération de l'utilité sociale autrement dit des intérêts de la collectivité a joué, dès le début, un certain rôle dans les controverses. Elle a, chose curieuse, préoccupé les esprits, au moins autant sinon davantage chez les théoriciens de l'individualisme, que chez ceux du socialisme.

L'école classique française, à tendances optimistes, l'école classique anglaise, à tendances pessimistes, ont démontré toutes deux avec force, par des arguments qui n'ont pas perdu toute valeur que, sous un régime de libre concurrence, la propriété a généralement pour effet de sauvegarder les intérêts supérieurs de la collectivité en même temps que ceux de l'individu : thèse contestée d'ailleurs avec énergie par les théoriciens du socialisme qui, se plaçant au même point de vue, ont soutenu que la libre concurrence n'engendre que désordre et iniquité.

La controverse s'est, pendant longtemps, maintenue sur ce terrain. Elle ne l'a jamais complètement abandonné. Cependant ce qui, depuis un siècle, caractérise l'évolution de la pensée économique et aussi de la pensée juridique au sujet de la propriété, c'est la prédominance progressivement croissante de la considération des intérêts de la collectivité sur celle des intérêts et des droits de l'individu. Cette prédominance a été poussée si loin qu'à l'heure actuelle, chez certains auteurs, les droits de l'individu se perdent complètement dans la brume, tandis que les intérêts de la collectivité figurent seuls au premier plan. Mais la collectivité dont les intérêts servent de critérium à la valeur sociale de la propriété est encore, pour beaucoup d'esprits, une collectivité abstraite, telle que pouvaient la concevoir des économistes qui, à la fin du XVIII^e siècle, pour atteindre plus sûrement le général et l'universel, ont négligé systématiquement les réalités concrètes et les cadres juridiques à l'intérieur desquels se ment l'activité humaine, considérée par eux comme une collaboration confuse, uniforme et inorganique entre tous les hommes. De cette notion abstraite et inconsistante on a déduit, au sujet de la propriété et de ses effets sociaux, des conséquences partiellement justes et partiellement fausses qui ensuite ont été progressivement modifiées par une évolution des esprits dans le sens d'une conception plus réaliste des relations humaines. Cette évolution a suscité, dans le domaine de la théorie, et plus encore de l'organisation pratique de la propriété, des modifications importantes qui furent l'œuvre de toutes les écoles et de tous les partis se rattachant plus ou moins à l'interventionnisme, à l'étatisme, à l'économie nationale.

Toutefois si, par l'action de ces groupements, la politique économique relative à la propriété a été grandement modifiée, il ne semble pas que la conception théorique et traditionnelle de la propriété, toujours ballotée entre l'individualisme abstrait et le socialisme abstrait, se soit complètement adaptée à ces données. La doctrine, est sur plus d'un point en retard sur les faits. Un effort

d'adaptation s'impose et nous croyons que la meilleure manière d'aboutir à un résultat satisfaisant serait de se placer méthodiquement au point de vue de l'économie nationale, envisagée comme un organisme économique, comme un ensemble organisé de collaborateurs solidaires les uns des autres, liés les uns aux autres, par leur collaboration dans les cadres juridiques de l'Etat, avec l'Etat et dans les services publics de l'Etat, nous croyons que de cette conception il est possible de dégager une notion plus juste de la propriété, de son rôle dans la vie nationale, de sa légitimité, du régime auquel il convient de la soumettre pour en faire un bon instrument de collaboration, sans sacrifier les droits essentiels de l'individu et même en les utilisant. Nous croyons que de la notion d'économie nationale ainsi comprise il est possible de tirer une justification de la propriété qui, sans ébranler les fondements traditionnels et à certains égards permanents, sur lesquels elle repose depuis des siècles, permettrait de les étayer par des considérations tirées des conditions concrètes de la collaboration nationale, d'écarter des objections plus ou moins sophistiquées, basées sur une conception irréaliste des relations économiques entre les hommes.

Mais nous croyons, d'autre part, que la considération de l'économie nationale et de la solidarité nationale qui en est tout à la fois le support et le produit, suggère relativement à l'étendue du droit de propriété, à son organisation, à la liberté d'action du propriétaire, aux obligations qui lui incombent, certaines limitations ou modifications qui s'imposent, dans l'intérêt de la collectivité nationale et, par là même, dans l'intérêt bien compris de l'ensemble des individus, de l'ensemble des propriétaires, solidaires de l'économie nationale dont ils sont les agents.

Cette recherche dans le sens de la justification de la propriété, de son organisation, de sa limitation, à la lumière des données fournies par l'économie nationale nécessiterait, pour être poussée à fond, des développements très étendus, car le problème de la propriété contient en puissance tous les problèmes économiques, tous les problèmes sociaux et sa solution n'est qu'une résultante de la leur. La nécessité de ne point dépasser les bornes qui nous sont assignées ici, nous met dans l'obligation de nous en tenir à quelques idées directrices, dégagées de presque toutes les références.

1. — *Le rôle de la propriété privée dans l'économie nationale*

I. La propriété privée, droit pour l'individu de disposer à son gré non seulement des biens de consommation, mais des moyens de production du sol et du sous-sol, de la puissance productive de la terre, des matières premières qu'elle contient, des emplacements qu'elle fournit, est-elle compatible avec la conception d'une économie nationale constituée par la collaboration de tous les membres de la nation, dans l'intérêt supérieur et permanent de tous les collaborateurs et de la collectivité qu'ils forment? Est-il admissible que les

individus dirigés par les seules suggestions de leur intérêt privé, tels qu'ils les comprennent, et aussi de leurs appétits, de leurs passions, puissent employer à leur gré, sans contrôle et sans direction, des moyens de production dont dépend la richesse, le bien-être, la puissance et la sécurité de la nation? Est-il admissible qu'ils puissent en ordonner l'emploi, les aliéner, les donner, en disposer pour le temps qui suivra leur mort, les transmettre à leur descendants, sans que la collectivité leur impose aucune règle directrice? A qui voudrait résoudre cette question du point de vue de la raison pure et de la pure logique, en faisant abstraction des données de l'expérience, comme l'ont tenté un grand nombre de théoriciens socialistes, une telle conception pourrait apparaître, ainsi qu'elle leur est apparue en effet, absolument insoutenable. C'est pour cela qu'ils ont prétendu supprimer la propriété privée et la remplacer par une propriété collective, diversement conçue d'ailleurs et définie de façon souvent très confuse.

Il nous paraît cependant impossible de contester, à la lumière des données fournies par l'observation et par l'analyse des mécanismes économiques de la collaboration nationale que, dans le moment présent et pour une durée qu'il est actuellement impossible de mesurer, la propriété, droit pour l'individu de disposer, en principe librement, pendant sa vie, et de transmettre les choses qui lui appartiennent pour le temps qui suivra sa mort, non seulement n'est pas incompatible avec une saine conception de l'économie nationale, mais trouve au contraire en elle son point d'appui le plus solide, le seul qui lui permette de résister aux assauts de plus en plus violents, menés contre elle par ses adversaires.

*
* *

Qu'il y ait dans la notion de propriété un élément de droit individuel, antérieur et supérieur à toute législation, « de droit naturel » dirait M. F. Gény¹, s'imposant comme tel à la raison, c'est ce qu'ont démontré depuis très longtemps, avec une force que le temps n'a point amoindrie, les plus anciens théoriciens du droit, puis les Physocrates qui, avec le docteur Quesnay, s'en sont inspirés de la façon la plus directe. C'est ce qu'admettent encore aujourd'hui la plupart des juristes, restés presque tous fidèles en France du moins à cette tradition. Cet élément de droit naturel ou rationnel nous est fourni, aux yeux de l'économiste surtout, par le fait que l'activité humaine est créatrice d'utilités et qu'il est impossible, sans heurter de la façon la plus directe notre sentiment de la justice, de dénier à l'individu qui a créé ces utilités, qui pouvait ne pas les créer et sans lequel elles n'existeraient pas, un certain droit d'en disposer, de les consommer, et, par là même de les échanger, de les prêter ou de les donner : droit qui est la racine la plus profonde du droit de propriété, la plus solide aussi, celle à laquelle se rattachent toutes les autres. L'évidence de ce droit s'impose à la raison avec une telle force que nul ne l'a jamais mis en doute, pas même, comme

nous l'avons rappelé plus haut, les théoriciens du socialisme, qui s'appuient au contraire sur lui pour soutenir, que, dans notre organisation actuelle de la propriété, le salarié en est partiellement dépouillé et pour proposer une organisation de la propriété qui le lui restitue.

De la notion d'économie nationale, il n'y a presque rien à tirer, ni en faveur de ce droit basé sur la raison pure, ni contre lui. Mais il n'en est pas de même à l'égard des conséquences qu'on en déduit ni des applications qu'on en fait. Tandis que, pour mieux le sauvegarder au profit de tous, les théoriciens socialistes et sociologues qui s'inspirent d'une conception tout à fait abstraite de la collectivité humaine, proposent de l'attribuer à la collectivité elle-même ou à l'Etat, les adeptes de l'école libérale, orientés déjà de façon plus concrète vers une conception plus technique de la collaboration nationale affirment avec énergie les droits absolus du propriétaire et l'utilité sociale de la propriété individuelle.

Optimistes ou pessimistes, tous les adeptes de l'école libérale sont d'accord pour soutenir que la propriété privée des moyens de production, le droit pour les individus isolés ou groupés d'en disposer à leurs risques et périls, sous la pression de la « libre concurrence » qui stimule et canalise les activités, qui éveille et satisfait les besoins, qui sanctionne implacablement les erreurs, qui élimine les incapables, qui impose et facilite le perfectionnement continu des méthodes de travail, qui, tout en maintenant les prix au niveau le plus bas compatible avec l'état du marché, récompense suffisamment pour les encourager tous les efforts utiles, réalise l'ordre le meilleur ou le moins mauvais qu'il soit possible d'établir dans notre monde imparfait.

Mais les écrivains socialistes ou socialisants, confinés eux aussi dans la théorie générale, soutiennent une thèse exactement opposée. Ils affirment, sans le démontrer d'ailleurs de façon convaincante, que les mécanismes automatiques dont la concurrence est le moteur et le régulateur n'engendrent que désordre et iniquité, crises et misère, qu'ils rendent impossible toute coordination des activités individuelles, qu'ils sacrifient les intérêts généraux aux intérêts particuliers des propriétaires, qu'en enlevant à la grande majorité des hommes la propriété de leurs instruments de travail, ils lèsent leurs droits essentiels, ils les réduisent à une rémunération inférieure à la valeur de leur production.

Voilà comment, quand on se représente les sociétés humaines de façon abstraite, comme une juxtaposition d'hommes, dont chacun tire à soi et ne peut compter que sur soi, la considération des mécanismes théoriques de l'activité économique combinée avec celle de la justice, peut conduire les esprits et parfois comme, on l'a vu avec Stuart Mill par exemple, le même esprit, de l'individualisme pur au socialisme pur, sauf à les ramener du socialisme pur à l'individualisme pur et à les faire osciller sans fin entre les deux pôles

extrêmes, situés tous deux en dehors de la réalité qu'est l'économie nationale.

C'est ici que, pour mettre fin au conflit, il faut faire intervenir la conception réaliste de la collaboration nationale dans les cadres juridiques de la nation, de la région, de la localité, de l'entreprise, dans l'Etat et avec l'Etat. C'est cette collaboration, génératrice, d'une solidarité à la fois professionnelle et territoriale qui lie les unes aux autres toutes les classes, toutes les professions, toutes les industries, tous les services publics et privés, toutes les entreprises, tous les individus; c'est elle qui fait que, dans l'économie nationale, les non propriétaires unis aux propriétaires par les mille liens de la solidarité nationale participent indirectement aux avantages de la propriété, que les propriétaires participent au travail des non propriétaires, que chaque classe, chaque catégorie sociale bénéficie de la prospérité des autres, souffre de leurs souffrances et de leur amoindrissement, qui fait en un mot de la nation un ensemble organisé, dont tous les membres propriétaires ou non dépendent les uns des autres et réagissent les uns sur les autres.

Cela ne veut pas dire d'ailleurs que les propriétaires et ceux qui ne le sont pas ont toujours conscience de leur solidarité et s'en inspirent toujours avec justesse. L'histoire, au contraire, n'est remplie que de la longue suite de leurs erreurs et de leurs fautes, à base d'incompréhension et d'égoïsme aveugle. Mais l'histoire, l'observation des réalités actuelles, nous apprennent aussi que, malgré ces erreurs, et ces fautes, la solidarité nationale fait réellement de la propriété, en même temps qu'un droit individuel une fonction sociale, dont l'exercice, plus ou moins imparfait, profite à la collectivité nationale toute entière, même, quoiqu'on en ait dit, à ceux qui ne sont point propriétaires. On en trouve les preuves dans le fait que, d'une nation à l'autre, la condition de ces non-propriétaires est profondément inégale, suivant que la nation est riche ou pauvre, que les biens appropriés sont plus ou moins abondants, que leur gestion est assurée de façon plus ou moins heureuse, dans des cadres juridiques plus ou moins bien conçus, par des hommes plus ou moins aptes à en faire bon usage. L'histoire et l'observation pourraient nous apprendre aussi que, plus d'une fois, dans les périodes de révolution, de crise, de transformation profonde, les atteintes imprudentes portées à la propriété, aux droits, aux pouvoirs, aux revenus du propriétaires, se répercutent de la façon la plus sensible sur la collectivité nationale tout entière, sur les non-propriétaires comme sur tous les autres. Elles nous apprennent aussi que la misère des non-propriétaires retentit profondément sur la condition des propriétaires.

Voilà ce qui, beaucoup mieux que les constructions scientifiques les plus savantes et les arguments les plus subtils, justifie dans son principe et pour le moment présent la propriété, malgré les orientations défectueuses qu'elle peut parfois donner à l'activité humaine malgré les excès qu'elle peut susciter ou rendre possibles. C'est l'action stimulante et disciplinante que la propriété exerce non seule-

ment sur l'activité individuelle, mais sur l'activité nationale, envisagée dans son ensemble et dont le bienfait, par le jeu de la solidarité nationale, se répercute sur la collectivité nationale tout entière. Ce bienfait dans une certaine mesure s'étend à ceux qui ne sont pas propriétaires, des moyens de production du moins, mais qui d'ailleurs sont propriétaires de leurs salaires, de leurs traitements dont le niveau dépend de la bonne gestion de la propriété et qui, par cette voie, peuvent également devenir, deviennent, deviendront en nombre croissant, propriétaires ou copropriétaires des moyens de production. Par cette voie se réalise, se réalisera, à leur profit, une diffusion de la propriété, en tous cas de ses avantages, à laquelle on ne peut assigner aucune limite et qui elle aussi bénéficie à la collectivité nationale tout entière, car elle est la meilleure garantie contre les abus de la propriété.

De là vient que même chez les écrivains socialistes intuitivement conscients de ces réalités la propriété a fait rarement l'objet de condamnations absolues. Parmi les socialistes idéalistes, aucun ou presque aucun ne la rejette entièrement. Saint Simon et les saint-simoniens ne condamnent que l'hérédité. Fourier, Louis Blanc, en donnant à la propriété un caractère collectif, ne lui enlèvent pas intégralement son caractère de droit privé, pas plus qu'ils ne condamnent la rémunération du capital. Proudhon veut généraliser la propriété par le crédit gratuit. Si Karl Marx repousse entièrement la propriété comme instrument de spoliation du travailleur, les marxistes à tendance réformiste se montrent à son égard beaucoup plus accommodants. Les syndicalistes veulent attribuer la propriété aux syndicats eux-mêmes. Les socialistes les plus modernes proclament avec M. H. de Man que le travailleur doit « se sentir propriétaire de son instrument de travail ».

Avec les néo-socialistes français qui substituent ou superposent au socialisme l'anticapitalisme, nos théoriciens du socialisme, d'un socialisme singulièrement atténué, se rallient nettement au principe de la propriété privée. Avec M. M. Déat qui s'incline devant le « fait national » et proclame son « attachement à la nation »² ils croient que « le capitalisme, se développant dans de nouvelles conditions, peut surmonter l'antagonisme entre le capitalisme et le prolétariat ».

Ils proclament « qu'il serait mortel de parler de socialisation des biens au stade où nous sommes »³. Il déclarent « que l'Etat est inapte à s'attaquer aux problèmes proprement économiques et qu'ils se défient de lui comme de la peste »⁴. Il leur paraît impossible de se passer de ces mobiles d'action que sont la propriété maintenue et même agrandie, la transmission des biens aux enfants, la possibilité d'exercer des fonctions de direction, de commandement, offrant l'occasion de créer et de réaliser »⁵. Ils admettent que « les capitaux doivent être rémunérés, recevoir un intérêt normal, être assurés de cette rémunération »⁶. D'accord avec les coopérateurs, ils ne veulent socialiser que le profit excédant la rémunération

normale de la propriété, les gains « spéculatifs », par la socialisation de la puissance et le contrôle de l'Etat sur les grandes entreprises, par la défense des actionnaires contre les administrateurs et les « haut salariés ». En un mot ils maintiennent la propriété comme une condition essentielle d'une activité nationale féconde.

*
* *

Ainsi se justifie que, dans des limites qui restent à déterminer, le propriétaire demeure investi d'un droit qui, sous sa pleine responsabilité et sans entraves paralysantes, lui permette de mettre en œuvre dans son intérêt et dans celui de la collectivité, les choses qui lui appartiennent. Mais cela justifie-t-il qu'il en puisse disposer pour le temps qui suivra sa mort et que, faute de testament, l'Etat présumant sa volonté, en dispose de sa part au profit des membres de sa famille? A ce point de vue encore, apparaît l'insuffisance des arguments abstraits invoqués en sens inverse par les théoriciens de l'individualisme pur et du socialisme pur. La simple volonté de transmission pour le temps qui suivra sa mort, ne saurait justifier de la part du propriétaire la transmission elle-même qui d'ailleurs, au point de vue du droit pur ne va pas, comme l'a montré M. Gény ⁷, sans difficulté. D'autre part, les objections des théoriciens du socialisme, tirées du fait que l'acquisition des biens transmis par héritage ne correspond, de la part de l'héritier, à aucun effort ni à aucun service, ne suffisent pas pour porter atteinte au droit de libre disposition qui est, pour le propriétaire, la contre-partie du droit de libre consommation. Au nom de quel principe juridique pourrait-on refuser au propriétaire le droit de consommer, c'est-à-dire de détruire les valeurs qui lui appartiennent et qui une fois détruites ne profiteraient plus à personne? Et si on le lui accorde, comment pourrait-on lui enlever celui de faire bénéficier de son bien un tiers librement choisi par lui et, par là même, de façon indirecte, par le jeu de la solidarité nationale, la collectivité tout entière?

Il apparaît d'ailleurs clairement, aux yeux de tout esprit réaliste, qu'on ne peut, sans abuser de la logique juridique, baser exclusivement sur elle et sur les droits plus ou moins arbitrairement conçus de l'individu, la solution d'un problème de cet ordre. La légitimité de l'héritage ou son illégitimité ne sauraient être fondées que sur la considération de son rôle dans la vie économique et de ses effets. C'est à ce point de vue d'ailleurs que se sont placés les saint-simoniens et les économistes libéraux, les uns pour combattre l'hérédité, les autres pour la défendre. Les saint-simoniens ont allégué que l'héritage fait tomber les biens, les moyens de production, dont dépend la richesse de la collectivité, aux mains de personnes qui peuvent être dénuées de toute compétence pour les administrer ou dont le choix par le jeu des transmissions successorales est sans rapport avec leur mérite et leur compétence. Les autres répondent, non sans raison d'ailleurs, que les mauvais choix,

quand ils se produisent, sont redressés par le jeu de la concurrence qui arrache implacablement aux inaptes les biens qu'ils ne savent pas gérer, et finalement les met entre les mains des plus aptes, mieux que ne saurait le faire l'Etat, dépourvu de tout moyen sûr de discerner les compétences et soumis, dans leur choix, aux influences perturbatrices de la politique. Ils font valoir, d'autre part, que le droit conféré à l'individu de transmettre par héritage, à sa famille, aux personnes ou aux œuvres pour lesquelles il a de la sympathie, les biens qu'il a accumulés par son effort, et par son épargne, constitue pour lui le stimulant le plus énergique et que la suppression de ce stimulant par la suppression de l'héritage, porterait à l'épargne des individus et à leur activité même un coup irrémédiable.

Toutes ces considérations relèvent déjà nettement de l'économie nationale, mais conçue d'une façon encore assez abstraite. Quand, de cette conception abstraite, on passe à l'analyse concrète de la collaboration nationale, entre les vivants, entre les générations qui se succèdent, l'héritage apparaît tout à coup comme l'une des clefs de voûte de l'ordre social, comme le ciment économique de la famille, comme le support matériel des traditions familiales et nationales, comme le mécanisme, par le jeu duquel le patrimoine national tout entier, matériel, intellectuel, moral, passe d'une génération à l'autre, d'une façon qui très certainement contribue à le sauvegarder et à l'accroître. Est-il possible, dans le moment présent, dans l'état actuel des esprits et des mœurs, de l'organisation politique et économique, de concevoir un autre mode de transmission, susceptible de remplacer avantageusement l'héritage? A la question ainsi posée nous croyons que l'immense majorité des esprits informés, instruits par l'expérience, conscients des réalités, même s'ils aspirent pour l'avenir à des transformations plus ou moins profondes, au socialisme peut-être, n'hésiteraient pas à répondre négativement. N'est-il pas évident, quand on se place à ce point de vue, que l'héritage, dans son principe si non dans toutes ses applications répond actuellement à des nécessités vitales? De sa suppression résulteraient à n'en pas douter dans le fonctionnement de la famille, des entreprises, de l'Etat, de l'économie nationale toute entière, des perturbations telles que la vie économique en serait bouleversée.

On ne concevrait pas une organisation capitaliste réalisant, par l'intermédiaire de l'Etat, la transmission des patrimoines privés. L'Etat moderne est manifestement incapable d'assurer une saine distribution des biens. Non seulement il les distribuerait mal mais il ne résisterait pas à la tentation de les consommer toutes les fois qu'il le pourrait. Il faut maintenir l'héritage ou supprimer l'organisation capitaliste. Or actuellement, dans le moment présent, on ne peut pas supprimer brusquement l'organisation capitaliste. Les gouvernements travaillistes ne l'ont jamais tenté ni en Angleterre, ni en Australie. Le fascisme italien, qui fait de la pro-

priété une fonction sociale, proclame « que l'initiative privée est pour la nation l'instrument le plus efficace et le plus utile », (art. 7 de la charte du travail). Le nouveau régime économique des Etats-Unis limite strictement les droits du propriétaire, mais laisse subsister la propriété. La nouvelle charte allemande du travail fait de même. Le régime dictatorial de la Russie soviétique qui (au prix de quelles perturbations?) a réalisé le socialisme d'état intégral a dû revenir à la possession privée et héréditaire de certains biens, à la propriété du capital constitué par l'épargne, à sa rémunération.

Il peut arriver d'ailleurs, que la propriété privée et l'héritage présentent des inconvénients, qu'ils produisent parfois, comme l'a montré M. Landry ⁹, des effets contraires à l'intérêt national et qui heurtent notre sentiment de l'équité. Mais toute la question est de savoir si, dans le moment présent, les avantages l'emportent ou non sur les inconvénients. Or, il ne nous paraît pas douteux qu'ils l'emportent de beaucoup et qu'on ne saurait actuellement supprimer la propriété privée sans plonger la civilisation dans le chaos. C'est cette impossibilité, mise en lumière par l'analyse concrète de la vie économique nationale, des conditions techniques, juridiques, psychologiques de son fonctionnement, qui constitue pour la propriété le point d'appui le plus solide, le seul point d'appui capable de résister, si toutefois il le peut, à la poussée formidable des intérêts et des passions en lutte.

Mais si la considération concrète de l'Economie nationale et des conditions de son fonctionnement justifie, dans l'intérêt de l'Economie nationale, dans l'intérêt de tous ses membres, même non propriétaires, le maintien de la propriété privée héréditaire, elle justifie aussi, elle impose de façon de plus en plus impérieuse, que la propriété privée, fondée sur l'intérêt général, soit mise le mieux possible à son service, qu'elle soit organisée et limitée de telle façon qu'autant que possible, elle ne serve que lui et ne se retourne pas contre lui.

II. — *L'évolution et les limitations de la propriété privée dans l'économie nationale*

La controverse théorique au sujet de la propriété a porté longtemps et porte encore bien souvent aujourd'hui sur la valeur comparée d'un droit absolu de propriété privée et d'un droit non moins absolu de propriété publique, supposés l'un et l'autre immuables et sans limites. Mais, pendant que la controverse se développait, la propriété et son régime juridique évoluaient et, avec eux, les pouvoirs qu'elle confère au propriétaire et qui en sont l'essentiel. L'évolution jusqu'ici a été lente, presque insensible, parfois souterraine et inconsciente ; mais, le temps aidant, elle a fini par réaliser des transformations très profondes, dont, à l'heure actuelle, on ne mesure pas toujours la portée ni toutes les possibilités d'extension.

D'abord, à la propriété privée des individus s'est superposée,

dans l'économie nationale, une propriété de l'Etat, des départements, des communes, constituée par un outillage national de sécurité, d'administration, de communications, d'échange, de production même, qui, avec le développement continu des fonctions économiques de l'Etat, a pris des proportions gigantesques. Son fonctionnement occupe des centaines de mille fonctionnaires et employés ; sa valeur se chiffre par dizaines de milliards. A la propriété privée individuelle, s'est superposée en même temps, par l'effet de la concentration et de l'intégration des entreprises, une propriété privée collective : propriété par association, dont les parts, les actions relèvent toujours de la propriété individuelle, mais dont la gestion n'est plus individuelle. Le développement des grandes entreprises monopolisées et concessionnaires de services publics, la création des ententes nationales de producteurs (comptoirs, trusts et cartels) ont fait évoluer plus ou moins les entreprises de cet ordre dans la direction de véritables services d'intérêt national, conscients de leur solidarité avec la nation et soumis, comme tels, à des préoccupations d'intérêt national qui modifient sensiblement les caractères de la propriété privée, sans lui enlever ses mérites et ses avantages. Ces ententes de producteurs subissent de la part de l'Etat un contrôle qui, dans certains pays, l'Allemagne, la Pologne, la Tchécoslovaquie, etc. limite très sensiblement les pouvoirs du propriétaire. Il y a même des associations d'économie mixte, où les particuliers collaborent avec l'Etat et les autorités locales, mettant en commun des biens qui appartiennent collectivement à l'Etat en même temps qu'aux individus.

Mais la propriété privée, elle-même, sous sa forme la plus pure, sous sa forme individuelle, comme d'ailleurs sous sa forme collective, a subi, depuis trois quarts de siècle, d'autres limitations, les unes directes et les autres indirectes, qui ont singulièrement restreint le *jus utendi et abutendi* du propriétaire et même son *jus fruendi*. Les limitations directes sont si nombreuses qu'il est impossible aujourd'hui de les citer toutes. Pour se faire une idée de leur importance, il suffit de songer par exemple à la réglementation de la distillation de l'alcool, de la culture de certaines plantes, de l'exploitation des mines et des chutes d'eau, à l'interdiction de distiller l'absinthe, d'employer certains produits tels que la céruse et le phosphore blanc. Il faut songer encore à la législation des loyers qui ne permet plus au propriétaire de fixer librement son prix de location, ni même de renvoyer son locataire, à l'expiration du bail, au régime nouveau dit de la propriété commerciale qui limite davantage encore les droits du propriétaire au profit du locataire commerçant. Il faut songer aux mesures destinées à empêcher le déboisement des montagnes, aux restrictions que subissent les détenteurs de monuments historiques, à la réglementation du droit de bâtir imposée par le développement de l'urbanisme, aux pouvoirs conférés à certaines associations syndicales, qui, pour le dessèchement des marais, la création des chemins, le remembrement de la propriété foncière, im-

sent au propriétaire la loi de la majorité. On commence aujourd'hui à limiter pour le propriétaire le droit de développer sa production au delà de certaines limites. Il y a enfin l'expropriation pour cause d'utilité publique, dont l'emploi autrefois très limité prend une extension rapide à mesure que se développent les fonctions économiques de l'Etat, à mesure que grandit l'importance de l'outillage national et qui même devient maintenant, dans certains pays, Grande-Bretagne, Roumanie, Espagne, etc., un instrument de remaniement de la propriété foncière et de répartition nouvelle des terres.

A côté de ces limitations directes du droit de propriété qui apparaissent à tous les yeux et qui, malgré leur extension, sont bien loin d'être les plus importantes, il y a enfin des limitations indirectes, plus profondes et plus générales encore, susceptibles de conduire beaucoup plus loin, dans la voie de la transformation de la propriété privée, d'une transformation qui pourrait équivaloir à une suppression. C'est qu'en effet la propriété, pouvoir sur les choses, vaut pour le propriétaire, non seulement par les avantages que lui procure l'usage qu'il fait personnellement de son bien, mais par les pouvoirs, par la force économique qu'il lui confère, à l'égard des personnes qui collaborent avec lui à sa mise en œuvre, à l'égard de celles aussi qui en achètent le produit. Les avantages que le propriétaire tire de sa chose, quand elle n'est pas un objet de consommation, lui viennent principalement du droit qu'il a de fixer par des contrats juridiquement libres, le prix d'achat de ses moyens de production et de sa main d'œuvre, le prix de ses produits. Or cette liberté du propriétaire, strictement limitée sous l'ancien régime, affranchie ou peu s'en faut de toutes restrictions à la fin du XVIII^e siècle, parce qu'on estima alors, à tort ou à raison, que la concurrence suffirait pour la discipliner, subit maintenant, sinon vis-à-vis du consommateur, encore soumis partiellement au régime de la libre concurrence, du moins vis-à-vis des agents de la production et de la main-d'œuvre, des limitations progressives, dont la possibilité d'extension ne semble plus, à l'heure actuelle, bornée par aucune limite. La législation industrielle, tout entière, ou comme on dit la législation ouvrière, envisagée sous cet angle, apparaît comme une limitation progressive sinon des droits, au moins des pouvoirs du propriétaire et de ses gains. Il faut y ajouter, avec de multiples dispositions du droit civil et du droit commercial, toute la législation fiscale, par l'effet de laquelle l'Etat prélève sur les recettes du propriétaire une part croissante, une part progressive, destinée à faire face aux dépenses, croissantes aussi, de la collectivité nationale, une part qui peut atteindre 25 % du revenu et davantage.

Ainsi en est-il dans les pays restés fidèles, en principe tout au moins, à la tradition capitaliste. Mais en Italie, en Allemagne, aux Etats-Unis, les droits et les pouvoirs du propriétaire sont encore plus strictement limités. Ils le sont par l'emprise de l'Etat sur le crédit et les banques, par son intervention directe aux Etats-Unis dans la fixation des quantités produites, des prix, des salaires, etc.

Et ne croyons pas qu'à cela se bornent les limitations de la propriété privée, car, par delà les contraintes juridiques dont le réseau, de plus en plus étroit et serré, enveloppe de toutes parts le propriétaire, il y a le réseau des contraintes de fait, imposées à ce même propriétaire par les collectivités syndiquées des non-propriétaires, des ouvriers et des employés qui, en se groupant, usent à leur profit de la libre concurrence, mais qui, par là-même, la limitent et tendent à la supprimer par la généralisation et l'unification de leurs groupements. Elles exercent sur la fixation des salaires, sur la durée et les conditions du travail, sur la gestion même de l'entreprise, une pression croissante, dont la force se fait sentir avec une puissance plus grande encore sur les entreprises publiques, sur les services administratifs et économiques de l'Etat, sur l'Etat tout entier.

Que reste-t-il après cela de l'antique droit de propriété privée et individuelle, du *jus utendi, fruendi, et abutendi* conféré au propriétaire par le droit romain et le droit civil? Qu'en restera-t-il, quand la puissance, théoriquement sans limites, de ces forces convergentes, qui commencent seulement à prendre conscience de leur pouvoir et dont les ambitions se développent en proportion de leur satisfaction, aura atteint son plein épanouissement? Comment ne pas apercevoir au terme de cet effort un droit de propriété « démembré et pantelant », comme dit M. Gide, vidé de son contenu d'avantages économiques, comme un citron dont on aurait exprimé le jus et dont le propriétaire ne garderait que l'écorce, la forme juridique que ce propriétaire lui-même rejetterait peut-être un jour s'il le pouvait pour en éluder les charges et les risques.

C'est dans ce sens d'ailleurs que s'exerce avec une énergie croissante la poussée des forces démocratiques et socialistes, même sous leurs formes les plus modérées. Les néo-socialistes français, qui affirment leur respect pour la propriété, n'en aspirent pas moins à la transformer, profondément, par ce que M. M. Deat appelle la socialisation de la puissance, « par la suppression des formes dangereuses et éhontées du profit », par la suppression « des profits spéculatifs », par le contrôle préventif des ententes de producteurs¹⁰. Le mouvement dans le sens de l'économie dirigée tend au même but par le contrôle de l'activité privée, de la production, des prix, par la substitution à l'état politique d'un état corporatif, englobant dans des corporations obligatoires transformées en organismes de droit public patrons et ouvriers, propriétaires et non-propriétaires soumis également à l'autorité de l'Etat¹¹.

Mais comment juger ce mouvement qui nous entraîne, par étapes insensibles, dans la direction du socialisme sans d'ailleurs y atteindre nécessairement? Comment et par quels moyens, le discipliner, l'orienter, le mettre au service de l'intérêt général sainement compris. Voilà la question redoutable entre toutes qui se pose aux hommes d'aujourd'hui.

Il est clair que pour résoudre des questions de cet ordre, la

considération abstraite des droits de l'individu sur le produit de son effort, qui est la racine première du droit de propriété, ne saurait suffire, puisque c'est au nom de ce principe que s'affirment toutes les revendications des non-propriétaires y compris celles du socialisme pur. La considération du jeu automatique de la concurrence dans une économie abstraite aux contours indéterminés, bien que susceptible, comme nous l'avons vu, de faire apparaître et de maintenir en pleine lumière des vérités essentielles trop souvent méconnues aujourd'hui, n'y saurait suffire davantage. C'est qu'en effet l'évolution à laquelle nous assistons est déterminée par le jeu même de la concurrence, qui ne répond plus d'ailleurs complètement aux nécessités de l'heure présente, qui par la concentration des entreprises autonomes et la limitation de leur nombre, échappe à l'influence régulatrice de la loi des grands nombres, qui tend parfois à se transformer en monopole, à se détruire elle-même, ou à muer la lutte économique en une lutte politique pour la conquête de l'Etat : lutte dont les effets probables n'apparaissent pas encore clairement et sont déjà, pour autant qu'ils apparaissent, de nature à inspirer de vives inquiétudes.

Où devons-nous donc chercher notre point d'appui? Il n'en est selon nous qu'un seul susceptible d'offrir quelque résistance. C'est la considération de l'économie nationale, concrète, telle qu'elle fonctionne actuellement dans les cadres de l'Etat, de chaque Etat pris individuellement, avec toutes ses particularités distinctives engendrant, dans chacun d'eux, entre tous les membres de la nation, par le jeu combiné des activités privées et publiques, une solidarité supérieure, à la fois juridique et économique, une solidarité par l'effet de laquelle tous les membres de la nation sont liés les uns aux autres, comme les passagers d'un même navire et voués aux mêmes destinées. De l'étude concrète de cette solidarité inéluctable qui seule peut fournir une base solide à la théorie de la propriété et surtout à l'organisation de son régime juridique, d'une organisation variable d'un pays à l'autre, se dégage, à l'usage des propriétaires et aussi des non-propriétaires, une leçon ou plutôt deux leçons complémentaires l'une de l'autre dont la compréhension serait de nature à atténuer les oppositions qui les divisent, à les rapprocher dans un effort commun pour sauvegarder, en organisant sagement la propriété, des intérêts qui sont, en même temps, ceux de tous et ceux de l'économie nationale.

Aux propriétaires, la considération de la solidarité nationale suggère de supporter sans impatience les limitations de leurs droits, et même les réductions de leurs gains, qui sont de nature à augmenter le rendement de la production et finalement à accroître la richesse nationale profitable à tous. Elle leur suggère de ne point réagir aveuglément contre l'extension des fonctions économiques de l'Etat et contre les charges fiscales, quand elles répondent à de véritables nécessités et quand elles produisent de bons effets économiques. Elle leur suggère de ne point repousser systématiquement la

collaboration avec les groupements professionnels qui, quand elle n'empiète pas indûment sur les fonctions des dirigeants responsables, peut être dans l'entreprise un facteur de paix et de bonne entente ; elle leur suggère de ne point rejeter en bloc la réglementation industrielle qui diminue pour les travailleurs la fatigue et les risques et qui peut accroître aussi le rendement de leur travail, de payer aux travailleurs un salaire en rapport avec le rendement de leur effort. La considération de la solidarité nationale incline en un mot les propriétaires à accepter toutes les mesures qui tendent à organiser entre eux la collaboration dans l'économie nationale, à empêcher l'abus de la propriété, à la mettre dans les cadres d'une économie sagement organisée et dirigée au service de l'intérêt public, à en accroître le rendement, à la rendre accessible à tous, à la diffuser dans toutes les classes, à lui donner aussi la seule chance qui lui reste de résister avec succès aux attaques dont elle est l'objet. La propriété, comme toutes les autres institutions, ne peut durer qu'en s'adaptant aux nécessités nouvelles de la collaboration imposées par l'évolution de la technique et par l'évolution des esprits, qu'en évoluant, comme elle a toujours évolué, avec les formes de l'activité économique et avec l'équilibre changeant des forces qu'elle met en jeu.

A ceux qui ne bénéficient pas de la propriété, la considération de la solidarité nationale suggère, de ne point contester au propriétaire, qui épargne, qui fournit les avances, et supporte les responsabilités, les pouvoirs dont il a besoin pour coordonner les activités, et en sauvegarder le rendement, de ne point paralyser ses initiatives, de ne point lui refuser une rémunération en rapport avec ses sacrifices, ses efforts et ses risques ; elle leur suggère de ne point désorganiser imprudemment et à la légère une institution qui est, depuis des siècles, la clef de voûte de la civilisation, de ne point aller au delà des transformations actuellement réalisables et d'une valeur certaine, en un mot de ne point tuer la poule aux œufs d'or en lui demandant plus qu'elle ne peut produire.

Aux bénéficiaires comme aux non-bénéficiaires de la propriété, comme aux bénéficiaires de toutes les propriétés en lutte eux aussi les uns avec les autres, la considération de la solidarité nationale suggère de donner à la concurrence qui les divise inéluctablement et qui, suivant la façon dont ils la comprennent, peut être pour eux un stimulant utile ou les dresser les uns contre les autres en des conflits sans issue, une orientation saine, qui favorise la collaboration nationale au lieu de l'entraver, qui fonctionne comme un facteur de collaboration.

C'est seulement en s'inspirant de ces données concrètes qu'on pourra juger de la valeur du régime juridique de la propriété et l'adapter, dans chaque pays, à la psychologie de sa population, à ses traditions, aux particularités de son organisation ¹². Nous n'ignorons point d'ailleurs que la voix de la raison domine difficilement la clameur des intérêts et des passions en lutte. Mais la raison

appuyée sur les données concrètes de l'expérience est le seul obstacle préventif que l'on puisse opposer au déchaînement irréfléchi des antagonismes et, quand on l'a méconnue, c'est à elle encore qu'il faut revenir et qu'on revient par la force des choses, pour guérir les blessures auxquelles on s'est exposé en refusant de l'écouter à temps.

CONCLUSION

De cette analyse sommaire des fondements de la propriété et de la multitude des facteurs qui interviennent dans leur détermination, il résulte, qu'en cette matière comme en bien d'autres, la théorie a besoin de se rapprocher des faits et de s'y adapter. Tandis que de nombreux théoriciens juristes ou économistes discutaient et discutent encore sur la valeur comparée d'un droit de propriété individuelle et d'un droit de propriété collective, supposés absolus et illimités, le régime juridique de la propriété continuait à évoluer, à osciller comme il l'a toujours fait entre ces deux pôles, pour se plier aux exigences de la collaboration. Il tend actuellement à revêtir, entre le collectivisme absolu et l'individualisme absolu, des formes complexes et nuancées qui ne réalisent ni l'un ni l'autre, qui, sans doute, dans le moment présent, nous éloignent du premier pour nous rapprocher du second. Mais on ne saurait affirmer que, dans l'avenir comme cela s'est déjà vu dans le passé, elles ne nous éloigneront pas du second pour nous rapprocher plus ou moins du premier, si l'expérience et les dures leçons qu'elle nous inflige parfois, démontreraient qu'on s'en est trop écarté.

Au sujet des formes que revêtira dans l'avenir le droit de propriété nous ne pouvons rien affirmer. Notre effort doit se borner à s'adapter aussi exactement que possible aux exigences du moment présent. Mais pour juger de la valeur des adaptations actuelles et les améliorer si nous le pouvons, les considérations juridiques tirées des droits de l'individu, tels que nous les concevons, d'une façon d'ailleurs plus ou moins arbitraire et changeante, ne sont pas suffisantes. On en peut dire autant des considérations économiques tirées des conditions générales et abstraites de la concurrence et de la collaboration humaines. Pour aboutir à des solutions justes et efficaces, il faut passer des abstractions à l'étude concrète sous ses aspects à la fois juridiques et économiques de l'économie nationale en général et de chaque économie nationale en particulier.

¹ C'est ici le lieu de rappeler que M. Gény se fait du droit naturel une conception épurée et précisée qui ne s'harmonise pas toujours avec certaines formes de la conception traditionnelle.

² DEAT (Marcel), *Perspectives socialistes*, Paris, 1932, p. 179

³ *Ibid.*, p. 182.

⁴ *Ibid.*, p. 162

⁵ *Ibid.*, p. 221.

⁶ *Ibid.*, p. 131.

⁷ F. GÉNY, *Science et technique*, t. II, p. 403.

⁸ Il a émis des emprunts pour plus de cent milliards de francs.

⁹ LANDRY, *De l'utilité sociale de la propriété individuelle*, Paris, 1901.

¹⁰ *Perspectives socialistes*, p. 200.

¹¹ TRUCHY (H.), *L'Economie dirigée*, communication au Conseil national de l'organisation française (*Bulletin* de mai 1932) ; PIROU (G.), *La crise du capitalisme*, Paris 1934 ; DE MENTHON (F.), *Communication au congrès du parti démocratique populaire*, 13 nov. 1932 ; BRCCARD (L.), DOBBERT (G.), HOBSON (J. A.), LANDAUER (C.), LORWIN (L.), SPIRITO (U.), *L'economia programmatica*, Florence 1933 ; BROCARD (L.), *Le but et les méthodes de l'économie dirigée* (*Revue économique internationale*, décembre 1933).

¹² De ce point de vue il apparaît qu'en France, pays de l'individualisme, la propriété a des fondements plus solides que dans beaucoup d'autres pays et répond à des nécessités actuelles plus impérieuses.

TITRE V

SOURCES DU DROIT DU TRAVAIL

CHAPITRE PREMIER

La natura giuridica delle decisioni della magistratura del lavoro in Italia

par P. CALAMANDREI,
Professeur à l'Université de Florence

SOMMARIO : 1. Caratteri di queste decisioni secondo la l. 3 aprile 1926 : posizione del problema. — 2. Confronto della efficacia generale di queste decisioni cogli effetti della cose giudicata. — 3. Id. colla efficacia dei « precedenti » obbligatori. — 4. Id. cogli « arrêts de règlement » dei Parlamenti francesi. — 5. Duplice aspetto delle decisioni della M.d.L., secondochè si considerano difronte alle associazioni o difronte ai singoli. — 6. Il contratto collettivo nei confronti delle associazioni contraenti. — 7. Le decisioni della M.d.L. nei confronti dei singoli. — 8. Id. id. nei confronti delle associazioni contendenti.

La nature juridique des décisions de la magistrature du travail en Italie

par P. CALAMANDREI,
Professeur à l'Université de Florence

Traduit par Albert LEVET,
Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Grenoble

SOMMAIRE : 1. Caractères de ces décisions d'après la loi du 3 avril 1926 : position du problème. — 2. Comparaison de l'efficacité générale de ces décisions avec les effets de la chose jugée. — 3. Avec l'efficacité des « précédents » obligatoires. — 4. Avec les « arrêts de règlement » des parlements français. — 5. Double aspect des décisions de la magistrature du travail, selon qu'on le considère au regard des associations ou des particuliers. — 6. Le contrat collectif en regard des particuliers et des associations contractantes. — 7. Les décisions de la M. d. T. au regard des particuliers. — 8. Au regard des associations plaidantes.

1. La legge 3 aprile 1926 n. 563 che, integrata dal r. decr. 1° luglio 1926 n. 1130, ha posto in Italia le basi del vigente ordinamento sindacale, ha affidato alla Magistratura del Lavoro, organo permanente istituito per decidere i conflitti *collettivi* del lavoro (quelli che l'art. 13 della surricordata legge chiama « le controversie relative alla disciplina dei rapporti collettivi del lavoro ») la risoluzione di due tipi di controversie collettive¹, che nella dottrina si sogliono designare colla rispettiva qualifica di *giuridiche* e di *economiche*, cioè le controversie che concernono « l'applicazione dei contratti collettivi o di altre norme esistenti » e quelle che concernono « la formulazione di nuove condizioni di lavoro » (art. 13 cit.; art. 71 r. decr. 1° luglio 1926).

Le decisioni della Magistratura del Lavoro sui conflitti collettivi, quantunque del legislatore siano per la loro forma denominate « sentenze » (cf. specialmente gli art. 85 e segg. del r. decr. 1° luglio 1926), hanno in realtà una funzione ed una efficacia che appaiono sostanzialmente diverse da quelle delle sentenze ordinarie. Infatti, mentre è inseparabile dal comune concetto di sentenza il carattere di pronuncia *speciale e concreta* (*lex specialis*), con effetti limitati al singolo rapporto controverso sul quale essa *facit ius inter partes*, le sentenze della Magistratura del Lavoro, di cui qui si parla, hanno, come i contratti collettivi, il singolare effetto di dar vita, per i singoli lavoratori e datori di lavoro, a norme generali ed astratte le quali per essi non regolano in concreto un rapporto (o una pluralità di rapporti) già esistente, ma stabiliscono in anticipo, in forma ipotetica, il regolamento che dovrà valere in tutti i casi, concepiti come possibili in serie indeterminata, di stipulazione di contratto

1. La loi du 3 avril 1926 n° 563, qui complétée par le décret royal du 1^{er} juillet 1926 n° 1130, a jeté en Italie les bases de l'organisation syndicale en vigueur, a confié à la magistrature du travail, organisme permanent créé pour trancher les conflits *collectifs* du travail (ceux que l'art. 13 de la loi citée appelle « les litiges relatifs à la discipline des rapports collectifs du travail »), la solution de deux types de litiges collectifs, que la doctrine désigne d'ordinaire sous le nom de litiges *juridiques* et *économiques* : ceux qui concernent « l'application des contrats collectifs ou d'autres règles en vigueur », et ceux qui concernent « l'établissement de nouvelles conditions de travail » (art. 13 cité, art. 71 décret 1^{er} juil. 1926).

Les décisions de la magistrature du travail relatives aux conflits collectifs, bien que le législateur s'attachant à leur forme, les qualifie de « jugements » (cf. notamment art. 85 et sq. du décret du 1^{er} juillet 1926), ont en réalité une fonction et une efficacité substantiellement différente de celles qu'ont les jugements ordinaires. La conception ordinaire du jugement s'accompagne toujours, en effet, de l'idée de décision, *spéciale et concrète* (*lex specialis*), avec des effets limités au seul litige sur lequel le jugement *facit ius inter partes*, alors que les jugements de la magistrature du travail ont, comme les contrats collectifs, le singulier effet de donner naissance, pour chacun des ouvriers ou des patrons, à des règles générales et abstraites qui ne gouvernent pas de façon concrète un rapport (ou une série de rapports) préexistant, mais fixent à l'avance, sous forme hypothétique, le règlement qui devra valoir pour tous les cas,

di lavoro individuale fra appartenenti a certe categorie (cf. art. 10 e 17 L. 3 aprile 1926 ; art. 87 r. decr. 1° luglio 1926).

D'altra parte, mentre è carattere tradizionale della sentenza quello di essere *dichiarativa* e non innovativa del diritto preesistente, le decisioni della Magistratura del Lavoro, quando, per controversie cosiddette *economiche*, contengono la « formulazione di nuove condizioni del lavoro », hanno l'effetto di creare, per tutti gli appartenenti alle categorie interessate nel conflitto, norme obbligatorie, le quali modificano il diritto preesistente e pongono per l'avvenire diritto nuovo.

I caratteri, per i quali queste decisioni della Magistratura del Lavoro si distinguono dalle comuni sentenze, sono dunque gli stessi per cui dalle comuni sentenze si distingue la legge in senso sostanziale : sopra tutto è notevole in queste decisioni (non solo in quelle che risolvono controversie collettive cosiddette *economiche*, ma anche in quelle che risolvono controversie collettive cosiddette *giuridiche*) quella forma logica di giudizio ipotetico che siamo abituati a considerar tipica della legge, la quale prevede in astratto una certa fattispecie e stabilisce in ipotesi per essa certe conseguenze giuridiche, che dovranno poi entrare in vigore solo ed in tutti i casi in cui la fattispecie astrattamente prevista si verifichi in concreto nella realtà. Così la decisione della Magistratura del Lavoro che pronunci su una controversia collettiva *giuridica* (cioè « concernente l'applicazione dei contratti collettivi o di altre norme esistenti ») si potrà assimilare alla interpretazione autentica o legislativa, che « in modo per tutti obbligatorio » (art. 73 Statuto italiano), cioè in forma gene-

envisagés comme possibles en nombre indéterminé, de conclusion de contrats de travail individuels entre parties appartenant à une certaine catégorie (cf. art. 10 et 17, L. 3 avr. 1926 ; art. 87, D. 1^{er} juill. 1926).

D'autre part, alors qu'un caractère traditionnel du jugement est d'être *déclaratif* et non attributif, les décisions de la magistrature du travail créent, pour tous ceux qui appartiennent aux catégories intéressées au conflit, des règles obligatoires qui modifient le droit antérieur et établissent pour l'avenir un droit nouveau, lorsque dans les conflits dits *économiques* elles « formulent de nouvelles conditions de travail ».

Les caractères qui différencient ces décisions de la magistrature du travail des jugements ordinaires, sont donc les mêmes que ceux qui différencient la loi véritable des jugements ordinaires : ce qu'il y a surtout de remarquable en ces décisions (et non seulement en celles qui tranchent les conflits collectifs dits *économiques*, mais aussi en celles qui tranchent les conflits collectifs dits *juridiques*), c'est cette forme logique de jugement hypothétique que nous sommes habitués à considérer comme étant la forme typique de la loi, laquelle prévoit de façon abstraite une éventualité donnée, et établit par hypothèse pour ce cas certaines conséquences juridiques qui n'entreront en vigueur qu'autant que, mais toutes les fois que, l'éventualité prévue de façon abstraite se vérifiera de façon concrète dans la réalité. Ainsi, la décision de la magistrature du travail statuant sur une controverse collective juridique (c'est-à-dire « concernant l'application des contrats collectifs ou d'autres règles en vigueur ») pourra être assimilée à l'interprétation authentique ou législative qui « de façon obligatoire pour tous » (art. 73, Constitut. ital.),

rale ed astratta, interpreta retroattivamente, *senza innovarlo*, il diritto preesistente ² ; mentre la decisione relativa ad una controversia collettiva economica si potrà avvicinare addirittura alla legge innovativa, che in forma generale ed astratta crea nuovo diritto per l'avvenire.

Si avrebbe dunque, nelle pronuncie della Magistratura del Lavoro sulle controversie collettive, un fenomeno, non infrequente nel campo del diritto pubblico, di discordanza tra la forma e la sostanza del provvedimento : queste decisioni, le quali appaiono giurisdizionali se si guarda al soggetto da cui emanano, che è un autorità giudiziaria, o la *forma* nella quale sono emanate, che è quella propria dei provvedimenti in cui si esplica il potere di cognizione dei giudici, dovrebbero invece esser considerate come provvedimenti legislativi da chi guardi al loro contenuto oggettivo, ai loro effetti sostanziali : sarebbero, in altre parole, leggi in senso sostanziale, emanate, in forma di sentenza, da un organo giudiziario.

Questa discordanza tra forma e sostanza, tra contenuto oggettivo del provvedimento e soggetto che lo emana, non è una novità per la moderna dottrina giuspubblicistica, ed in ispecie per quella processualistica : la quale in questi ultimi decennî ha lavorato con grande forza di penetrazione a mettere in chiaro la sostanziale diversità di contenuto, per la quale si distinguono provvedimenti giudiziari, che, pur essendo emanati nella stessa forma di sentenza, costituiscono in realtà esplicazione di diversi momenti della funzione giurisdizionale (talchè, accanto alle sentenze che sono veri atti di

donc sous une forme générale et abstraite, interprète rétroactivement, *sans le créer*, le droit préexistant ; alors que la décision relative à une controverse collective économique pourra être rapprochée complètement de la loi créatrice qui, sous une forme générale et abstraite, crée pour l'avenir du droit nouveau.

Il y aurait donc, dans les sentences de la magistrature du travail relatives aux controverses collectives, un phénomène, qui n'est pas rare dans le champ du droit public, de discordance entre la forme et le fond de la mesure prise : ces décisions, qui paraissent juridictionnelles si l'on s'en tient au *sujet* de qui elles émanent, lequel est une autorité judiciaire, ou à la forme dans laquelle elles sont rendues, et qui est la forme propre des mesures dans lesquelles se manifeste le pouvoir de cognition des juges, devraient au contraire, à s'en tenir à leur contenu objectif, à leurs effets substantiels, être considérées comme des mesures législatives : en d'autres termes, elles seraient de véritables lois, rendues sous forme de jugements par un organe judiciaire.

Ce désaccord entre le fond et la forme, entre le contenu objectif de la mesure et le sujet qui le prend, n'est pas quelque chose de nouveau pour les théoriciens modernes du droit public, et notamment pour ceux de la procédure : ceux-ci, dans ces dix dernières années, ont travaillé avec une grande sagacité à mettre en lumière la substantielle diversité de contenu qui distingue les mesures judiciaires qui bien que rendues sous forme de sentences, constituent en réalité la manifestation des différentes phases de la fonction juridictionnelle (de sorte que, à côté des sentences qui sont de véritables actes de cognition, il y a celles qui dans le fond constituent des actes d'exécution forcée) et celles

cognizione, si hanno quelle che sostanzialmente costituiscono atti di esecuzione forzata), o che addirittura, sotto forma giurisdizionale, contengono la sostanza di un provvedimento amministrativo, od anche la somma e la combinazione di un atto di cognizione con uno di esecuzione, o di un atto giurisdizionale con uno amministrativo (sentenza cosiddette « oggettivamente complesse ») ³.

Anche per definire la vera essenza delle decisioni della Magistratura del Lavoro di cui qui ci occupiamo, potremo dunque servirci di questi ingegnosi strumenti concettuali di analisi e di distinzione tra forma e contenuto, che la dottrina processualistica più recente, specialmente in Italia, ha saputo utilmente affilare ⁴.

2. Si deve escludere innanzi tutto che la efficacia normativa generale ed astratta delle sentenze della Magistratura del Lavoro possa comunque essere interpretata come un fenomeno di estensione del giudicato : l'efficacia del giudicato colpisce in ogni caso un determinato e concreto rapporto *già esistente*, o una pluralità di concreti rapporti *già esistenti* ; e quand'anche, per certi processi (per es. nei processi civili su questioni di stato o nei processi penali) la dottrina parli talvolta di cosa giudicata che si formerebbe *erga omnes* invece che *inter partes*, non vuol significare con questo che l'autorità obbligatoria del giudicato possa estendersi in questi casi a rapporti astrattamente considerati come possibili nell'avvenire, ma solo che in questi casi la decisione intervenuta sul concreto rapporto controverso

qui, sous la forme juridictionnelle, contiennent ou bien la substance d'une mesure administrative, ou encore le mélange et la combinaison d'un acte de cognition avec un acte d'exécution, ou d'un acte juridictionnel avec un acte administratif -- sentences dites « objectivement complexes ».

De même, pour définir la véritable essence des décisions de la magistrature du travail dont nous nous occupons ici, nous pourrions donc nous servir de ces ingénieuses conceptions, instruments d'analyse et de distinction entre forme et contenu, que les théoriciens, les plus récents de la procédure, spécialement en Italie, ont su utilement mettre au point.

2. Il convient avant tout d'écarter cette idée que l'efficacité normative générale et abstraite des sentences de la magistrature du travail puisse en quelque manière être interprétée comme un phénomène d'extension du jugement : l'efficacité du jugement atteint en tous les cas un rapport déterminé et concret, *déjà existant*, ou plusieurs rapports concrets *déjà existants* ; et même, lorsque, pour certains procès par exemple dans les procès civils sur des questions d'état, ou dans les procès pénaux), la doctrine parle parfois de chose jugée qui s'établirait *erga omnes* et non *inter partes*, elle n'entend pas par là indiquer que la force obligatoire du jugement puisse être étendue en ces cas à des rapports abstraitement considérés comme possibles dans l'avenir, mais simplement que, en ces cas, la décision intervenue sur le point litigieux concret devra être efficace, en tant que décision de ce point concret, même vis-à-vis des tiers, ou bien que le jugement rendu relativement

debba essere operativa, come decisione di quel concreto rapporto, anche verso i terzi, o che il giudicato formatosi su quel rapporto concreto debba riflettersi su altri rapporti *già esistenti e connessi in concreto con quello deciso*. Di tutt'altra natura è la efficacia normativa delle sentenze della Magistratura del Lavoro : quand'essa, decidendo il conflitto insorto fra le associazioni sindacali, che hanno la veste di parti nel processo collettivo (cf. art. 68 e 71 r. decr. 1° luglio 1926) detta in loro vece le condizioni alle quali dovranno assoggettarsi tutti coloro che nell'avvenire vorranno stipulare un contratto individuale di lavoro, non ha dinanzi a sè una pluralità di rapporti concreti da giudicare, quale si avrebbe se fosse chiamata a decidere cumulativamente su una pluralità di contratti individuali già esistenti (nel qual caso il conflitto apparentemente collettivo si ridurrebbe a una somma di conflitti individuali concreti, sottoposti in blocco a un unico giudizio : cosiddetto conflitto *cumulativo*)⁵ ma ha dinanzi a sè *un solo rapporto concreto*, che è quello tra associazioni sindacali in conflitto, dalla cui soluzione scaturirà una norma astratta, posta per tutta una serie indeterminata di possibili rapporti tra individui, cioè per tutti i contratti individuali di lavoro che gli appartenenti alle categorie interessate potranno *eventualmente* stipulare nell'avvenire. Tutto questo fa chiaramente comprendere che, se efficacia di giudicato può vedersi nelle decisioni della Magistratura del Lavoro quando le consideriamo nei confronti dell'*unico rapporto concreto* su cui essa è chiamata a decidere (cioè nei confronti del rapporto *tra associazioni sindacali*) (cf. oltre, n. 8), l'efficacia normativa che queste decisioni esercitano in astratto su tutta la serie dei rapporti individuali possibili in futuro ma non ancora esistenti, non ha niente

à ce point concret devra se répercuter sur les autres rapports *déjà existants et qui dans le concret ont un lien de connexité avec cette décision*. L'efficacité normative des sentences de la magistrature du travail est d'une nature toute différente : lorsqu'elle tranche le conflit qui a surgi entre les associations syndicales, lesquelles jouent le rôle de parties dans le procès collectif (cf. art. 68 et 71, D. 1^{er} juillet 1926), et qu'elle dicte à la place de celles-ci les conditions auxquelles devront se soumettre tous ceux qui dans l'avenir voudront conclure un contrat individuel de travail, elle n'a pas devant elle à juger une série de rapports concrets, comme ce serait le cas si elle était appelée à se prononcer cumulativement sur une série de contrats individuels déjà existants (auquel cas le conflit, collectif en apparence, se réduirait à une somme de conflits individuels concrets, soumis en bloc à un unique jugement : c'est le conflit *cumulatif*), mais elle se trouve en présence d'un *seul rapport concret*, qui est celui qui divise les associations syndicales ; de cette solution, jaillira une règle abstraite, posée pour toute une série indéterminée de rapports possibles entre individus, pour tous les contrats individuels de travail que pourront *éventuellement* conclure dans l'avenir ceux qui appartiennent aux catégories intéressées.

Tout cela fait clairement comprendre que, si l'on peut reconnaître l'efficacité d'un jugement aux décisions de la magistrature du travail, lorsqu'on les examine relativement à *l'unique rapport concret* sur lequel elle a été appelée à se prononcer (donc relativement au rapport entre associations syndicales) (v. aussi n° 8), l'efficacité normative que ces décisions exercent dans l'abstrait sur toute la série des rapports indivi-

a che vedere colla autorità della cosa giudicata, ma ha al contrario tutti gli effetti che sono propri della legge : poichè se regolare in concreto su un rapporto già esistente è proprio del giudice, regolare in astratto una serie di rapporti non ancora esistenti, ma considerati come possibili nell'avvenire, è proprio del legislatore.

3. L'efficacia normativa delle decisioni della Magistratura del Lavoro non è neanche paragonabile a quella che i precedenti giudiziari possono esercitare sui casi simili, quando la stessa questione giuridica già decisa una prima volta si ripresenti in occasione di una nuova controversia. Questa efficacia dei *praeiudicia* può esercitarsi di fatto, come accade negli ordinamenti dell'Europa continentale, in cui il precedente giudiziario ha sui giudici una efficacia puramente morale e psicologica, che la Corte di Cassazione, o i tribunali supremi costruiti a sua somiglianza, coordinano e disciplinano⁶ ; oppure può essere riconosciuta di diritto come nel sistema anglo-americano dei precedenti obbligatori⁷, nel quale il giudice è tenuto a *stare decisis*, cioè ad applicare come legge le massime giurisprudenziali stabilite in casi simili in altri giudizi anteriori. Ma, in ambedue i sistemi, la massima giurisprudenziale, che assume successivamente in altri processi la efficacia di « precedente », trae vita dalla decisione di un singolo rapporto concreto, in relazione al quale il giudice ha avuto occasione di formulare, come premessa maggiore del suo sillogismo, una massima di diritto che è poi apparsa applicabile ad altri casi simili. Il precedente giudiziario, insomma, si desume da una vera sentenza, la quale, nella sua conclusione con-

duels possibles dans le futur, mais non encore nés, n'a rien à voir avec l'autorité de la chose jugée, et qu'au contraire, elle possède tous les effets qui sont propres à la loi : car si le fait de statuer *in concreto* sur un rapport déjà existant est le propre du juge, le fait de régir *in abstracto* une série de rapports n'existant pas encore, mais considérés comme possibles dans l'avenir, est le propre du législateur.

3. L'efficacité normative des décisions de la magistrature du travail n'est pas même comparable à celle que les précédents judiciaires peuvent exercer sur des cas semblables, lorsque la même question de droit qui a été tranchée une première fois se représente à l'occasion d'une nouvelle controverse. Cette efficacité des *praeiudicia* peut s'exercer *en fait*, comme c'est le cas des organisations de l'Europe continentale où le précédent judiciaire a sur les jugements une efficacité purement morale et psychologique, que la Cour de cassation ou les tribunaux suprêmes établis à l'image de celle-ci, coordonnent et disciplinent ; ou bien, elle peut être reconnue *en droit*, comme dans le système anglo-américain des précédents obligatoires, dans lequel le juge est tenu à *stare decisis*, c'est-à-dire à appliquer comme loi les maximes jurisprudentielles établies dans des cas semblables par d'autres jugements antérieurs. Mais dans les deux systèmes la maxime jurisprudentielle, qui a ensuite dans d'autres procès l'efficacité de « précédent », prend naissance dans la décision donnée sur un procès concret déterminé, relativement auquel le juge a eu l'occasion de formuler, comme prémisses majeure de son syllogisme, une maxime de droit qui est apparue ensuite comme pouvant être appliquée à d'autres cas semblables. Le précédent judiciaire, en somme, se

cernente il singolo caso deciso, non è altro che un atto giurisdizionale, suscettibile di passare in giudicato : senonchè in questo sillogismo, di cui la conclusione è una sentenza, la premessa maggiore viene per sovrappiù utilizzata a regolare per il futuro tutti i casi simili, con efficacia normativa di natura sostanzialmente legislativa. Nel sistema dei precedenti obbligatori l'atto che formalmente è una sentenza si può dunque considerare sotto l'aspetto sostanziale come la combinazione di un atto giurisdizionale (conclusione) con un atto legislativo (premissa maggiore); ma l'atto legislativo non è altro che una conseguenza riflessa e si potrebbe dire involontaria dell'atto giurisdizionale, perché il fine diretto ed immediato, che il giudice si propone, è solo quello della decisione giurisdizionale di una controversia concreta.

E' facile intendere come tutto questo non abbia niente di comune colla efficacia normativa delle decisioni della Magistratura del Lavoro : la quale, quando stabilisce, in occasione di un conflitto tra associazioni sindacali, le condizioni di lavoro che dovranno in seguito essere osservate nei contratti individuali, non giudica su un singolo e concreto rapporto individuale la cui decisione debba poi di riflesso valere, a guisa di modello, per tutti i conflitti individuali simili, ma giudica su un conflitto tra associazioni allo scopo immediato e diretto di formulare, in vece di esse, le condizioni di lavoro che dovranno valere per tutti i contratti individuali futuri ; tale formulazione non viene dunque desunta in via indiretta dalla premessa maggiore del sillogismo, ma ne costituisce invece la aperta conclu-

déduit d'une véritable sentence, laquelle, dans sa conclusion tranchant le cas particulier, n'est autre chose qu'un acte juridictionnel susceptible de former chose jugée : sauf que, dans ce syllogisme qui a pour conclusion une sentence, la prémisses majeure est en outre utilisée pour régir dans le futur tous les cas semblables, avec une efficacité normative de nature substantiellement législative. Dans le système des précédents obligatoires, l'acte, qui dans la forme est une sentence, peut donc, relativement à son contenu substantiel, être considéré comme la combinaison d'un acte juridictionnel (conclusion) et d'un acte législatif (prémisse majeure); mais l'acte législatif n'est autre chose qu'une conséquence réfléchie et, pourrait-on dire, involontaire de l'acte juridictionnel, puisque la fin directe et immédiate que se propose le juge est uniquement de trancher juridictionnellement une controverse concrète.

Il est facile de voir comment tout ce système n'a rien de commun avec l'efficacité normative des décisions de la magistrature du travail : lorsque celle-ci établit, à l'occasion d'un conflit entre associations syndicales, les conditions de travail qui devront par la suite être observées dans les contrats individuels, elle ne juge pas sur un rapport individuel déterminé et concret, dont la solution devra ensuite, par réflexion, valoir comme modèle pour tous les conflits individuels semblables ; elle juge sur un conflit entre associations, dans le but immédiat et direct de formuler, à la place de celles-ci, les conditions de travail qui devront valoir pour tous les contrats individuels futurs. La détermination de ces conditions n'est donc pas déduite indirectement de la prémisses majeure du syllogisme, elle en constitue au contraire la conclusion ouverte. Dans le

sione. Nel sistema dei precedenti giudiziari obbligatori il giudice è chiamato a decidere una controversia di specie, e se da questa sua decisione si desumono in seguito norme di carattere generale, ciò avviene senza la diretta volontà del giudice, quasi si direbbe a sua insaputa ; nel sistema sindacale italiano, invece, la Magistratura del Lavoro è chiamata direttamente, come suo proprio ufficio, a porre nel dispositivo della sua pronuncia, norme di carattere generale, la cui formulazione costituisce il punto d'arrivo della sua funzione.

4. Maggiori punti di somiglianza colle decisioni della Magistratura del Lavoro si possono riscontrare invece in quelle pronuncie di cui gli antichi parlamenti francesi, corti giudiziarie di secondo grado sotto l'*ancien régime*, si servivano per mettere in vigore nella propria circoscrizione norme di carattere generale, alle quali intendevano poi uniformarsi nel decidere le singole controversie⁸. Queste pronuncie, conosciute col nome di *arrêts de règlement*, quantunque avessero, in apparente armonia coll'ufficio giudiziario, delle corti che le emettevano, forme esteriori proprie delle sentenze, mancavano però di quello che è il presupposto sostanziale di ogni sentenza, cioè di qualsiasi concreto riferimento ad un singolo rapporto controverso : e indirizzate, com'erano, a porre in astratto norme da valere per l'avvenire, costituivano in sostanza atti di natura puramente legislativa, che furono infatti considerate come abusive usurpazioni dei poteri regi e che costituirono per questo una delle cause dell'aspra lotta fra monarchia e parlamenti.

Negli *arrêts de règlement*, come nelle decisioni della Magistra-

ystème des précédents judiciaires obligatoires, le juge est appelé à trancher une controverse d'espèce, et si on déduit ensuite de sa décision des règles de caractère général, cela se produit sans la volonté directe du juge, on dirait presque à son insu ; dans le système syndical italien, au contraire, la magistrature du travail est appelée directement, en vertu de sa fonction propre, à poser dans le dispositif de sa décision des règles de caractère général, dont l'énoncé constitue le point d'arrivée de sa fonction.

4. On peut au contraire trouver plus de points de ressemblance entre les décisions de la magistrature du travail et les décisions dont les anciens parlements français, cours judiciaires du deuxième degré sous l'ancien régime, se servaient pour mettre en vigueur dans leur propre ressort des règles de caractère général auxquelles ils entendaient se conformer pour trancher les controverses. Ces décisions connues sous le nom d'*arrêts de règlement*, bien qu'apparemment conformes à la fonction judiciaire des cours qui les rendaient, bien que revêtues extérieurement des formes propres aux jugements, manquaient cependant du fondement substantiel de tout jugement : d'un rapport concret avec une controverse donnée. Tendait à poser dans l'abstrait des règles à appliquer dans l'avenir, elles constituaient en substance des actes de nature purement législative, qui, de fait, furent considérés comme des usurpations abusives des pouvoirs royaux, et qui constituèrent une des causes de l'âpre lutte entre la monarchie et les parlements.

Dans les arrêts de règlement, comme dans les décisions de la magis-

tura del Lavoro, si ha dunque questo comune carattere : che la statuizione di norme generali costituisce lo scopo ultimo della pronuncia, la conclusione e non una premessa del sillogismo. Senonchè vien fuori anche qui una differenza : in quanto, mentre gli *arrêts de règlement* erano pronunciati dai Parlamenti di propria iniziativa, indipendentemente dall'esistenza di una qualsiasi concreta controversia attuale, le statuizioni di norme generali che la Magistratura del Lavoro è chiamata a pronunciare trovano la loro ragion d'essere nella esistenza di una concreta controversia *tra associazioni sindacali*, cioè in un conflitto che la Magistratura del Lavoro è chiamata a risolvere.

5. Ma la singolarità tipica di questa situazione à la seguente : che il conflitto che la Magistratura del Lavoro è chiamata a decidere, verte tra soggetti (associazioni sindacali) di una gerarchia diversa da quella a cui appartengono i soggetti (singoli lavoratori o datori di lavoro) tra i quali verteranno i conflitti *individuali*, che saranno in futuro regolati dalle norme emanate dalla Magistratura del Lavoro : talchè mentre per questi futuri conflitti individuali tra singoli lavoratori o datori di lavoro la pronuncia della Magistratura del Lavoro funziona come una legge (regolamento *a priori* di rapporti futuri considerati come possibili in serie indeterminata), per il conflitto tra associazioni sindacali la pronuncia della Magistratura del Lavoro funziona come una vera sentenza (regolamento *a posteriori* di un concreto rapporto già esistente).

Questa osservazione costituisce forse la chiave per intendere

trature du travail, on rencontre donc ce caractère commun que l'établissement de règles générales constitue le but ultime de la décision, la conclusion et non une prémisse du syllogisme. Toutefois, là aussi une différence ressort : alors que les arrêts de règlement étaient rendus par les parlements de leur propre initiative, en dehors de l'existence présente d'un conflit concret, les règles générales que la magistrature du travail est appelée à émettre trouvent leur raison d'être dans l'existence d'une controverse concrète *entre associations syndicales*, dans un conflit que la magistrature du travail est appelée à trancher.

5. Mais la particularité type de cette situation est la suivante : le conflit que la magistrature du travail est appelée à trancher se déroule entre parties (associations syndicales) appartenant à une hiérarchie différente de celle à laquelle appartiennent les parties (employés ou employeurs) des conflits individuels qui seront régis dans l'avenir par les règles édictées par la magistrature du travail : en sorte que, si, pour ces futurs conflits individuels entre employeurs ou employés, la décision de la magistrature du travail assume la fonction d'une loi (règlement *a priori* de rapports futurs considérés comme possibles en nombre indéterminé), pour le conflit entre associations syndicales, la décision de la magistrature du travail, assume la fonction d'un véritable jugement (règlement *a posteriori* d'un rapport concret déjà existant).

Cette observation fournit peut-être la clef pour comprendre dans sa

nella sua esatta portata la complessa natura giuridica di queste pronuncie : le quali non sono nè soltanto sentenze nè soltanto leggi ; ma sono sentenze o leggi secondochè si guardino dal punto di vista delle associazioni sindacali che son parti nel conflitto, o dal punto di vista dei singoli lavoratori o datori di lavoro, che dalla soluzione del conflitto tra associazioni attendono la loro legge. Siamo forse, anche qui, in un caso di pluralità di ordinamenti giuridici: nell'ordinamento giuridico di cui sono soggetti le associazioni sindacali, la pronuncia della Magistratura del Lavoro appare come una sentenza; nell'ordinamento giuridico di cui sono soggetti i singoli, quella pronuncia appare comme una legge ⁹.

6. In fondo, questa duplicità di aspetti delle decisioni della Magistratura del Lavoro non è che una proiezione nel campo processuale di quella duplicità di aspetti che nel campo del diritto sostanziale presenta il contratto collettivo.

Attraverso le appassionante discussioni che si sono svolte in Italia, dopo l'entrata in vigore dell'ordinamento sindacale, sulla natura giuridica del contratto collettivo, la cui definizione oscilla tra la nozione di contratto e quella di legge, mi pare che ormai si vada sempre più facendo strada la opinione, che sopra tutto si appoggia sulla autorità del *Romano* ¹⁰, secondo la quale nel contratto collettivo coesistono, *in direzioni diverse*, caratteri contrattuali e caratteri legislativi ; in quanto esso è un vero contratto per le associazioni sindacali che lo stipulano, mentre è una fonte di norme giuridiche

portée exacte la nature juridique complexe de ces décisions qui ne sont ni uniquement des jugements, ni uniquement des lois, mais qui sont des jugements ou des lois selon qu'on les examine du point de vue des associations syndicales qui sont parties au procès, ou du point de vue de chacun des employés ou employeurs qui attendent leur propre loi de la solution du conflit entre les associations. Là encore, peut-être, nous sommes en présence d'un cas de pluralité de régimes juridiques : dans l'organisation juridique dont les associations syndicales sont les sujets, la décision de la magistrature du travail apparaît comme étant un jugement : dans l'organisation juridique dont les particuliers sont les sujets, cette décision apparaît comme étant une loi.

6. Au fond cette dualité d'aspects des décisions de la magistrature du travail n'est que la projection, dans le domaine de la procédure, de cette dualité d'aspects que présente le contrat collectif dans le domaine du fond du droit.

A travers les discussions passionnées qui se sont déroulées en Italie à la suite de l'entrée en vigueur de l'organisation syndicale, au sujet de la nature juridique du contrat collectif, dont la définition oscille entre la notion de contrat et celle de loi, il me semble que l'idée fait de plus en plus son chemin, s'appuyant surtout sur l'autorité de Romano, que dans le contrat collectif il y a coexistence, *dans des directions différentes*, de caractères contractuels et de caractères législatifs : il est un véritable contrat pour les associations syndicales qui le concluent, mais il est une source de règles juridiques pour chacun des employeurs et employés qui doivent s'y conformer dans la conclusion

per i singoli lavoratori e datori di lavoro, che ad esso debbono uniformarsi nel concludere i contratti individuali. Che per le associazioni sindacali il contratto collettivo sia un vero contratto, non mi par più dubitabile, dopo le dimostrazioni che autorevoli studiosi ne hanno date ¹¹ : non solo perchè le associazioni stipulanti appaiono indubbiamente, almeno a chi non voglia chiudere gli occhi sulla realtà, in quella posizione di antagonismo di interessi (interessi di categoria), che è presupposto inseparabile di ogni vero contratto ¹² ; ma anche perchè dal contratto collettivo scaturiscono doveri e diritti reciproci delle associazioni stipulanti ¹³, i quali dimostrano che col contratto collettivo le associazioni non solo creano norme generali ed astratte per regolare in avvenire rapporti (individuali), *altrui*, ma creano altresì un singolo vincolo *fra loro* (art. 1098 Cod. civ.), per regolare in concreto un rapporto già esistente, di cui esse associazioni sono i soggetti, e per obbligarsi a rispettare e a far rispettare dai singoli le condizioni di lavoro concordate. D'altra parte, mi par sicuro che se non proprio *da* questo contratto, certo *in conseguenza di* questo contratto stipulato tra associazioni (cf. oltre, n. 6), scaturiscono per i singoli lavoratori e datori di lavoro comandi giuridici che hanno, per essi, carattere non contrattuale ma legislativo : la natura astratta ed ipotetica di questi comandi, di cui potranno esser destinatari tutti coloro che in avvenire verranno a far parte della categoria (anche se non iscritti alle associazioni, art. 5 L. 3 aprile 1926), vieta di considerare il contratto collettivo come una somma di contratti individuali su una pluralità di rapporti individuali con-

des contrats individuels. Que pour les associations syndicales le contrat collectif soit un véritable contrat, cela ne me paraît plus pouvoir être mis en doute depuis les démonstrations qu'en ont fournies des études qui font autorité : et cela, non seulement parce que les associations contractantes apparaissent indubitablement — à celui du moins qui ne veut pas fermer les yeux sur la réalité — comme étant dans la situation d'antagonisme d'intérêts (intérêts des catégories) qui est le fondement indispensable de tout vrai contrat, mais aussi parce que du contrat collectif jaillissent les droits et devoirs réciproques des associations contractantes, droits et devoirs qui démontrent qu'avec le contrat collectif les associations non seulement créent des règles générales et abstraites pour régler dans l'avenir les rapports (individuels) *d'autrui*, mais créent aussi un lien particulier « entre elles » (art. 1098 C. civ.) pour régler dans le concret un rapport déjà existant, dont ces associations sont les sujets, et pour s'obliger à respecter et faire respecter par chacun les conditions de travail stipulées. D'autre part, il me paraît certain que, sinon vraiment *de* ce contrat, du moins *en conséquence de* ce contrat passé entre associations (cf. aussi n° 6), des injonctions juridiques vont naître pour chacun des employés et employeurs, et qui auront vis-à-vis de ces personnes un caractère non plus contractuel mais législatif : la nature abstraite et hypothétique de ces injonctions, qui pourront s'adresser à tous ceux qui dans l'avenir viendront à faire partie de la catégorie (même s'ils ne sont pas inscrits aux associations, art. 5, L. 5 avr. 1926), met obstacle à ce qu'on puisse considérer le contrat collectif comme une somme de contrats individuels portant sur une série de rapports individuels concrets, conclus en bloc par les associa-

creti, conclusi in fascio dalle associazioni in rappresentanza dei singoli associati ; nè, quantunque a più riprese i testi fondamentali dell'ordinamento sindacale considerino i singoli lavoratori o datori di lavoro come « rappresentati » dalle rispettive associazioni (per es. art. 5 e 17 L. 3 aprile 1926), si vuol parlare qui di rappresentanza di volontà in senso tecnicamente proprio, quale forse si avrebbe se le associazioni potessero stipulare in concreto contratti individuali obbligatori per i singoli datori di lavoro o lavoratori ad esse iscritti, ma, in senso assai più vago, di mera rappresentanza di interessi ¹⁴, in quello stesso senso col quale si dice che nei rapporti internazionali lo Stato *rappresenta i propri sudditi*.

Ecco che siamo giunti così, naturalmente, a cercar analogie nel diritto internazionale ¹⁵ : questa molteplicità di aspetti, questa diremmo quasi pluralità di sfaccettature, che il contratto collettivo presenta in direzioni diverse, secondochè lo si consideri dal punto di vista delle associazioni stipulanti, che poste l'una dinanzi all'altra in condizioni di parità sullo stesso piano, difendono ciascuna, con spirito di contraenti, l'interesse di categoria di cui sono rappresentanti, ovvero dal punto di vista dei singoli lavoratori e datori di lavoro, ai quali, da piano inferiore in cui essi si trovano, le due associazioni appaiono come organi cooperanti a preparare una legge alla quale essi singoli saranno soggetti, fa pensare a quelle interferenze che nei rapporti tra Stati si verificano talvolta tra l'ordinamento internazionale e gli ordinamenti interni, per cui può accadere che uno stesso atto appaia dotato di diversa natura, e dia per così dire

tions au nom de chacun des associés ; de même, bien qu'à plusieurs reprises les textes fondamentaux de l'organisation syndicale considèrent les employeurs ou employés comme « représentés » par leurs associations respectives (par ex. art. 5 et 17, L. 3 avr. 1926), on n'entend pas y parler de représentation de volonté dans le sens technique et propre, ce qui serait peut-être le cas si les associations pouvaient conclure dans le concret des contrats individuels obligatoires pour tous les employeurs et employés affiliés à elles ; l'expression est prise dans le sens sensiblement plus large de simple représentation des intérêts ; dans ce sens même qu'elle a lorsqu'on dit que dans les rapports internationaux l'Etat *représente ses propres sujets*.

Et voilà que nous sommes ainsi amenés naturellement à rechercher des analogies dans le droit international : cette multiplicité d'aspects, cette multiplicité de facettes, dirons-nous, que le contrat collectif présente en des directions différentes, selon qu'on le considère du point de vue des associations contractantes, qui, mises l'une en face de l'autre dans des conditions d'égalité, sur un même plan, défendent chacune, avec l'esprit des contractants, les intérêts des catégories qu'elles représentent, ou qu'on le considère du point de vue des employeurs et employés auxquels, du plan inférieur où ils se trouvent, les deux associations apparaissent comme des organes qui coopèrent à la préparation d'une loi à laquelle ils seront tous soumis, cette multiplicité fait penser à ces interférences qui, dans les rapports entre Etats, se vérifient parfois entre l'organisation internationale et les organisations internes, et qui font qu'un même acte peut paraître doué de nature différente et donner pour ainsi dire différents effets de réfraction, selon qu'on le con-

diversi effetti di rifrazione, secondo chè lo si consideri situato nell'ordinamento giuridico degli Stati, ovvero in quello dei sudditi.

Accade di frequente che con un trattato internazionale, nella conclusione del quale gli Stati hanno la posizione di parti contraenti, siano regolate questioni aventi per oggetto interessi di individui o di gruppi di individui (per es. di minoranze nazionale ; cf. art. 69 del Trattato di S. Germano, citato dall'Anzilotti¹⁶), di fronte ai quali queste clausole, che nell'ordinamento internazionale hanno natura contrattuale, si trasformano poi, attraverso la recezione negli ordinamenti dei singoli Stati contraenti, in vere e proprie norme di diritto interno¹⁷. La differenza tra la efficacia normativa individuale del contratto collettivo e la efficacia normativa interna del trattato internazionale è soltanto questo : che mentre il trattato internazionale non si trasforma in legge interna se non attraverso un atto di recezione dello Stato, il quale adempie così all'obbligo assunto verso gli altri Stati di mettere in vigore nel suo ordinamento interno norme di contenuto già fissato nel trattato internazionale, il contratto collettivo, per diventare legge nei confronti dei singoli lavoratori e datori di lavoro, non ha bisogno di essere imposto da ciascuna associazione ai propri aderenti. Se il legislatore italiano, adottando un sistema diverso da quello che ha adottato, avesse fatto scaturire dal contratto collettivo soltanto l'obbligo di ciascuna associazione di imporre ai propri aderenti l'osservanza delle condizioni di lavoro in esso stabiliti, e avesse riconnesso l'obbligatorietà del contratto collettivo di fronte ai singoli non immediatamente al contratto stesso, ma al comando con cui ciascuna associazione sindacale lo avesse reso

sidère comme prenant place dans le statut juridique des Etats ou dans celui des sujets.

Il arrive souvent qu'un traité international, dans la conclusion duquel les Etats ont la situation de parties contractantes, règle des questions ayant pour objet les intérêts d'individus ou de groupements d'individus (par ex. des minorités nationales ; cf. art. 69 du traité de Saint-Germain, cité par Anzilotti) à l'égard desquels ces clauses, qui dans l'organisation internationale ont une nature contractuelle, se transforment vraiment ensuite, au fur et à mesure de leur réception dans les organisations des Etats contractants, en véritables règles de droit interne. La différence entre l'efficacité normative individuelle du contrat collectif et l'efficacité normative interne du traité international consiste en ceci seulement : que le traité international ne se transforme en loi interne qu'après un acte de réception de l'Etat, lequel exécute ainsi l'obligation prise envers les autres états de mettre en vigueur dans son organisation interne des règles dont le contenu a déjà été fixé dans le traité international, alors que le contrat collectif, pour devenir une loi dans les rapports des employés et employeurs, n'a pas besoin d'être imposé par chaque association à ses propres adhérents. Si le législateur italien, adoptant un système différent de celui qu'il a adopté, avait fait découler du contrat collectif la simple obligation pour chaque association d'imposer à ses membres le respect des conditions de travail établies par lui, et s'il avait lié la force obligatoire que le contrat a pour chacun, non pas immédiatement au contrat lui-même, mais à l'injonc-

esecutorio di fronte ai propri associati, l'analogia col diritto internazionale sarebbe stata perfetta : invece, poichè, nel sistema sindacale adottato in Italia, non esiste questa separazione cronologica tra l'atto di volontà con cui l'associazione dà vita al contratto collettivo indirizzandosi all'associazione contrapposta, e l'atto di volontà con cui l'associazione impone l'osservanza delle condizioni stabilite nel contratto collettivo indirizzandosi ai singoli appartenenti alla categoria, si può pensare che, nel contratto collettivo ¹⁸, a differenza di quel che accade per il trattato internazionale le cui clausole non valgono come norme interne se non attraverso un nuovo atto di volontà dello Stato, si abbia invece un atto unico, in cui la creazione di diritti e doveri tra associazioni contraenti e la posizione di norme obbligatorie per i singoli costituiscano effetti diversi di una stessa volontà, operante contemporaneamente in due diverse direzioni, o, meglio, in due diverse *dimensioni*.

In realtà noi crediamo però che anche nel contratto collettivo si possano distinguere, concettualmente se non cronologicamente, due momenti : infatti se i suoi effetti puramente contrattuali, il vincolo che le associazioni sindacali creano « tra loro » (art. 1098, Cod. civ.), sono riferibili alla volontà delle parti contraenti, non si può dire che l'efficacia normativa che il contratto collettivo ha per i singoli appartenenti alle categorie interessate risalga alla volontà delle associazioni, le quali, come si è visto, nè si può dire che nella stipulazione del contratto abbiano una vera e propria rappresentanza dei singoli, nè si può dire d'altra parte che abbiano sui medesimi una

tion par laquelle chaque association syndicale aurait rendu ce contrat exécutoire vis-à-vis de ses propres membres, l'analogie avec le droit international aurait été parfaite : mais, puisque le système syndical italien ne connaît pas cette séparation chronologique entre l'acte de volonté par lequel l'association tournée vers l'association adverse donne naissance au contrat collectif, et l'acte de volonté par lequel l'association tournée vers ceux qui appartiennent à la catégorie intéressée, impose l'observation des conditions fixées dans le contrat collectif, on peut penser que, dans le contrat collectif, à la différence de ce qui se passe pour le traité international dont les clauses ne valent comme règles internes qu'après un nouvel acte de volonté de l'Etat, on a un acte unique ; la création de droits et de devoirs entre associations contractantes, et l'établissement de règles obligatoires pour chacun constituent des effets différents d'une même volonté, qui opère en même temps en deux directions différentes, ou mieux en deux *dimensions* différentes.

En réalité, nous croyons toutefois que même dans le contrat collectif on peut distinguer, en pensée, sinon chronologiquement, deux moments : en effet, si l'on peut rattacher à la volonté des parties contractantes les effets purement contractuels, le lien que les associations syndicales créent « entre elles » (art. 1098 C. civ.), on ne peut pas dire que l'efficacité normative qu'a le contrat vis-à-vis des particuliers qui appartiennent aux catégories intéressées découle de la volonté des associations, car, nous l'avons vu, on ne peut pas dire que ces associations lors de la conclusion du contrat représentent véritablement et à proprement parler les particuliers, et, d'autre part, on ne peut pas davantage dire qu'elles aient une sorte de pouvoir législatif interne, à quoi

specie di potere legislativo interno, a cui corrisponda da parte dei singoli uno stato di sudditanza sindacale.

Escluso che la efficacia normativa del contratto collettivo nei confronti dei singoli abbia natura contrattuale (dato che i singoli non prendono parte alla stipulazione del contratto, nè vi sono in senso proprio rappresentati), ed escluso altresì che essa abbia la sua fonte in una specie di sovranità sindacale dell'associazione verso gli appartenenti alla categoria, bisogna concludere che tale efficacia normativa risale alla legge : la quale considera il contratto collettivo come un *fait juridique*, dal quale fa scaturire nei confronti dei singoli appartenenti alle categorie interessate le conseguenze giuridiche che le associazioni contraenti hanno fissato. Non si deve dunque ritenere che lo Stato abbia delegato congiuntamente alle contrapposte associazioni sindacali un potere legislativo da esercitare nei confronti delle corrispondenti categorie ; l'efficacia normativa del contratto collettivo nei confronti dei singoli deriva non già dalla volontà delle associazioni contraenti, non già da un potere di comando ad esse deferito, ma dalla volontà dello Stato che affida a questi organi tecnici, funzionanti a coppie in posizione di contrasto appositamente voluta dal legislatore, la preparazione del contenuto delle leggi del lavoro. Così il contratto legislativo appare ai singoli come una legge, quantunque le associazioni contraenti non siano investite di potere legislativo ; questo può parere un controsenso, ma non è : perchè ciò che dà al contratto collettivo la efficacia obbligatoria verso i singoli non è la volontà delle associazioni sindacali,

corresponderait de la part des particuliers un état de sujétion syndicale.

Si donc nous écartons l'idée que l'efficacité normative du contrat collectif dans les rapports des particuliers a une nature contractuelle (étant donné que les particuliers ne prennent pas part à la conclusion du contrat et qu'il n'y sont pas à proprement parler représentés), si nous écartons aussi l'idée que cette efficacité a sa source dans une espèce de souveraineté syndicale de l'association sur ceux qui appartiennent à la catégorie, il faut conclure que cette efficacité normative remonte à la loi : la loi considère le contrat collectif comme un *fait juridique* duquel elle fait découler, dans les relations de tous ceux qui appartiennent aux catégories intéressées, les conséquences juridiques que les associations contractantes ont déterminées. Ne considérons donc pas que l'Etat a délégué conjointement aux associations syndicales opposées un pouvoir législatif à mettre en œuvre dans les rapports des catégories correspondantes ; l'efficacité normative du contrat collectif dans les relations des particuliers découle, non pas de la volonté des associations contractantes, non pas d'un pouvoir de commander à elles délégué, mais de la volonté de l'Etat qui confie la préparation du contenu des lois du travail à ces organes techniques, fonctionnant deux à deux, et se présentant comme adversaires d'après la volonté expresse du législateur. De la sorte, le contrat législatif fait figure de loi vis-à-vis des particuliers, bien que les associations contractantes ne soient pas investies du pouvoir législatif ; cela peut sembler un contresens, mais il n'en est rien ; car, ce qui donne au contrat collectif sa force obligatoire vis-à-vis des particuliers, ce n'est pas la volonté des associations syndicales

che è solo rivolta a fissarne contrattualmente il contenuto, ma è la volontà dello Stato che *a priori* proclama come legge il risultato di questo contratto ¹⁹.

7. La efficacia normativa che nei confronti dei singoli hanno le decisioni della Magistratura del Lavoro, non ha diversa origine : ed anche per queste decisioni si può ripetere, *mutatis mutandis*, ciò che sopra si è detto per definire la natura del contratto collettivo.

Il fatto che queste decisioni, che per legge hanno gli stessi effetti del contratto collettivo, appaiano nei confronti dei singoli come fonte di norme giuridiche, può far credere che la Magistratura del Lavoro sia fornita del potere di comandare in forma generale ed astratta agli appartenenti a certe categorie, cioè, in tali limiti, di un vero e proprio potere legislativo demandato dallo Stato. Ma in realtà questa è, quasi diremmo, una illusione ottica : la Magistratura del Lavoro è un organo giudiziario, e come tale non può comandare che *inter partes* ; gli effetti giurisdizionali del giudicato non possono estendersi a persone diverse da quelle per le quali varrebbero gli effetti negoziali del contratto, di cui il giudicato tiene il posto. Come dal contratto collettivo non possono scaturire effetti *contrattuali* se non per le associazioni contraenti, così dalla decisione della Magistratura del Lavoro non possono scaturire effetti *giurisdizionali* se non per le parti in causa; cioè per le associazioni contendenti ²⁰. E se le decisioni della Magistratura del Lavoro, oltre agli effetti propriamente giurisdizionali che hanno tra le associazioni in conflitto, hanno

qui tend uniquement à en fixer contractuellement le contenu, mais bien la volonté de l'Etat qui *a priori* proclame comme loi le résultat de ce contrat.

7. L'efficacité normative qu'ont les décisions de la magistrature du travail vis-à-vis des particuliers n'a pas une autre origine ; pour ces décisions également, on peut répéter *mutatis mutandis* ce qui a été dit plus haut pour définir la nature du contrat collectif.

Le fait que ces décisions, qui, par la loi, ont les mêmes effets que le contrat collectif, apparaissent vis-à-vis des particuliers comme source de règles juridiques, peut faire croire que la magistrature du travail est munie du pouvoir de commander sous forme générale et abstraite à ceux qui appartiennent à certaines catégories, et qu'ainsi elle est munie, dans ces limites, d'un véritable pouvoir législatif que lui a délégué l'Etat. Mais en réalité, c'est, disons-nous, une illusion d'optique : la magistrature du travail est un organe judiciaire, et comme tel, elle ne peut commander que *inter partes* : les effets juridictionnels du jugement ne peuvent pas être étendus à des personnes autres que celles qui pourraient se prévaloir des effets patrimoniaux du contrat dont le jugement tient la place.

De même que le contrat collectif ne peut engendrer des effets *contractuels* que pour les associations contractantes, de même la décision de la magistrature du travail ne peut engendrer des effets juridictionnels que pour les parties en cause, que pour les associations qui plaident. Et, si les décisions de la magistrature du travail, en plus des effets proprement juridictionnels qu'elles ont entre les associations en désac-

anche (o sembrano avere) effetti normativi verso i singoli, ciò non deriva da un atto di volontà indirizzato da essa Magistratura ai singoli, ma deriva dal fatto che lo Stato, invece di far elaborare dagli organi legislativi il contenuto di certe sue leggi, preferisce, per ragioni tecniche, prendere come contenuto di esse il risultato di un giudizio collettivo svoltosi dinanzi alla Magistratura del Lavoro. Nei confronti dei singoli, dunque, la decisione della Magistratura del Lavoro non è un comando, ma è un *fatto giuridico*, da cui la legge fa scaturire, nei loro confronti, certi effetti che solo per una mera coincidenza cronologica sembrano riconnettersi alla volontà della Magistratura del Lavoro.

Anche qui può soccorrere l'analogia col diritto internazionale. Nel caso, non infrequente, di un arbitrato internazionale, costituito per decidere una controversia tra Stati avente per oggetto interessi di singoli o di gruppi di singoli (per es. il trattamento che ciascun Stato debba fare alle minoranze nazionali appartenenti all'altro), è certo che la decisione intervenuta in questo giudizio arbitrale avrà efficacia di giudicato nei confronti degli Stati contendenti, ma non avrà di per sé alcuna rilevanza giuridica nei confronti dei singoli sudditi degli Stati stessi: se poi i due Stati, in esecuzione del giudicato, trasformeranno in norme giuridiche interne, obbligatorie per i singoli, la decisione degli arbitri, è evidente che la nascita di queste norme, che sotto l'aspetto storico potrà esser fatta risalire alla decisione degli arbitri, si imputerà necessariamente in senso giuridico alla volontà dello Stato operativa nei confronti dei sudditi.

cord, ont aussi (ou semblent avoir) des effets normatifs vis-à-vis des particuliers, cela ne provient pas d'un acte de volonté adressé par la magistrature à chacun, mais bien de ce fait que l'Etat, au lieu de faire élaborer par les organes législatifs le contenu de certaines de ses lois, préfère, pour des motifs techniques, adopter comme contenu de ces lois le résultat d'un jugement collectif qui s'est déroulé devant la magistrature du travail. Vis-à-vis des particuliers, la décision de la magistrature du travail n'est donc pas un ordre, mais un *fait juridique*, duquel la loi fait dériver certains effets, et c'est par une simple coïncidence chronologique que ces effets semblent se rattacher à la volonté de la magistrature du travail.

Là encore, on peut trouver une analogie avec le droit international. Dans le cas, fréquent, d'un arbitrage international établi pour trancher une controverse entre Etats ayant pour objet les intérêts de particuliers ou de groupements de particuliers (par ex. le traitement que chaque Etat doit accorder aux minorités nationales appartenant à l'autre Etat), il est certain que la décision intervenue dans cette sentence arbitrale aura force de jugement dans les relations des Etats en désaccord, mais, en soi, elle n'aura aucune force juridique vis-à-vis des sujets des Etats: si, par la suite, les deux Etats, en exécution de la sentence, transforment en règles juridiques internes, obligations pour les particuliers, la décision des arbitres, il est évident que la naissance de ces règles, que, du point de vue historique, on pourra rattacher à la décision des arbitres, devra nécessairement être rattachée, du point de vue juridique, à la volonté de l'Etat agissant relativement aux sujets.

Nel caso della Magistratura del Lavoro questa efficacia difronte ai singoli di un giudizio emanato tra soggetti (associazioni) appartenenti a un diverso ordinamento giuridico, è stabilita preventivamente, una volta per tutte ; ma anche qui si verifica, come per la sentenza internazionale nell'esempio sopra riportato, il caso di una sentenza, destinata a valere *come tale* tra soggetti appartenenti a un certo ordinamento giuridico, che viene utilizzata in un altro ordinamento giuridico, per i soggetti del quale essa vale *non come sentenza*, ma come preparazione del contenuto di un atto legislativo, che opera nei loro confronti non per volontà dell'organo giudicante dal quale essi non sono giudicabili, ma per volontà dello Stato di cui essi sono sudditi.

Anche qui dunque, come in altro campo è stato fatto di recente da un nostro promettente internazionalista ²¹, può essere adeguato, per spiegare gli effetti obbligatori della sentenza della Magistratura del Lavoro verso i singoli, il concetto di *fatto giuridico* : il quale serve a chiarire una quantità di casi nei quali la sentenza appare come produttrice di effetti giuridici in un ordinamento diverso da quello in cui è stata emanata, o nei confronti di soggetti ai quali non può estendersi il giudicato ; o ancor più in generale serve a spiegare come possa talvolta la sentenza, per il solo fatto di esistere, dar luogo a conseguenze giuridiche, *non volute dal giudice*, che ad essa, come fatto produttivo di effetti giuridici, la legge immediatamente e direttamente ricollega ²².

8. Dopo avere così dimostrato che le decisioni della Magistratura

Dans le cas de la magistrature du travail, cette efficacité, vis-à-vis des particuliers, d'un jugement rendu entre des sujets (associations) appartenant à une organisation juridique différente, est établie préventivement, une fois pour toutes ; mais là encore, comme pour la sentence internationale prise en exemple, il s'agit d'un jugement destiné à valoir *comme tel* entre des sujets appartenant à une certaine organisation juridique, et qui est utilisé dans une autre organisation juridique, vis-à-vis des sujets de laquelle il joue non comme jugement, mais comme préparation du contenu d'un acte législatif qui fonctionne vis-à-vis d'eux, non pas par la volonté de l'organe qui juge et dont ils ne sont pas justiciables, mais par la volonté de l'Etat dont ils sont les sujets.

Là encore donc, comme l'a fait chez nous dans un autre domaine un internationaliste qui promet, on peut faire appel, pour expliquer les effets obligatoires, vis-à-vis des particuliers, de la sentence de la magistrature du travail, au concept de *fait juridique* : ce concept sert à rendre claires une série d'hypothèses dans lesquelles la sentence apparaît comme produisant des effets juridiques dans un cercle différent de celui dans lequel elle a été rendue, ou vis-à-vis de sujets auxquels le jugement ne peut être étendu ; ou bien encore, de façon plus large, il sert à expliquer comment il se peut que la sentence, par le seul fait qu'elle existe, donne lieu à des conséquences juridiques *non voulues par le juge*, que la loi rattache immédiatement et directement, comme fait producteur d'effets juridiques, à la sentence.

8. Après avoir ainsi démontré que les décisions de la magistrature

del Lavoro sono espressioni di un potere proprio di quest'organo solo in quanto decidono un conflitto concreto tra associazioni sindacali, mentre, se appaiono altresì come fonte di norme giuridiche per i singoli, ciò avviene perchè su di esse si riflette un potere legislativo di cui la origine radiante è altrove, reste ora da vedere se questo potere di decisione di un singolo conflitto concreto tra associazioni abbia natura giurisdizionale, e se tale decisione si possa considerare, anche sostanzialmente, una sentenza, cioè un atto di dichiarazione di un rapporto giuridico *preesistente*.

Torna qui il discorso su quel secondo carattere anomalo di queste sentenze, che già abbiamo rilevato all'inizio del presente studio (n. 1): di sentenze, cioè, che invece di accertare il diritto preesistente, creano, attraverso la formulazione di nuove condizioni di lavoro, diritto nuovo destinato a valere per l'avvenire. La efficacia creativa o innovativa di queste decisioni, la quale fa venir meno quel carattere puramente dichiarativo che sembra essere inseparabile dalle vere sentenze, è rilevabile non solo quando queste sentenze si considerino, come precedentemente si è fatto, nei confronti dei singoli, quali fonti (apparenti) di nuove norme giuridiche ad essi indirizzate, ma altresì quando si considerino nei confronti delle associazioni, tra le quali queste decisioni servono non soltanto a risolvere *inter partes* un conflitto concreto. In verità, anche nei confronti delle associazioni contendenti le decisioni della Magistratura del Lavoro, quando risolvono controversie economiche, creano nuovo diritto: esse tengono infatti luogo del contratto che le associazioni non sono riuscite a stipulare, e mirano quindi a raggiungere lo stesso scopo

du travail ne sont l'expression d'un pouvoir propre de cet organe que lorsqu'elles tranchent un conflit concret entre associations syndicales, et que, si elles apparaissent aussi comme étant une source de règles juridiques pour les particuliers, cela tient à ce que sur elles se reflète un pouvoir législatif dont il faut chercher ailleurs l'origine du rayonnement, il nous reste à voir si ce pouvoir de trancher un conflit concret entre associations a une nature juridictionnelle, et si semblable décision peut être considérée, même dans le fond, comme une sentence ayant donc un effet déclaratif sur un rapport juridique *préexistant*.

Nous revenons au second caractère anormal de ces sentences, que nous avons déjà relevé au début de la présente étude (n° 1): ces sentences, au lieu d'affirmer le droit préexistant, créent, en formulant de nouvelles conditions de travail, un droit nouveau destiné à valoir pour l'avenir. La force créatrice ou innovatrice de ces décisions, qui fait s'évanouir ce caractère purement déclaratif qui semble inséparable de toute vraie sentence, peut être aperçue non seulement quand on considère ces sentences, ainsi que nous l'avons fait précédemment, par rapport aux particuliers et comme sources (apparentes) de nouvelles règles juridiques pour ces particuliers, mais aussi quand on les considère par rapport aux associations entre lesquelles ces décisions ne servent pas seulement à trancher *inter partes* un conflit concret. A la vérité, même vis-à-vis des associations en conflit, les décisions de la magistrature du travail créent du droit nouveau, lorsqu'elles tranchent des controverses économiques: elles tiennent lieu, en effet, de ce contrat que les associations n'ont pas réussi à stipuler, et tendent donc à atteindre le même but que ce con-

del contratto, che non è quello di accertare rapporti giuridici preesistenti, ma di dar vita, tra le parti contraenti, a diritti e ad obblighi nuovi.

Questa efficacia possiam dire negoziale non escluderebbe, secondo alcuni studiosi, che anche questa sentenza si debba riconoscere natura schiettamente giurisdizionale : colla differenza che, mentre le sentenze *dichiarative* hanno la funzione di accertare in concreto il diritto già esistente, queste decisioni della Magistratura del Lavoro apparterrebbero a un tipo speciale di sentenze cosiddette *dispositive*, la cui funzione sarebbe quella di regolare un conflitto di interessi, non composto ancora da alcun norma, seconda equità ²³. Senonchè sulla omogeneità di questo tipo di sentenze io ho qualche dubbio : non mi pare corretto comprendere in un unico raggruppamento pronuncie che applicano l'equità a rapporti *già esistenti*, e pronuncie che della equità si servono per creare nuovi rapporti, destinati ad aver vita nell'*avvenire*. In verità, mentre nel primo caso il giudizio di equità non esclude il carattere dichiarativo, e quindi giurisdizionale, della decisione, e la sua attitudine a passare in giudicate ²⁴ (poichè in questi casi la equità diventa una fonte di diritto oggettivo preesistente al processo ²⁵ dalla quale il giudice riconosce ed acerta *come già regolato* un dato rapporto controverso), nel secondo caso ci troviamo di fronte a pronuncie che non sono suscettibili di raggiungere la immutabilità del giudicato, perchè, essendo destinate a valere *per l'avvenire*, sono soggette ad esser variate col variare dello stato di fatto (art. 89 r. decr. 1° luglio 1926) ²⁶.

Ma qui il problema si allarga : si tratta di definire un fenomeno

trat. Or ce but n'est pas de certifier des rapports juridiques préexistants, mais de donner naissance, entre les parties contractantes à des droits et obligations nouveaux.

Cette efficacité, de nature négociatrice pourrions-nous dire, ne s'opposerait pas, selon certains, à ce que cette sentence doive se voir reconnaître une nature franchement juridictionnelle : avec cette différence que, si les sentences *déclaratives* ont pour fonction de certifier *in concreto* le droit déjà existant, ces décisions de la magistrature du travail appartiendraient à un type spécial de sentence dites *dispositives* dont la fonction serait de trancher selon l'équité un conflit d'intérêt non encore prévu par une règle quelconque. Mais, relativement à l'homogénéité de ce type de sentences, j'éprouve quelque doute : il ne me semble pas convenable d'unir dans un même groupement des décisions qui appliquent l'équité à des rapports *déjà existants*, et des décisions qui se servent de l'équité pour créer de nouveaux rapports, destinés à jouer *dans l'avenir*. A la vérité, si dans le premier cas, le jugement d'équité n'exclut pas le caractère déclaratif, et donc juridictionnel, de la décision, et son aptitude à passer en chose jugée (car dans ces cas l'équité devient une source de droit objectif préexistant au procès, par laquelle le juge reconnaît et certifie *comme étant déjà réglée* une controverse donnée), dans le second cas, nous nous trouvons en présence de décisions qui ne sont pas susceptibles d'atteindre à l'immutabilité du jugement, puisque étant destinées à valoir pour l'avenir, elles sont susceptibles d'être modifiées en même temps que l'état de fait se modifiera (art. 89, D. 1^{er} juillet 1926).

Mais le problème maintenant s'élargit : il s'agit de définir un phé-

che non è esclusivo delle decisioni della Magistratura del Lavoro, ma che si riscontra anche fuori del processo del lavoro, in tutte le sentenze costitutive soggette alla clausola *rebus sic stantibus* ²⁷. Di questo problema non è il caso di cercar qui la soluzione : possiamo limitarci a ricordare che essa può esser cercata o nel senso di scorgere in queste decisioni, fuso coll'atto giurisdizionale consistente nell'accertamento dei presupposti necessari per l'intervento del giudice, un atto di natura amministrativa (simile a quelli della cosiddetta giurisdizione volontaria) consistente nell'integrazione di un negozio giuridico compiuta dal giudice come *arbitrator* in vece delle parti e in concorso con esse, ovvero nel senso di scorgere in queste decisioni, accanto all'atto di dichiarazione, un atto di esecuzione forzata in forma specifica, con cui il giudice si sostituisce alle parti, in quanto inadempienti al dovere di emettere una dichiarazione di volontà ²⁸. In altro scritto ho spiegato ampiamente le ragioni per le quali io propendo per questa seconda soluzione ²⁹ : accettando la quale si dovrebbe concludere che le sentenze della Magistratura del Lavoro, alle quali nei confronti dei singoli manca, per le ragioni già dette, ogni carattere di sentenza, debbono considerarsi, nei confronti delle associazioni contendenti, come sentenze oggettivamente complesse, risultanti dalla somma di un elemento dichiarativo con un elemento esecutivo.

nomène qui n'est pas spécial aux décisions de la magistrature du travail, mais qui se rencontre, même en dehors des procès du travail, dans toutes les sentences constitutives soumises à la clause *rebus sic stantibus*. Ce n'est pas le lieu de chercher ici la solution de ce problème : nous pouvons nous borner à rappeler qu'elle peut être cherchée ou bien dans cette direction qui consiste à voir dans ces décisions un acte juridictionnel consistant en une certification des éléments nécessaires pour qu'il y ait intervention du juge, unie à un acte de nature administrative (semblable à ceux de la juridiction volontaire) consistant en l'interprétation d'un acte juridique accompli par le juge comme *arbitrator* à la place des parties et en concours avec elles, ou bien, dans cette direction qui consiste à voir en ces décisions, à côté de l'acte de déclaration, un acte d'exécution forcée en forme spécifique, par lequel le juge se substitue aux parties, dans la mesure où elles manquent à leur devoir d'émettre une déclaration de volonté. Dans un autre travail j'ai expliqué longuement les raisons pour lesquelles je penche pour cette seconde solution ; en l'acceptant, on devrait conclure que les sentences de la magistrature du travail, qui, pour des raisons déjà indiquées, n'ont nullement vis-à-vis des particuliers le caractère d'une sentence, doivent être considérées vis-à-vis des associations en litige, comme des sentences objectivement complexes, résultant de la réunion d'un élément déclaratif et d'un élément exécutif.

¹ Delle controversie *individuali* del lavoro, che il r. decr. 26 febbraio 1928 n. 471, attribuisce alla competenza di primo grado dei Pretori e dei Tribunal del Lavoro, e per le quali la Magistratura del Lavoro ha solo competenza d'appello, non si parla nel presente studio : l'ufficio che per esse esercita la Magistratura del Lavoro è infatti schiettamente giu-

risdizionale e non differisce, funzionalmente, da quello degli ordinari tribunali civili.

² Cf. Sulla retroattività delle leggi interpretative il noto studio del CAMMEO, *L'interpretazione autentica*, in *Giur. it.* 1907, pag. 21 e segg. dell'estratto.

³ Cf. i miei scritti in *Studi sul processo civile* (Padova, 1930), vol. I, pag. 231 et segg., vol. II, pag. 224.

⁴ In proposito si consultino sopra tutto i lavori fondamentali del CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo* (1928) e *Funzione del processo del lavoro* in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, I, pag. 108 e seguenti.

⁵ Cf. CARNELUTTI, *Funzione del processo del lavoro* cit., n. 9.

⁶ Cf. il mio lavoro *La Cassazione civile* (Torino, 1920), vol. II, n.n. 20-40. Su tutte queste questioni è fondamentale la celebre opera del GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources* ecc., pag. 438 e segg.

⁷ *Op. cit.*, vol. I, n.n. 242-243, vol. II, n. 35; CAMMEO, *Pretesa efficacia vincolante delle decisioni*, ecc. in *Riv. dir. pubbl.* 1911, II, pag. 537 e segg., n. 3.

⁸ Cf. la mia *Cassazione civile*, Vol. I, n.n. 108-114; CAMMEO, *La pretesa efficacia vincolante* cit., n. 3, pag. 541.

⁹ Cf. ASCARELLI, *Sul contratto collettivo di lavoro*, in *Arch. giur.*, 1929 (vol. XVII), pag. 184 e segg. (specialmente pag. 196 e 198 in nota).

¹⁰ *Contratti collettivi di lavoro e norme giuridiche* in *Archivio di studi corporativi*, 1930, vol. I, pag. 27 e segg.; ed. ivi citati i più notevoli fra i numerosissimi scritti apparsi sull'argomento in Italia in questi ultimi anni.

¹¹ Cf. per tutti ROMANO, scritto cit. n. 5.

¹² Cf. CARNELUTTI, *Regolamento collettivo*, n.n. 53-54.

¹³ ROMANO, scritto cit., pag. 38-39.

¹⁴ ROMANO, *op. cit.*, pag. 35-36.

¹⁵ Cf. ROMANO, *op. cit.*, pag. 32, JAEGER, *Controversie individuali del lavoro*, 3^a ed., pag. 32 in nota.

¹⁶ *Corso*, 3^a ed., I, pag. 124.

¹⁷ *Ivi*, pag. 56 e segg.

¹⁸ Cf. ROMANO, scritto cit., pag. 37-38.

¹⁹ Cf. ROVELLI, *La legge sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi di lavoro*, in *Studi in memoria di Zanzucchi*, pag. 295.

²⁰ In senso contrario (in senso cioè di una vera e propria estensione del giudicato ai singoli), cf. CARNELUTTI, *Funzione del processo del lavoro* cit., n.n. 12 e 18.

²¹ G. MORELLI, *La sentenza internazionale* (Padova, 1931).

²² Tale è il caso dell'ipoteca giudiziale, effetto ricollegato direttamente dalla legge ad ogni sentenza di condanna (art. 1970 Cod. civ.); tale anche il caso in cui la sentenza sia considerata come fatto dannoso, posto a base di un'azione di risarcimento di danni (cf. il mio scritto *Limiti di responsabilità del legale negligente*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, fasc. 4^o).

²³ CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo* cit., n.n. 49 e 74; *Funzione del processo del lavoro*, n. 5.

²⁴ Cf. sul concetto di autorità del giudicato, che si forma soltanto in quanto si abbia l'accertamento di un rapporto giuridico preesistente, BETTI, *Cosa giudicata* in *Enciclopedia italiana*, vol. XI, pag. 562.

²⁵ Cf. il mio scritto *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di*

equità, in *Studi*, vol. II, pag. 33 ; CAMMEO, *Le azioni dichiarative nel diritto inglese e nord americano*, in *Studi in onore di Chiovenda*, pag. 176, 177, in nota ; RASELLI, *Appunti intorno alla funzione della M. d. L.*, n. 10 (ivi, pag. 712).

²⁶ Cf. CARNELUTTI, *Funzione del processo del lavoro*, cit., n. 14.

²⁷ Cf. COSTA, *Le sentenze civili con la clausola « rebus sic stantibus »* (Siena, 1930).

²⁸ Su questo dovere, cf. RASELLI, scritto cit. pag. 714 e segg.

²⁹ Cf. il mio scritto *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, nel volume *Scritti in onore di A. Ascoli* (1930), e in *Judicium*, 1930, pag. 317 e segg. (*Das Urteil als Vollstreckungsakt*) ; contro, SEGNI, scritto cit., pag. 784 e segg. Cf. anche, in proposito ANDRIOLI, *Le sentenze della M.d.L. dal punto di vista processuale* in *Archivio di Studi corporativi*, 1931.

CHAPITRE II

Il contratto collettivo di lavoro come fonte di diritto

par Francesco ROVELLI,
*Professore di Istituzioni di diritto pubblico nella Università Cattolica
di Milano*

1. Le particolari condizioni economiche e sociali della moderna organizzazione capitalistica hanno determinato lo sviluppo di forme speciali di regolamento del rapporto di lavoro ¹.

Nella forma ordinaria contrattuale di regolamento le condizioni di lavoro dovrebbero essere fissate dalla volontà dei due contraenti, dal datore e dal prestatore di lavoro, che liberamente si accordano ; invece, per le esigenze della organizzazione industriale e commerciale le condizioni di lavoro sono, di regola, fissate unilateralmente dall'imprenditore, e il lavoratore può avere soltanto la libertà — e anche questa non sempre effettiva — di accettare o di rifiutare. In questi casi il contratto individuale di lavoro prende la forma particolare di un contratto, che ora comunemente si chiama *contratto di adesione* ².

Le contrat collectif de travail comme source de droit

par Francesco ROVELLI
Professeur à l'Université catholique de Milan

Traduit par Jean-Ives LE BRANCHU,
Docteur en droit

1. — Les conditions économiques et sociales particulières à l'organisation capitaliste moderne ont déterminé le développement de formes spéciales quant à la réglementation des rapports nés du travail ¹.

Dans les formes contractuelles ordinaires de réglementation, les conditions du travail devraient être fixées par la volonté des deux contractants, l'employeur et l'employé, qui s'accordent librement. Mais étant données les exigences de l'organisation industrielle et commerciale, les conditions du travail sont, en règle générale, fixées unilatéralement par l'employeur, et le travailleur a seulement la liberté, et encore pas toujours effective, d'accepter ou de refuser. Dans ces cas, le contrat individuel de travail prend la forme particulière d'un contrat que l'on appelle *contrat d'adhésion* ².

La assoluta preponderanza economica, che l'imprenditore ha sul lavoratore e la conseguente influenza ch'egli ha sulla volontà di questo, specialmente a motivo della trasformazione del contratto individuale di lavoro in semplice contratto di adesione, è causa di perturbamenti sociali, come l'esperienza insegna. Di qui è nata, da una parte, la tendenza dello Stato a intervenire nel regolamento del rapporto di lavoro imponendo nei contratti di lavoro la inserzione delle cosiddette clausole sociali, cioè di disposizioni dirette alla tutela del più debole ; e dall'altra, la tendenza più moderna a sottrarre il regolamento del rapporto di lavoro alla determinazione dei singoli interessati e a regolare, invece, i rapporti individuali di lavoro con un regolamento uniforme per gli appartenenti a una medesima categoria di produttori, così che sia tolta la possibilità che il più debole sia sfruttato dalla parte che economicamente è più forte. In questo caso una pluralità di rapporti individuali di lavoro viene sottoposta a un regolamento *collettivo* di lavoro.

2. Il regolamento collettivo di lavoro dà luogo a gravi e delicate questioni giuridiche.

Mediante quali istituti si può imporre un regolamento collettivo a una pluralità di rapporti individuali di lavoro? L'istituto al quale in pratica si è fatto ricorso più comunemente, è quello della rappresentanza giuridica, ossia rappresentanza di persona o di volontà, costituita per mezzo dell'associazione. Gli interessati si uniscono in associazione per la tutela dei loro interessi professionali e attribuiscono, espressamente o tacitamente, all'associazione o al presidente

L'absolue prépondérance économique que l'employeur a sur le travailleur et l'influence conséquente qu'il exerce sur sa volonté, spécialement à cause de la transformation du contrat individuel de travail en simple contrat d'adhésion, est cause de perturbations sociales, comme l'expérience l'enseigne. De cet état de choses sont nées, d'une part la tendance de l'Etat à intervenir dans le règlement des rapports du travail, imposant l'insertion de clauses sociales, telles que des dispositions dirigées vers la protection du plus faible, et, d'autre part, la tendance plus moderne visant à soustraire la réglementation des rapports du travail à la détermination des seuls intéressés et à régler, tout au contraire, les rapports individuels du travail par une réglementation uniforme pour tous ceux appartenant à une catégorie donnée de producteurs, afin que soit écartée la possibilité pour le plus faible d'être lésé par la partie économiquement la plus forte. Dans ce cas, une pluralité de rapports individuels de travail proviennent d'une réglementation *collective* du travail.

2. — Le règlement collectif de travail donne lieu à de graves et délicates questions juridiques.

Au moyen de quelles institutions, peut-on remplacer par un règlement collectif les nombreux rapports individuels de travail? L'institution à laquelle, en pratique, on a le plus communément recours est celle de la représentation juridique, de la représentation de la personne ou de la volonté par le moyen de l'association. Les intéressés s'unissent dans l'association pour la défense de leurs intérêts professionnels et

di essa la rappresentanza giuridica dei singoli associati per concludere contratti di lavoro. Il contratto concluso dall'associazione è un regolamento collettivo, cioè uniforme, di una pluralità di rapporti individuali di lavoro e si impone ai singoli interessati in virtù della rappresentanza, per la quale il contratto stesso si costituisce immediatamente in capo ad essi.

Perchè il contratto collettivo possa riuscire nel suo scopo di togliere la concorrenza fra gli stessi lavoratori, così che sia eliminato il pericolo di sfruttamento da parte dell'imprenditore, è necessario che il regolamento collettivo possa estendersi a tutti i lavoratori di una stessa categoria in una data circoscrizione territoriale. E poichè l'estensione del regolamento collettivo dipende dalla estensione della rappresentanza giuridica, e questa si costituisce con il rapporto associativo, l'estensione del regolamento di lavoro a tutti gli interessati dipende necessariamente dalla condizione che tutti gli interessati siano soci dell'associazione contraente. Ma a questa condizione fa difficoltà il principio della libertà di associazione, per il quale non solo c'è libertà di aderire, o meno, all'associazione esistente, ma v'è libertà di costituire altre associazioni sindacali oltre quelle esistenti. Non si può ottenere l'estensione del contratto collettivo a tutti gli interessati mediante l'istituto della rappresentanza giuridica se non passando sopra al principio della libertà di associazione. Il che vuol dire che il diritto privato non ha istituti, coi quali si possibile ottenere l'estensione obbligatoria del contratto collettivo a tutti gli interessati.

Per correggere questa insufficienza del diritto privato non ser-

attribuent, d'une façon expresse ou tacite, à l'association ou à son président la représentation juridique des associés pour conclure des contrats de travail. Le contrat conclu par l'association est un règlement collectif, c'est-à-dire uniforme, d'une pluralité de rapports individuels de travail et il s'impose aux associés en vertu de la représentation par laquelle le dit contrat se constitue immédiatement de leur chef.

Pour que le contrat collectif puisse réussir dans son but d'empêcher la concurrence entre les travailleurs, et aussi que soit éliminé le danger de pression de la part de l'employeur, il est nécessaire que le règlement collectif puisse s'étendre à tous les travailleurs d'une catégorie donnée, dans une circonscription territoriale donnée. Et puisque l'extension du règlement collectif dépend de l'extension de la représentation juridique, et que celle-ci existe de par le rapport d'association, l'extension du règlement de travail à tous les intéressés dépend nécessairement de la condition que tous les intéressés soient membres de l'association contractante. Mais à cette condition s'oppose le principe de la liberté d'association, par lequel non seulement il y a liberté d'adhérer ou non à l'association existante, mais encore la liberté de constituer d'autres associations syndicales en plus de celles déjà existantes. Il n'est pas possible d'obtenir l'extension du contrat collectif à tous les intéressés au moyen de l'institution de la représentation juridique sans passer sur le principe de la liberté d'association. C'est-à-dire que le droit privé ne possède pas d'institutions au moyen desquelles il soit possible d'obtenir l'extension obligatoire du contrat collectif à tous les intéressés.

Pour corriger cette insuffisance du droit privé, ne peuvent servir les

vono le disposizioni legislative, che attribuiscono alle associazioni professionali la personalità giuridica o ne favoriscono e tutelano la attività, poichè tali provvedimenti legislativi non modificano il carattere privato delle associazioni professionali. L'insufficienza deriva dallo stesso principio informatore del diritto privato, che è il principio dell'autonomia e libertà della volontà individuale ³.

Nella legislazione germanica le clausole di un contratto collettivo stipulato da associazioni sindacali possono vincolare tutti gli appartenenti alla categoria, anche non iscritti ai sindacati contraenti. Ma ciò non si ottiene estendendo l'efficacia del contratto, poichè l'obbligazione contrattuale rimane sempre limitata ai soci dei sindacati contraenti ; ma si ottiene estendendo con decreto del Ministro del lavoro tutte o alcune clausole contenute nel contratto collettivo, quando siano riconosciute di pubblico interesse ⁴. Non è il vincolo contrattuale che si estende, obbligando nuovi soggetti ; ma sono alcune clausole del contratto, le quali, per decreto del Ministro, diventano legge per altri soggetti, che sono e rimangono estranei al contratto.

3. Il legislatore italiano con la legge 3 aprile 1926, n. 563 e col decreto 1 luglio 1926, n. 1130 a fine di risolvere la questione ha creato istituti nuovi, intorno ai quali è naturale che si sia subito fatto vivo l'interesse degli studiosi.

Secondo il nuovo diritto italiano l'associazione sindacale può comprendere solo lavoratori o solo datori di lavoro, e quando esistono altre condizioni richieste dalla legge, tra le quali un certo

dispositions législatives qui attribuent aux associations professionnelles la personnalité juridique ou les favorisent et protègent leur activité puisqu'elles ne modifient en rien le caractère privé des institutions professionnelles. L'insuffisance dérive du principe même de droit privé dont elles tirent leur existence : le principe de l'autonomie et de la liberté de la volonté individuelle ³.

Dans la législation allemande, les clauses d'un contrat collectif conclu par des associations syndicales peuvent engager tous ceux qui appartiennent à la catégorie professionnelle, même non inscrits aux syndicats contractants. Mais cela n'est pas obtenu en étendant l'efficacité du contrat parce que l'obligation contractuelle reste toujours limitée aux membres du syndicat contractant, mais on obtient l'extension par un décret du ministre du Travail de tout ou partie des clauses contenues dans le contrat collectif quand elles sont reconnues d'intérêt public ⁴. Ce n'est pas le lien contractuel qui est étendu en obligeant de nouveaux sujets, mais ce sont quelques clauses du contrat qui, par un décret du ministre, deviennent des lois pour d'autres sujets qui sont et restent étrangers au contrat.

3. — Le législateur italien, avec la loi du 3 avril 1926, n° 563 et le décret du 1^{er} juillet 1926, n° 1130, a créé, afin de résoudre la question, des institutions nouvelles à propos desquelles il est naturel que se soit aussitôt manifesté vivement l'intérêt des hommes de science.

Selon le nouveau droit italien, l'association syndicale peut comprendre ou seulement des travailleurs, ou seulement des employeurs, et,

numero di aderenti, l'associazione è riconosciuta legalmente. Col riconoscimento legale la associazione non solo acquista piena capacità giuridica, ma diventa persona giuridica pubblica amministrativa. Per un dato ramo di produzione, ossia per gli appartenenti a una data categoria, e in una data circoscrizione territoriale, non vi può essere che una sola associazione di lavoratori e una sola associazione di datori di lavoro legalmente riconosciuta. L'associazione riconosciuta ha la rappresentanza legale di tutti i lavoratori e, rispettivamente, di tutti i datori di lavoro della categoria e della circoscrizione territoriale per la quale l'associazione è stata formata, vi siano o non vi siano iscritti. Tutti gli appartenenti alla categoria, datori di lavoro e lavoratori, siano o non siano soci della rispettiva associazione professionale, devono versare a questa un contributo, il quale è prelevato coi modi e coi privilegi, con cui sono rimosse le imposte comunali. Il contratto di lavoro concluso fra l'associazione dei datori di lavoro e quella dei lavoratori ha valore per tutti gli appartenenti alla categoria nella circoscrizione territoriale, nella quale le associazioni sono costituite, siano o non siano soci delle associazioni contraenti. Il contratto stipulato dalle due associazioni è, quindi, un contratto collettivo, che regola in modo uniforme i rapporti individuali di lavoro fra gli appartenenti alla categoria rappresentata dalle associazioni stipulanti.

4. Riguardo a questo contratto collettivo sorge la questione, vivamente discussa nella dottrina italiana, sulla sua natura giuridica.

quand existent d'autres conditions énumérées dans la loi parmi lesquelles la nécessité d'avoir un certain nombre d'adhérents, l'association est reconnue légalement. Avec la reconnaissance légale, l'association non seulement acquiert une pleine capacité juridique, mais encore elle devient une personne morale de droit public administratif. Pour une certaine branche de la production, ou pour ceux appartenant à une catégorie professionnelle donnée et dans une circonscription territoriale donnée, il ne peut y avoir qu'une seule association de travailleurs et une seule association d'employeurs légalement reconnues. L'association reconnue a la représentation légale de tous les travailleurs et, respectivement, de tous les employeurs de la catégorie et de la circonscription territoriale pour lesquelles l'association a été formée, qu'ils y soient ou non inscrits. Tous ceux appartenant à une catégorie professionnelle, employeurs ou travailleurs, qu'ils soient ou non membres de l'association professionnelle correspondante, doivent verser à cette dernière une contribution qui est prélevée avec certains modes et privilèges, analogues à ceux avec lesquels sont recouverts les impôts communaux. Le contrat de travail conclu entre l'association des employeurs et celle des travailleurs est valable pour tous ceux appartenant à la même catégorie professionnelle dans toute la circonscription territoriale pour lesquelles ces associations sont constituées, qu'ils soient ou non membres des associations contractantes. Le contrat conclu entre les deux associations est par là un contrat collectif qui règle d'une manière uniforme les rapports individuels de travail entre ceux appartenant à la catégorie représentée par les associations contractantes.

4. — A l'égard de ce contrat collectif se pose la question très vivement discutée par la doctrine italienne de sa nature juridique. Le contrat

Il contratto collettivo di lavoro, come è costruito nel diritto italiano, è veramente un contratto; come dice il nome, oppure è una norma di diritto obbiettiva? La dottrina italiana nelle sue manifestazioni più recenti intorno a questo problema sembra che si sia irrigidita in due affermazioni estreme ed esclusive. Una parte di essa, ed è la maggioranza, sostiene che il contratto collettivo di lavoro non è un vero e proprio contratto, ma una norma di diritto obbiettivo; una minoranza assai autorevole afferma, invece, che è un vero e proprio contratto e non contiene norme giuridiche. Il Romano⁵, accennando a questo stato della dottrina italiana, osserva che il problema, posto in queste posizioni estreme ed esclusive non può più fare un passo nè avanti nè indietro; e che, invece, può essere forse avviato a soluzione riprendendo in esame alcune teorie tra le prime apparse dopo la pubblicazione della legge, le quali si accordano in ciò, che esse non ritengono che le due figure della contratto e della norma giuridica siano incompatibili nello stesso atto, e considerano il contratto collettivo o come un atto intermedio fra il contratto e la legge, o come un atto con caratteri misti dell'uno e dell'altra⁶. Il Romano è d'opinione che il contratto collettivo di lavoro nel diritto italiano sia precisamente un tipo di atto, che congiunge in sè gli elementi del contratto e della norma giuridica.

Questa teoria intermedia fra le due estreme ora dominanti nella dottrina italiana merita effettivamente di essere riesaminata, non solo perchè ogni contributo allo studio della tormentata e sempre viva questione sulla natura giuridica del contratto collettivo di lavoro

collectif de travail, tel qu'il est conçu dans le droit italien, est-il vraiment un contrat, comme le dit son nom, ou une norme de droit objectif? La doctrine italienne, dans ses manifestations les plus récentes relatives à ce problème, semble s'être fixée en deux tendances extrêmes et exclusives. Une partie de cette doctrine, et la partie la plus importante, soutient que le contrat collectif de travail n'est pas un véritable contrat, mais une norme de droit objectif; une minorité, composée toutefois d'auteurs sérieux, affirme au contraire que c'est un véritable et propre contrat et qu'il ne contient pas de normes juridiques. Romano⁵, indiquant cet état de la doctrine italienne, observe que le problème, placé dans ces positions extrêmes et exclusives, ne peut pas faire un pas de plus en avant ou en arrière et qu'au contraire on peut trouver un achèvement vers la solution en reprenant l'examen de quelques théories, parues dans les premières publications qui suivirent la promulgation de la loi, et qui s'accordent en ce qu'elles se refusent à admettre que les deux aspects, contrat et norme juridique, soient incompatibles dans le même acte et qu'elles considèrent le contrat collectif, ou comme un acte intermédiaire entre le contrat et la loi, ou comme un acte participant à la fois aux caractères de l'un et de l'autre⁶. Romano est d'avis que le contrat collectif dans le droit italien est précisément un type d'acte qui conjugue en lui les éléments du contrat et de la règle juridique.

Cette théorie intermédiaire entre les deux extrêmes qui dominent aujourd'hui dans la doctrine italienne mérite effectivement d'être à nouveau examinée, non seulement parce que toute contribution à la question toujours vive et discutée de la nature juridique du contrat dans le

nel diritto italiano ha sempre importanza, ma anche perchè questa teoria intermedia offre il modo di rispondere a un'altra delicata questione, cioè, se il contratto può essere fonte di diritto obbiettivo.

5. *Contratto* nell'uso odierno non ha più il significato che aveva nel diritto romano. Il concetto moderno di contratto è divenuto un concetto generale, una categoria astratta capace di contenere in sè ogni più diversa figura, che in concreto possa essere creata dalla volontà delle parti. Il contratto non è più limitato a significare l'accordo diretto a costituire rapporti di obbligazione; esso è l'accordo di due o più persone diretto a costituire una relazione giuridica, ossia ad ottenere un effetto giuridico. Non è contratto soltanto l'accordo che genera obbligazione fra le parti (contratto obbligatorio), ma anche l'accordo diretto a creare vincoli familiari o a costituire diritti reali o a modificare obbligazioni o a sciogliere un precedente vincolo obbligatorio (contratto liberatorio o solutorio). Il rapporto giuridico che si costituisce mediante il contratto, l'effetto giuridico che si vuole ottenere può essere della più varia natura, entro i limiti, si intende, nei quali il diritto riconosce efficacia alla volontà personale. Ogni accordo, insomma, su di un obbietto di interesse giuridico diventa contratto ⁷.

In quest'uso più ampio *contratto* è sinonimo di *convenzione*. Non mancano tentativi di ristabilire una contrapposizione fra contratto e convenzione, restringendo la nozione di contratto alla materia delle obbligazioni e adoperande fuori della sfera delle obbligazioni la parola *convenzione*. Ma il tentativo non corrisponde alla natura moderna del contratto. La definizione del codice francese, il quale così

droit italien a toujours de l'importance, mais aussi parce que cette théorie intermédiaire offre le moyen de répondre à une autre question délicate, à savoir si le contrat peut être source de droit objectif.

5. — Le contrat, dans sa terminologie moderne n'a plus la signification qu'il possédait en droit romain; le concept moderne de contrat est devenu un concept général, une catégorie abstraite capable de contenir en elle toute forme susceptible d'être créée concrètement par la volonté des parties. Le contrat n'est plus limité à signifier l'accord tendant à constituer des rapports d'obligation; c'est l'accord de deux ou plusieurs personnes tendant à constituer une relation juridique ou à obtenir un effet juridique. Un contrat n'est pas seulement l'accord qui engendre une obligation entre les parties (contrat obligatoire), mais encore l'accord tendant à créer des liens familiaux, ou à constituer des droits réels, ou à modifier des obligations, ou à résoudre un précédent lien obligatoire (contrat libératoire ou résolutoire). Le rapport juridique qui se constitue grâce au contrat, l'effet juridique que l'on veut atteindre peuvent être de nature très variée dans les limites entre lesquelles le droit reconnaît l'efficacité de la volonté personnelle. En somme, tout accord sur un objet d'intérêt juridique devient un contrat ⁷.

Dans cette acception large, le *contrat* est synonyme de *convention*. Il ne manque pas de tentatives pour rétablir une opposition entre le contrat et la convention, restreignant la notion de contrat à la matière des obligations et employant le mot *convention* en dehors de la sphère de celles-ci. Mais la tentative ne correspond pas à la nature moderne du

si esprime (art. 1101): « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose », non è la definizione del contratto come categoria generale, ma è la definizione del contratto come *fonte* di obbligazioni, è definizione di una particolare figura di contratto, del contratto obbligatorio. Il codice italiano, invece, non considera semplicemente il contratto come fonte di obbligazioni, ma dà del contratto un concetto più ampio: « Il contratto è l'accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere fra di loro un vincolo giuridico » (art. 1098). Nel progetto definitivo sulle obbligazioni e sui contratti concordato dalle due Commissioni, italiana e francese, di riforma dei codici civili dei due paesi è eliminato ogni dubbio e il concetto di contratto coincide con quello di convenzione, poiché ivi (art. 1) è detto che il contratto è l'accordo diretto a costituire, modificare o estinguere un *rapporto giuridico*.

Quando il contratto non è obbligatorio, l'esecuzione di esso non può concepirsi come l'adempimento di un preesistente vincolo tra le parti, perché l'accordo non ha generato obbligazione, cioè quello stato di tensione, di costrizione di una volontà verso l'altra, che si risolve con l'adempimento.

Ma in questi contratti, in cui vi è esecuzione senza preesistente causa obbligatoria, come e quando si conchiude l'accordo che è l'essenza del contratto? come si manifesta l'accordo, ossia l'incrocio delle volontà? L'accordo delle due volontà si conchiude e si manifesta negli atti stessi con cui le parti eseguono le rispettive pres-

contrat. Le Code français, dans sa définition, s'exprime ainsi: « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose » (art. 1101); ce n'est pas la définition du contrat comme catégorie générale, mais c'est la définition du contrat comme *source* d'obligations, c'est la définition d'une espèce particulière de contrat, le contrat obligatoire. Le Code italien, au contraire, ne considère pas simplement le contrat comme une source d'obligations, mais en donne un concept plus large: « Le contrat est l'accord de deux ou plusieurs personnes pour constituer, régler ou annuler entre elles un lien juridique » (art. 1098). Dans le projet définitif sur les obligations et les contrats rédigé en accord par les deux Commissions italienne et française de la réforme des codes civils des deux pays, toute espèce de doute se trouve éliminée puisqu'on y dit (art. 1^{er}) que le contrat est l'accord tendant à constituer, à modifier ou à éteindre un *rapport juridique*.

Quand le contrat n'est pas obligatoire, son exécution ne peut pas se concevoir comme l'accomplissement d'un lien existant entre les parties, parce que l'accord n'a pas donné naissance à une obligation, mais à un état de tension et de resserrement d'une volonté par rapport à l'autre, qui se résoud par l'exécution.

Mais dans ces contrats, dans lesquels il y a exécution sans préexistence de cause obbligatoria, quand et comment se conclut l'accord qui est l'essence du contrat, comment se manifeste l'accord, la rencontre des volontés? L'accord des deux volontés se conclut et se manifeste dans les

tazioni, se si tratta di contratti bilaterali. Ossia : una parte compie una determinata prestazione con l'animo di ottenere una prestazione corrispettiva dall'altra parte, e questa, a sua volta, eseguisce la chiesta prestazione con l'animo di dare un corrispettivo alla prestazione dell'altro, che essa accetta. La volontà delle parti, che si incrocia, l'accordo, che è l'essenza del contratto, consiste precisamente nell'intenzione rispettiva di porre una prestazione in vista di ottenere una corrispondente prestazione dall'altra parte. Questa reciproca volontà e intenzione condiziona l'una all'altra le rispettive prestazioni. Le due prestazioni non sono eseguite indipendentemente l'una dall'altra, non sono estranee l'una all'altra ; esse, invece, sono animate, vivificate, dalla reciproca intenzione delle parti che ciascuna sia la misura, rappresenti il corrispettivo dell'altra, sia causa e condizione dell'altra. Alle prestazioni non preesiste, è vero, una causa obbligatoria, ma le due prestazioni non hanno, per questo, carattere di liberalità. In questo animo, in questa reciproca intenzione, con cui sono eseguite prestazione e controprestazione, si concreta l'accordo, l'incrocio delle due volontà. L'accordo non è manifestato con una distinta dichiarazione di volontà, ma prende forma e corpo negli atti stessi, con cui si eseguono le reciproche prestazioni, delle quali è l'anima, e da questi atti è manifestato. Che questi atti di esecuzione siano manifestazione di un accordo o di un incrocio di volontà, ossia che le prestazioni siano fatte con l'intenzione che l'una sia corrispettivo e condizione dell'altra, è dimostrato dalle trattative, che hanno condotto alla esecuzione e che l'ac-

actes ci-dessus par le fait que les parties exigent les prestations respectives s'il s'agit de contrats bilatéraux : une partie accepte une prestation déterminée avec l'idée d'obtenir une prestation correspondante de l'autre partie et celle-ci, à son tour, exécute la prestation demandée avec l'idée de donner quelque chose d'équivalent à la prestation de l'autre partie et que celle-ci accepte. Les volontés des parties, qui se rencontrent, l'accord qui est l'essence du contrat consistent précisément dans l'intention respective d'accorder une prestation en vue d'obtenir une prestation correspondante de l'autre partie. Cette volonté réciproque et cette intention conditionnent l'une à l'autre les prestations respectives. Les deux prestations ne sont pas exécutées indépendamment l'une de l'autre, elles ne sont pas étrangères l'une à l'autre ; au contraire, elles sont animées et vivifiées par l'intention réciproque des parties qui veulent que chacune soit la mesure et représente l'équivalent de l'autre, soit la cause et la condition de l'autre. Il est vrai qu'aux prestations ne préexiste pas une cause obligatoire, mais les deux prestations n'en ont pas pour cela un caractère de libéralité. Dans cet esprit, dans cette intention réciproque dans lesquels sont exécutées la prestation et la contre-prestation, se concrétise l'accord, la rencontre des deux volontés. L'accord n'est pas manifesté comme une déclaration distincte de volonté, mais il prend forme et corps dans les actes mêmes dans lesquels s'exécutent les prestations réciproques dont il est la raison d'être et il se manifeste dans ces actes. Que ces actes d'exécution soient les manifestations d'un accord ou d'une rencontre de volonté, c'est-à-dire que les prestations soient faites avec l'intention que l'une soit l'équivalent et la condition de l'autre, cela est démontré par les tractations qui ont conduit à l'exé-

compagnano. L'accordo, quindi, non genera obbligazione, non è un contratto obbligatorio ; ma è un vero e proprio contratto bilaterale, poiché è una convenzione su prestazioni reciproche di interesse giuridico, la quale si conchiude e si manifesta negli stessi atti esecutivi delle prestazioni.

6. Questo contratto è retto dalle norme che il codice detta per i contratti. Però, siccome questo contratto non può generare obbligazione, è evidente che ad esso non si possono riferire le norme, le quali presuppongono fra i contraenti un rapporto obbligatorio. Così, per esempio, l'art. 1123 del codice civile (corrispondente al 1134 del codice francese): « I contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti. Non possono essere rivocati che per mutuo consenso o per cause autorizzate dalla legge », si riferisce evidentemente al contratto obbligatorio, riguardo al quale dispone che all'obbligazione nata dall'accordo sono giuridicamente soggette le parti contraenti, quantunque essa sia effetto di due volontà private. La disposizione non avrebbe ragionevole significato riferita a un contratto che non fosse obbligatorio.

Ai contratti bilaterali, come dispone l'art. 1165 (equivalente all'art. 1184 del codice francese) è applicabile la condizione risolutiva tacita, per la quale, mancando l'uno dei contraenti alla propria obbligazione, l'altro può domandare lo scioglimento del contratto o costringere all'adempimento. Ma è evidente che non si potrebbe parlare della *exceptio non adimpleti contractus*, se il contratto bilaterale non fosse obbligatorio.

cution et qui l'accompagnent. Par là l'accord n'est pas générateur d'obligation, ce n'est pas un contrat obligatoire, mais c'est un véritable et propre contrat bilatéral, puisqu'il est une convention sur des prestations réciproques d'intérêt juridique, convention qui se manifeste dans les dits actes exécutifs des prestations.

6. — Ce contrat est régi par les règles que le code donne pour les contrats. Etant donné cela, comme ce contrat ne peut être générateur d'obligation, il est évident que pour celui-ci on ne peut se référer aux règles qui supposent un lien obligatoire entre les contractants. Ainsi, par exemple, dans l'article 1123 du Code civil (article qui correspond à l'article 1134 du Code français) « Les contrats légalement formés ont force de loi pour ceux qui les ont faits. Ils ne peuvent être révoqués que par consentement mutuel ou pour une cause autorisée par la loi », on se réfère naturellement au contrat obligatoire, étant donné que celui-ci dispose que les parties contractantes sont sujettes juridiquement à toute obligation née de l'accord, dans la mesure où celle-ci est l'effet des deux volontés privées. La disposition appliquée à un contrat qui ne serait pas obligatoire n'aurait pas de signification logique.

Aux contrats bilatéraux, comme dispose l'article 1165 (correspondant à l'article 1184 du Code français) est applicable la condition résolutoire tacite en vertu de laquelle, si l'un des contractants manque à sa propre obligation, l'autre peut, ou demander l'annulation du contrat, ou l'obliger à l'exécution. Mais il est évident que l'on ne pourrait parler de l'*exceptio non adimpleti contractus* si le contrat n'était pas obligatoire.

Anche l'art. 1130 (corrispondente al 1165 del codice francese) è applicabile al contratto in quanto da esso nasce una obbligazione. Dispone l'articolo che i contratti non hanno effetto che fra le parti contraenti, e ciò significa che dal contratto nascono diritti e doveri soltanto fra le parti contraenti, ossia che la obbligazione contrattuale non si estende oltre le parti. Applicato a un contratto non obbligatorio l'art. 1130 significherebbe che il contratto si conclude soltanto fra le parti che si accordano, il che sarebbe una pura tautologia.

Pertanto, sebbene il codice italiano accolga un concetto del contratto, che è più ampio del concetto di contratto obbligatorio, vi sono disposizioni fra quelle, che il codice riunisce sotto il titolo delle obbligazioni e dei contratti in genere, le quali non possono riferirsi a contratti che non siano obbligatori.

Anche il significato di qualche espressione dottrinale deve essere determinato tenendo conto della distinzione fra concetto generale di contratto e concetto di contratto obbligatorio. Si suole dire, per esempio, che il contratto si distingue dalla legge per questo, che il contratto è un *autocomando*, la legge un *eterocomando*. La contrapposizione è giustamente espressa, quando, però, alla legge si contrapponga non il contratto in genere, ma il contratto obbligatorio; perché il contratto che non genera obbligazione non può essere autocomando, dal momento che non è neppure un comando.

7. Chiarito il concetto di contratto, è necessario anche richiamare qualche nozione intorno all'*oggetto* di esso. Oggetto del contratto non è propriamente la cosa cui la prestazione si riferisce, ma

Egalement, l'article 1130 (correspondant à l'article 1165 du Code français) est applicable au contrat en tant que celui-ci naît d'une obligation. L'article dispose que les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ou que l'obligation contractuelle n'existe pas en dehors des parties. Appliqué à un contrat non obligatoire, l'article 1130 signifierait que le contrat ne se conclut qu'entre les parties qui s'accordent, ce qui serait une pure tautologie.

Cependant, quoique le Code italien accepte un concept du contrat qui est plus large que celui de contrat obligatoire, il y a des dispositions que le code réunit sous le titre des obligations et des contrats en général et qui ne peuvent se référer à des contrats non obligatoires.

Egalement la signification de quelques expressions doctrinales devrait être déterminée compte tenu de la distinction entre concept général de contrat et concept de contrat obligatoire: lorsque l'on dit, par exemple, que le contrat se distingue de la loi en ce que le contrat est un « auto-commandement » et la loi un « etero-commandement », l'opposition est justement exprimée quand on oppose à la loi, non le contrat en général, mais le contrat obligatoire. Car le contrat qui n'est pas générateur d'obligation ne peut pas être *auto-commandement* du moment qu'il n'est pas un commandement.

7. — Une fois défini le concept de contrat, il est également nécessaire d'éclaircir quelques notions relatives à son objet. L'objet du contrat n'est pas à proprement parler la chose à laquelle se réfère la presta-

la prestazione stessa, cioè un atto positivo o negativo della parte. La cosa non è oggetto del contratto, ma può essere soltanto oggetto della prestazione, in quanto questa sia un dare o un fare. Si può dire che ogni forma dell'umana attività può dedursi come oggetto del contratto, salvo i limiti che la natura delle cose o il diritto impongono. E allora, ammesso che delle persone giuridiche pubbliche amministrative siano dotate di potestà legislativa in senso materiale, possiamo domandarci: la attività normativa, o attività legislativa in senso materiale, può dedursi come oggetto di un contratto? Volendo seguire il modo di esprimersi usato da molti, per i quali il contratto ha per oggetto la cosa, cui la prestazione si riferisce, non la prestazione medesima, potremmo fare la domanda in questo modo: una norma giuridica (che è, propriamente, la cosa, cui la prestazione si riferisce, ossia l'oggetto della attività normativa in quanto questa è un vero e proprio *facere*) una norma giuridica, ripetiamo, può dedursi come oggetto di un contratto fra due persone giuridiche pubbliche dotate di potestà normativa o legislativa in senso materiale? Ossia, per ripetere la domanda conservando la precisione dei concetti e dei termini: l'esercizio della attività normativa può essere una prestazione contrattuale? oppure, vi è nella natura del contratto o nella natura della attività normativa qualche elemento, per cui l'esercizio di tale attività non possa essere una prestazione contrattuale?

Il contratto presuppone la presenza di due interessi non solo distinti, ma contrapposti, e l'accordo delle due volontà è inteso dalle parti precisamente per soddisfare distinti interessi. Nel contratto

tion, mais c'est la prestation elle-même, c'est-à-dire un acte positif ou négatif d'une partie. La chose n'est pas l'objet du contrat, mais peut être seulement l'objet de la prestation si dans celle-ci se trouve une action de donner ou de faire. On peut dire que toute forme de l'activité humaine peut être déterminée comme objet de contrat dans les limites qu'imposent la nature des choses ou le droit. Et alors si l'on admet que toutes les personnes morales publiques administratives sont dotées du pouvoir législatif au sens matériel, on peut se demander: l'activité normative, ou l'activité législative au sens matériel, peut-elle être l'objet d'un contrat? Si l'on veut suivre la terminologie usitée par beaucoup d'auteurs pour lesquels le contrat a pour objet l'effet auquel se réfère la prestation, et non la prestation elle-même, nous pourrions poser la question sous cette forme: une règle juridique (qui est, à proprement parler, la chose à laquelle se réfère la prestation, c'est-à-dire l'objet de l'activité normative en tant que celle-ci est un véritable et propre *facere*), une règle juridique peut-elle être l'objet d'un contrat entre deux personnes morales de droit public dotées d'un pouvoir normatif ou législatif au sens matériel? ou, pour répéter la question en conservant la précision des concepts et des termes, l'exercice de l'activité normative peut-il être une prestation contractuelle? Y a-t-il dans la nature du contrat ou dans la nature de l'activité normative quelque élément à cause duquel l'exercice d'une telle activité ne pourrait pas être une prestation contractuelle?

Le contrat présuppose la présence de deux intérêts non seulement distincts, mais encore opposés et l'accord des deux volontés est entendu

i due interessi rimangono distinti, anche se la loro reciproca soddisfazione si ottenga non solo coordinando un interesse con l'altro, ma subordinando l'uno e l'altro a un interesse superiore. La subordinazione a un interesse superiore non sopprime la distinzione e contrapposizione degli interessi particolari ; significa soltanto che la soddisfazione di ciascun interesse particolare dev'essere ottenuta non solo con reciproco sacrificio per reciproco vantaggio, ma anche con sacrificio di tutti in vista di un bene superiore. La distinzione e contrapposizione degli interessi è essenziale nel contratto. Quando, invece, distinti interessi vengono soddisfatti con la ricerca di un interesse comune, nel quale gli interessi particolari si unificano, oppure quando gli interessi distinti non si contrappongono, ma sono eguali e paralleli, allora non si può avere *contratto*, ma si ha *accordo* in senso tecnico, cioè, non si ha un atto bilaterale, ma un atto unilaterale, il quale sarà atto complesso o atto collettivo ⁸. In conclusione : nel contratto due volontà si trovano di fronte l'una all'altra per regolare una antitesi di interessi ; le volontà si incrociano. Nell'accordo due o più volontà agiscono una accanto all'altra per regolare un interesse comune ; le volontà si unificano, come negli atti complessi, oppure si esplicano congiuntamente, come negli atti collettivi.

Come può, allora, l'esercizio di attività normativa essere prestazione contrattuale, se il contratto presuppone interessi contrapposti e l'attività normativa, invece, presuppone un interesse superiore collettivo da tutelare mediante limitazione e subordinazione

par les parties comme devant précisément satisfaire des intérêts distincts. Dans le contrat les deux intérêts demeurent distincts, même si leur satisfaction réciproque s'obtient non seulement en coordonnant un intérêt avec l'autre, mais encore en subordonnant l'un et l'autre à un intérêt supérieur. La subordination à un intérêt supérieur ne supprime pas la distinction et l'opposition des intérêts particuliers : elle signifie seulement que la satisfaction de chaque intérêt particulier doit être obtenue, non seulement par un sacrifice fait en vue de recevoir un avantage correspondant, mais encore par un sacrifice de tous en vue d'un bien commun supérieur. La distinction et l'opposition des intérêts sont essentielles dans un contrat. Lorsqu'au contraire des intérêts distincts sont satisfaits par la recherche d'un intérêt commun dans lequel les intérêts particuliers s'unifient, ou lorsque les intérêts distincts ne sont plus opposés, mais égaux et parallèles, on ne peut plus alors avoir un *contrat*, mais on a un *accord* au sens technique du mot, c'est-à-dire qu'on n'a pas un acte bilatéral, mais un acte unilatéral, lequel sera un acte d'union ou un acte collectif ⁸. En conclusion : dans un contrat deux volontés se trouvent de front l'une et l'autre pour régler une opposition d'intérêts et les volontés se rencontrent. Dans l'accord, deux ou plusieurs volontés agissent l'une auprès de l'autre pour régler un intérêt commun ; les volontés s'unifient comme dans les actes plurilatéraux ou elles s'expriment conjointement comme dans les actes collectifs.

Comment alors l'exercice d'une activité normative peut-elle être une prestation contractuelle si le contrat présuppose des intérêts opposés et si l'activité normative présuppose au contraire un intérêt supérieur col-

ad esso degli interessi particolari? Una norma legislativa non significa sempre la tutela di un interesse unico di tutti i destinatari della norma. Può significare la tutela di interessi contrapposti di distinte categorie di destinatari, tutela che si attua in quanto nella norma di diritto gli interessi, quantunque contrapposti, non riescano a sopraffarsi l'un l'altro, ma si compongono reciprocamente e tutte due si subordinano a un interesse superiore a quello delle categorie interessate.

E se la emanazione della norma, in cui gli interessi contrapposti, rimanendo distinti, si compongono, non è fatta da un legislatore superiore alle parti, ma è attribuita a persone giuridiche rappresentanti degli stessi interessi in causa; e questi rappresentanti, investiti di potere legislativo materiale, pervengono a un accordo su reciproche concessioni, si avrà una vera e propria forma di contratto, in cui ciascuna delle parti, esercitando attività normativa attraverso le reciproche concessioni, eseguisce prestazioni contrattuali, così che dall'accordo delle due volontà, cioè dal contratto, è generata una norma di diritto obbiettivo. Questa norma non è un imperativo per i contraenti, ma per i destinatari esterni al contratto. Rispetto ai contraenti la norma giuridica è nient'altro che l'effetto o l'oggetto del loro *facere*, cioè delle loro reciproche prestazioni; è una *cosa*, come ogni altra cosa che può essere oggetto di prestazioni contrattuali. Il rapporto contrattuale si esaurisce nelle reciproche prestazioni normative o concessioni, le quali sono contrattuali appunto perché l'una è causa e condizione dell'altra, e sono, propriamente, l'oggetto del contratto. L'imperativo della norma

lectif pour la défense, par la limitation et la subordination à lui-même, des intérêts particuliers? Une règle législative ne signifie pas toujours la tutelle d'un intérêt unique de tous les intéressés. Elle peut signifier la tutelle d'intérêts opposés de catégories distinctes d'intéressés, tutelle qui se manifeste dans la règle de droit et sous laquelle les intérêts, quoique opposés, ne se combattent pas l'un l'autre, mais s'accordent réciproquement, et tous deux se subordonnent à un intérêt supérieur à celui des catégories intéressées.

Et si l'établissement de la règle dans laquelle les intérêts opposés s'accordent en restant distincts n'est pas l'œuvre d'un législateur supérieur aux parties, mais s'il est attribué à des personnes morales représentant les intérêts en cause et si ces représentants investis du pouvoir législatif matériel parviennent à un accord par des concessions réciproques, on a une véritable forme de contrat dans laquelle chacune des parties, exerçant une activité normative à travers des concessions réciproques, effectue des prestations contractuelles, de même que de l'accord des deux volontés, c'est-à-dire du contrat, naît une règle de droit objectif. Cette règle n'est pas une règle impérative pour les seuls contractants, mais encore pour les intéressés étrangers au contrat. A l'égard des contractants la règle juridique n'est rien d'autre que l'effet et l'objet de leur *facere*, c'est-à-dire de leurs prestations réciproques; c'est une *chose*, comme toute autre *chose* qui peut être l'objet de prestations contractuelles. Le rapport contractuel s'épuise dans les prestations réciproques normatives ou les concessions qui sont contractuelles, précisément parce que l'une est cause et condition de l'autre et elles sont, à proprement parler, l'objet

giuridica non è d'origine contrattuale, ma legislativa ; è un imperativo che deriva dalla potestà legislativa materiale, di cui i contraenti sono direttamente investiti dalla legge, e che essi hanno esercitata nella forma del contratto.

Quindi, nè la natura giuridica del contratto, nè la natura giuridica della norma di diritto impediscono che l'esercizio di attività normativa possa essere una vera e propria prestazione contrattuale, e che l'accordo di due volontà, cioè il contratto, possa essere diretto a formare una norma giuridica. L'unica condizione è che gli interessi tutelati dalla norma e rappresentati dalle parti siano sempre interessi distinti e contrapposti.

Fu anche osservato ⁹ che il contratto richiede scambio di prestazioni. Ora, è evidente che le prestazioni contrattuali che consistono in esercizio di attività normativa non si scambiano ; quindi l'accordo delle parti per costituire una norma non può essere un contratto. Ma è facile notare che lo scambio delle prestazioni contrattuali non va inteso nel senso che le prestazioni debbano uscire dalla sfera della rispettiva parte per entrare in quella dell'altra, ma nel senso che la prestazione di ciascuna parte non è eseguita da questa liberalmente e indipendentemente dall'altra, ma in vista di ottenere come corrispettivo la prestazione dell'altra parte. Lo scambio consiste precisamente in ciò che ogni prestazione è corrispettivo e condizione dell'altra ; e qui sta la natura contrattuale dell'accordo.

8. Raccogliendo le osservazioni fatte, appare chiaramente che

du contrat. La force obligatoire de la règle juridique n'est pas d'origine contractuelle, mais législative ; c'est une force obligatoire qui dérive du pouvoir législatif matériel dont les contractants sont directement investis par la loi et qu'ils ont exercé dans la forme du contrat.

Par là, ni la nature, juridique du contrat, ni la nature juridique de la règle de droit n'empêchent l'exercice de l'activité normative d'être une véritable et propre prestation contractuelle et l'accord des deux volontés, c'est-à-dire le contrat, de pouvoir être destiné à former une règle juridique. L'unique condition est que les intérêts protégés par cette règle et représentés par les parties soient toujours des intérêts distincts et opposés.

Il a été également observé ⁹ que le contrat demande un échange de prestations. A présent il est évident que les prestations contractuelles qui consistent dans l'exercice de l'activité réglementaire ne s'échangent point ; par là, l'accord des parties pour constituer une règle ne peut être un contrat. Mais il est facile de noter que l'échange des prestations contractuelles n'est pas entendu dans le sens que les prestations doivent sortir de la sphère de la partie respective pour rentrer dans celle de l'autre, mais dans le sens que la prestation de chaque partie n'est pas exécutée par celle-ci librement et indépendamment de l'autre, mais en vue d'obtenir comme équivalent la prestation de l'autre partie. L'échange consiste précisément en ce que chaque prestation est l'équivalent et la condition de l'autre et c'est là que l'on trouve la nature contractuelle de l'accord.

8. — En groupant les observations faites, il apparaît clairement que,

dal contratto può essere generata una norma di diritto. E se bene si osserva, il contratto generatore di una norma di diritto o, come possiamo dire, il contratto *normativo* non è un contratto *obbligatorio*. Vi può essere un contratto preliminare al contratto normativo, obbligatorio come ogni altro contratto preliminare, ma il contratto, che dà origine alla norma di diritto non è un contratto obbligatorio. In esso l'accordo delle due volontà si conchiude con l'esecuzione stessa delle prestazioni normative, secondo i concetti sopra spiegati. Le prestazioni normative sono prestazioni contrattuali perché sono poste con l'intenzione che l'una sia corrispettiva dell'altra. Escluso il concetto di contratto obbligatorio, inapplicabile al contratto normativo, a questo si applica, però, perfettamente la definizione di contratto già sopra indicata : il contratto è l'accordo diretto a costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico, cioè ad ottenere un effetto giuridico. L'accordo in questo contratto che non genera obbligazione sta nella reciprocità delle prestazioni normative o delle concessioni fatte da una parte e dall'altra, cioè degli atti di esercizio dell'attività normativa. La norma giuridica è una norma nata da contratto, perchè generata da attività normativa esplicita non discrezionalmente da un soggetto investito da potere legislativo, ma esplicita con atti reciprocamente condizionati, cioè con reciproche concessioni, da due soggetti investiti di potere legislativo in senso materiale.

Riguardo a un contratto obbligatorio il giudice garantisce l'adempimento della obbligazione ; riguardo al contratto normativo

du contrat, peut naître une règle de droit. Et si l'on observe bien, le contrat générateur d'une règle de droit, ou, comme nous pouvons dire, le contrat *normatif*, n'est pas un contrat *obligatoire*. Il peut y avoir un contrat préliminaire au contrat normatif, obligatoire comme tout contrat préliminaire, mais le contrat qui donne naissance à la règle de droit n'est pas un contrat obligatoire. Dans celui-ci, l'accord des deux volontés se confond avec l'exécution de prestations normatives suivant les principes déjà exposés. Les prestations normatives sont des prestations contractuelles, parce qu'elles sont établies avec l'intention que l'une soit la correspondante de l'autre. Une fois exclu le concept de contrat obligatoire, inapplicable au contrat normatif, à celui-ci s'applique parfaitement la définition du contrat déjà indiquée ci-dessus : le contrat est l'accord tendant à constituer, modifier ou éteindre un rapport juridique, c'est-à-dire à obtenir un effet juridique. L'accord, dans ce contrat qui n'est pas générateur d'obligation, consiste dans la réciprocité des prestations normatives ou des concessions faites par une partie et par l'autre, c'est-à-dire dans la réciprocité des actes d'exercice de l'activité normative. La norme juridique est une norme née du contrat, parce que née de l'activité normative formulée non pas de façon discrétionnaire par un sujet investi du pouvoir législatif, mais formulée par des actes réciproquement conditionnels, c'est-à-dire avec des concessions réciproques par deux sujets investis du pouvoir législatif au sens matériel.

A l'égard du contrat obligatoire, le juge garantit l'exécution de l'obligation, à l'égard du contrat normatif, le juge garantit la validité

il giudice garantisce la validità e la reciprocità delle concessioni o prestazioni normative, dalle quali risulta la norma giuridica.

9. Da tutto questo si conchiude che il contratto è puramente la forma, con la quale due soggetti o persone giuridiche pubbliche, rappresentanti di contrapposti interessi, esplicano il potere legislativo, di cui sono investiti, per stabilire la norma giuridica regolatrice degli interessi per i quali agiscono. Quindi, il contratto normativo è norma giuridica in senso sostanziale o materiale e contratto in senso formale, a quel modo che del regolamento si dice che è norma giuridica in senso sostanziale o materiale e atto amministrativo in senso formale.

Il contratto normativo, costruito come fu esposto fin qui, non rappresenta nessuna deviazione dai concetti elaborati dalla dottrina nel diritto privato e nel diritto pubblico. Non v'è bisogno di premere sulla nozione di contratto nè su quella di norma giuridica per spiegare un atto, che riunisce in sè la natura di contratto e quella di norma ; tanto meno v'è bisogno di ricorrere a un *tertium genus* tra contratto e norma. Fatta la distinzione tra contratto e contratto obbligatorio, e tra elemento formale ed elemento sostanziale di un atto giuridico — distinzioni usuali nella dottrina — la figura del contratto normativo riesce precisa e nitida : è un atto che è vero e proprio contratto dal lato formale e vera e propria norma giuridica dal lato materiale o sostanziale.

Quando si dice che il concetto di contratto esclude quello di norma giuridica, si fa una affermazione esatta, quando, però, per contratto si intenda contratto obbligatorio. L'opposizione esiste fra

et la réciprocité des concessions ou prestations normatives dont résulte la règle juridique.

9. — De tout ceci, on conclut que le contrat est purement la forme par laquelle deux sujets ou personnes morales publiques, représentant des intérêts opposés, se servent du pouvoir législatif dont ils sont investis pour stabiliser la règle juridique régulatrice des intérêts pour lesquels ils agissent. Donc le contrat normatif est une norme juridique au sens substantiel ou matériel et un contrat au sens formel, de la même façon que l'on dit du règlement qu'il est une règle juridique au sens substantiel et matériel et un acte administratif au sens formel.

Le contrat normatif, conçu comme on l'a exposé jusqu'ici, ne présente aucune déviation des concepts élaborés par la doctrine tant de droit privé que de droit public. Il n'est pas besoin de presser ou forcer la notion de contrat, ni celle de règle juridique pour expliquer un acte qui réunit en lui la nature du contrat et celle de la règle ; il est encore moins besoin de recourir à un *tertium genus* entre le contrat et la règle. Une fois faite la distinction entre le contrat et le contrat obligatoire et entre les éléments formels et les éléments matériels d'un acte juridique — distinction usuelle dans la doctrine — la figure du contrat normatif se présente claire et précise : c'est un acte qui est un véritable et propre contrat du côté formel et une véritable et propre règle juridique du côté matériel ou substantiel.

Quand on dit que le concept de contrat exclut celui de règle juridique, on énonce une affirmation exacte quand, par contrat, on veut dire con-

obbligazione contrattuale e norma, perchè l'autocomando (obbligazione contrattuale) non può essere eterocomando (norma giuridica); ma non esiste fra contratto e norma, perchè, come fu detto, lo stesso atto può essere norma e contratto, norma in senso sostanziale e contratto in senso formale.

E facile, a questo punto, porre e risolvere la questione se il contratto possa essere fonte di diritto obbiettivo. Per *fonti* si intendono comunemente i modi per cui la norma giuridica viene ad essere stabilita. Ora, nel contratto normativo, come abbiamo visto, la norma giuridica viene ad essere stabilita nel modo di un contratto, per cui si dice che il contratto normativo è norma in senso sostanziale e contratto in senso formale. Per questo si deve dire che, come il regolamento (atto amministrativo), così il contratto può essere fonte di diritto obbiettivo. Difatti, abbiamo visto che l'esercizio dell'attività normativa, ossia l'esplicazione della potestà legislativa in senso materiale, può essere compiuta, in date condizioni, nelle forma di vera e propria prestazione contrattuale. E evidente, poi, che fonte di diritto obbiettivo può essere il contratto nel suo concetto moderno, più ampio, non il contratto obbligatorio.

10. Premesse queste considerazioni, esaminiamo la questione della natura giuridica del contratto collettivo di lavoro nel nuovo diritto italiano.

Notiamo, anzitutto, che sarebbe un errore impostare la questione semplicemente in questi termini : se il contratto collettivo di lavoro sia contratto o norma giuridica. Sappiamo, infatti, che le figure che

trat obligatoire. L'opposition existe entre l'obligation contractuelle et la règle parce que l'*auto-commandement* (obligation contractuelle) ne peut être *etero-commandement* (règle juridique); mais elle n'existe pas entre le contrat et la règle parce que, comme on l'a dit, le même acte peut être règle et contrat, règle au sens matériel et contrat au sens formel.

Il est facile à ce point de vue de poser et de résoudre la question de savoir si le contrat peut être source de droit objectif. Par *sources* on entend communément les modes par lesquels la règle juridique en vient à être stabilisée. Aujourd'hui, dans le contrat normatif comme nous l'avons vu, la règle juridique devient stable au moyen d'un contrat par quoi l'on dit que le contrat normatif est une norme au sens matériel et un contrat au sens formel. Par cela, on doit dire que comme le règlement (acte administratif) le contrat peut être source de droit objectif. De fait, nous avons vu que l'exercice de l'activité normative, c'est-à-dire l'exercice du pouvoir législatif au sens matériel, peut être rempli, dans les conditions données, dans la forme d'une véritable et propre prestation contractuelle. Il est évident que c'est le contrat, dans son concept moderne plus large, et non le contrat obligatoire, qui peut être source de droit objectif.

10. — Une fois posées ces considérations, examinons la question de la nature juridique du contrat collectif de travail dans le nouveau droit italien.

Notons tout d'abord que ce serait une erreur de poser la question simplement dans ces termes : savoir si le contrat collectif de travail est

vicendevolmente si escludono sono quelle di contratto obbligatorio e di norma giuridica, mentre la figura di contratto, in senso più ampio, può congiungersi con quella di norma nello stesso atto giuridico e formare quella particolare figura che è il contratto normativo. Il contratto collettivo, quindi, può essere un contratto obbligatorio, una norma giuridica oppure un contratto normativo e avrebbe struttura ben diversa in ciascuna delle tre figure. In un contratto obbligatorio, per esempio, l'obbligazione, dalla quale sono direttamente vincolati i singoli datori di lavoro e lavoratori soggetti al contratto collettivo, deriva dal contratto ; i singoli datori di lavoro e lavoratori, in quanto sono rappresentati, sono parti contraenti ; oggetto dell'obbligazione contrattuale, ossia del contratto, sono le reciproche prestazioni individuali di lavoro. In un contratto normativo, invece, l'obbligazione, dalla quale sono direttamente vincolati i singoli datori di lavoro e lavoratori, deriva da una legge in senso materiale ; parti contraenti non sono i singoli datori di lavoro e lavoratori, ma i due sindacati, che contraggono in nome proprio ; oggetto del contratto non sono le prestazioni di lavoro, cioè l'attività dei singoli, ma le prestazioni normative, cioè l'attività dei sindacati.

L'essere contratto obbligatorio o norma giuridica è questione, che riguarda la sostanza del contratto collettivo, cioè la natura dell'obbligazione (se sia *ex contractu* oppure *ex lege*), alla quale i singoli sono soggetti. L'essere contratto normativo o norma giuri-

un contrat ou une règle juridique. Nous savons en fait que les formes qui s'excluent mutuellement sont celles de contrat obligatoire et de norme juridique, alors que la forme de contrat, dans son sens le plus large, peut se conjuguer avec celle de norme dans le même acte juridique et donner cette forme particulière qu'est le contrat normatif. Par là le contrat collectif peut être un contrat obligatoire, une règle juridique ou un contrat normatif et il aura une structure différente dans chacune des trois figures. Dans un contrat obligatoire par exemple, l'obligation à laquelle sont directement liés les employeurs et les travailleurs individuels, sujets au contrat collectif, dérive du contrat ; les employeurs et les travailleurs individuels sont parties contractantes en tant qu'ils sont représentés ; l'objet de l'obligation contractuelle, c'est-à-dire du contrat, est représenté par les prestations individuelles de travail. Dans un contrat normatif au contraire, l'obligation, à laquelle sont directement liés les employeurs et les travailleurs individuels, dérive d'une loi au sens matériel ; les parties contractantes sont, non pas les employeurs et les travailleurs, mais les deux syndicats qui contractent en leur nom propre ; l'objet du contrat n'est pas les prestations de travail, c'est-à-dire l'activité des individus, mais les prestations normatives, c'est-à-dire l'activité des syndicats.

L'existence d'un contrat obligatoire ou d'une règle juridique est une question qui concerne la substance du contrat collectif, c'est-à-dire la nature de l'obligation (si elle provient *ex contractu* ou *ex lege*) à laquelle sont sujets les individus. L'existence d'un contrat normatif ou

dica è questione che riguarda solo la forma del contratto collettivo, cioè la forma dell'atto, che dà origine al contratto collettivo : se sia atto bilaterale (contratto) o atto unilaterale (atto amministrativo).

11. L'essersi la dottrina irrigidita in posizioni estreme in questa questione della natura giuridica del contratto collettivo di lavoro è forse un indizio che la legge non offre argomenti diretti e decisivi per una soluzione. Anche la nostra argomentazione è indiretta e condotta piuttosto *per exclusionem* ; ma non ci sembra priva di efficacia.

Secondo l'art. 10 della legge 3 aprile 1926 i contratti collettivi di lavoro stipulati dalle associazioni legalmente riconosciute hanno effetto rispetto a tutti i datori di lavoro e lavoratori della categoria, a cui il contratto collettivo si riferisce. I singoli datori di lavoro e lavoratori sono *direttamente* vincolati dal contratto collettivo, al quale sono soggetti ; tanto che la violazione del contratto collettivo è considerata dal legislatore come reato imputabile al datore di lavoro o al lavoratore. In base all'art. 509 del nuovo codice penale, vigente dal 1° luglio 1931, è punito « il datore di lavoro o il lavoratore, il quale non adempie gli obblighi che gli derivano da un contratto collettivo ». Il contratto collettivo per avere questa efficacia rispetto alle persone, che gli sono soggette, deve essere o un *contratto obbligatorio* o una *norma giuridica*, il cui oggetto sia l'attività di lavoro dei singoli appartenenti alla categoria.

Nella legislazione vi sono delle disposizioni, le quali presup-

d'une règle juridique est une question qui regarde seulement la forme du contrat collectif, c'est-à-dire la forme de l'acte qui donne origine au contrat collectif : acte bilatéral (contrat) ou acte unilatéral (acte administratif).

11. — L'existence d'une doctrine qui se maintient dans des positions extrêmes sur cette question de la nature juridique du contrat collectif de travail est peut-être un indice de ce que la loi n'offre pas d'argument direct et décisif pour une solution. Egalement notre argumentation est indirecte et conduite plutôt *per exclusionem* ; mais elle ne semble pas dépourvue d'efficacité.

Selon l'article 10 de la loi du 3 avril 1926, les contrats collectifs de travail conclus par les associations légalement reconnues s'appliquent à tous les employeurs et travailleurs de la catégorie professionnelle à laquelle se réfère le contrat collectif. Les employeurs et travailleurs individuels sont *directement* liés par le contrat collectif dont ils dépendent, de sorte que la violation du contrat collectif est considérée par le législateur comme un délit imputable à l'employeur ou au travailleur. Suivant le principe de l'article 509 du Code pénal en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1931 sont punis « l'employeur ou le travailleur qui n'exécute pas les obligations qui découlent pour lui d'un contrat collectif ». Le contrat collectif, pour avoir cette efficacité à l'égard de toutes personnes qui lui sont sujettes, doit être, ou un *contrat obligatoire*, ou une *norme juridique*, dont l'objet est l'activité du travail des individus appartenant à la catégorie professionnelle.

pongono nel contratto collettivo una natura contrattuale, soprattutto la norma dell'art. 16 della legge 3 aprile 1926, la quale dispone che « la Corte di Appello funzionante come magistrato del lavoro giudica, nell'applicazione dei patti esistenti, secondo le norme di legge sulla interpretazione e l'esecuzione dei contratti ». Se questa disposizione non presuppone necessariamente un contratto obbligatorio, come tosto vedremo, presuppone, però, una figura di contratto.

La natura contrattuale del contratto collettivo è negata da alcuni perchè secondo lo spirito dell'ordinamento sindacale italiano, fra le associazioni di datori di lavoro e di lavoratori non esiste e non può esistere quella antitesi di finalità che è propria del rapporto contrattuale. Dicono, infatti, che, sebbene ciascuna associazione nello stipulare curi gli interessi della categoria che rappresenta, ciò fa con l'intento di armonizzare gli interessi delle classi fra loro e con gli interessi superiori della produzione e dell'economia nazionale ¹⁰.

Abbiamo già osservato, nell'indicare la differenza fra accordo e contratto, che la composizione degli interessi di categoria in modo che coincida con l'interesse superiore della produzione non esclude la contrapposizione degli interessi di categoria e delle volontà delle associazioni stipulanti, che li rappresentano ¹¹. Il contratto collettivo deve, dunque, essere un contratto.

Abbiamo veduto che la figura di contratto non esclude la figura di norma giuridica ; che, anzi, congiunta con questa, forma il cosiddetto contratto normativo. Quindi il contratto collettivo di lavoro,

Dans la législation, il y a des dispositions qui supposent au contrat collectif une nature contractuelle, surtout la règle de l'article 16 de la loi du 3 avril 1926 qui dispose que « la Cour d'Appel fonctionnant comme magistrature du travail juge, dans l'application des pactes existants, selon les règles de la loi sur l'interprétation et l'exécution des contrats ». Si ces dispositions ne supposent pas nécessairement un contrat obligatoire comme nous le verrons bientôt, elles supposent par contre une forme de contrat.

La nature contractuelle du contrat collectif est niée par quelques auteurs parce que, suivant l'esprit de l'organisation syndicale italienne, il n'existe pas et ne peut exister entre l'association des employeurs et des travailleurs cette antithèse des buts qui est le propre des rapports contractuels. Nous disons en fait que, bien que chaque association ait soin, dans la discussion, des intérêts de la catégorie qu'elle représente, ceci est fait dans l'intention d'harmoniser les intérêts des classes entre elles avec les intérêts de la production et de l'économie nationale ¹⁰.

Nous avons déjà observé, en indiquant la différence entre accord et contrat, que l'accommodement des intérêts d'une catégorie de façon à ce qu'il coïncide avec l'intérêt supérieur de la production n'exclut pas l'opposition des intérêts de la catégorie et des volontés des associations contractantes qui les représentent ¹¹. Le contrat collectif doit donc être un contrat.

Nous avons vu que l'état de contrat n'exclut pas l'état de règle juridique et que, conjugué avec celle-ci, il forme le contrat normatif. D'ailleurs, le contrat collectif de travail, pour pouvoir être en tout cas un contrat, doit être ou un *contrat obligatoire* ou un *contrat normatif*.

per poter essere, in ogni caso, un contratto, deve essere o un *contratto obbligatorio* o un *contratto normativo*.

Ma perché sia un contratto obbligatorio è necessario che i due sindacati stipulanti abbiamo la rappresentanza *giuridica* (di persona o volontà), rispettivamente, di tutti i datori di lavoro e di tutti i lavoratori soggetti al contratto collettivo. Invece, la rappresentanza dei datori di lavoro e dei lavoratori, che la legge 3 aprile 1926 attribuisce ai sindacati legalmente riconosciuti (art. 5), non è rappresentanza *giuridica*, come ora cercheremo di dimostrare; quindi il contratto collettivo di lavoro nel nuovo diritto italiano è un *contratto normativo*, cioè, secondo le nozioni che abbiano già date esponendo questa particolare figura giuridica, è *norma giuridica in senso sostanziale e contratto in senso formale*.

A conferma di questa conclusione possiamo anche notare che, accettata questa natura giuridica del contratto collettivo di lavoro, tutte le disposizioni della legge relative al contratto collettivo, sia quelle che presuppongono un regime contrattuale, sia le altre che si sogliono portare come disposizioni caratteristiche della norma giuridica o legge in senso sostanziale, trovano spontanea e logica spiegazione.

12. Il ragionamento, come si vede, si basa sull'opinione che l'art. 5 della legge 3 aprile 1926 quando dispone che — « le associazioni legalmente riconosciute rappresentano legalmente tutti i datori di lavoro e lavoratori della categoria, per cui sono costituite,

Mais pour qu'il soit un contrat obligatoire, il est nécessaire que les deux syndicats contractants aient respectivement la *représentation juridique* (de la personne ou de la volonté) de tous les employeurs et de tous les travailleurs sujets des contrats collectifs. Au contraire, la représentation des employeurs et des travailleurs que la loi du 3 avril 1926 attribue aux syndicats légalement reconnus (article 5) n'est pas une représentation juridique comme nous nous efforcerons tout à l'heure de le démontrer. Par là, le contrat collectif de travail dans le nouveau droit italien est un *contrat normatif*, c'est-à-dire, selon les notions qui ont déjà été exposées sur cette forme juridique particulière, une *norme juridique au sens substantiel et un contrat au sens formel*.

Pour confirmer cette conclusion, nous pouvons également noter que, une fois acceptée cette nature juridique du contrat collectif de travail, toutes les dispositions de la loi relatives au contrat collectif, soit celles qui présument un régime contractuel, soit celles qu'on a coutume de présenter comme des dispositions caractéristiques de la règle juridique ou de la loi au sens substantiel, trouvent une explication logique et spontanée.

12. — Le raisonnement, comme on l'a vu, se fonde sur l'opinion que l'article 5 de la loi du 3 avril 1926, quand il dispose que « les associations légalement reconnues représentent légalement tous les employeurs et les travailleurs de la catégorie professionnelle pour laquelle elles sont constituées, que ceux-ci soient ou ne soient pas inscrits, dans

vi siano o non vi siano iscritte, nell'ambito della circoscrizione territoriale, dove operano » — non intende attribuire alle associazioni la rappresentanza *giuridica* degli appartenenti alla categoria. L'opinione contraria conta autorevolissimi sostenitori ¹² ; ma gli argomenti addotti a sostegno della rappresentanza giuridica non ci sembrano convincenti.

Rappresentanza, in senso ampio, si può chiamare un rapporto per il quale una persona (rappresentante) agisce per un'altra (rappresentato). Se il rappresentante agisce anche in nom del rappresentato, così che li negozio o l'atto da lui compiuto si costituisce immediatamente in capo a questo, che ne rimane direttamente il titolare, la rappresentanza si chiama, in senso proprio, *giuridica* ed è rappresentanza di persona e di volontà. Ogni altra forma di rappresentanza che non sia giuridica, cioè di persona o di volontà, si può chiamare rappresentanza di interessi. La rappresentanza di interessi, così intesa, non costituisce un'unica figura ; è, piuttosto, un *nomen iuris*, il quale comprende diversissime figure, che convengono tutte, però, in una nota comune negativa, cioè che non sono rappresentanza giuridica. E rappresentanza di interessi ogni figura di rappresentanza, in cui l'atto posto in essere dal rappresentante non si costituisce immediatamente in testa al rappresentato, cioè, non è atto del rappresentato, ma del rappresentante, qualunque sia il rapporto interno fra i due. In questo senso è rappresentanza d'interessi anche quella che si suole chiamare, più propriamente, rappresentanza politica.

La rappresentanza può essere costituita per volontà, manifestata

le cadre de la circonscription territoriale où elles opèrent », n'entend pas attribuer aux associations la représentation *juridique* de ceux qui appartiennent à la catégorie professionnelle. L'opinion contraire compte comme partisans de nombreux auteurs ¹², mais les arguments fournis pour soutenir la représentation juridique ne semblent pas convaincants.

La représentation, au sens large, peut se définir un rapport par lequel une personne (représentant) agit pour une autre (représenté). Si le représentant agit également au nom du représenté de telle sorte que la négociation ou l'acte fait ou conclu par lui s'impose immédiatement à l'autre et que le représentant n'en demeure pas directement le titulaire, la représentation s'appelle au sens propre *juridique* et est une représentation de personne et de volonté. Toute autre forme de représentation, qui n'est pas juridique, c'est-à-dire représentation de personne ou de volonté, peut s'appeler représentation d'intérêts. La représentation d'intérêts, ainsi comprise, ne constitue pas une forme unique : c'est plus ou moins un *nomen juris* qui comprend des formes très diverses possédant toutes une caractéristique commune négative : c'est qu'elles ne sont pas une représentation juridique. Est représentation d'intérêts toute forme de représentation dans laquelle l'acte conclu par le représentant ne s'impose pas immédiatement au représenté ; c'est-à-dire que ce n'est pas un acte du représenté, mais du représentant, quel que soit le rapport existant entre eux ; en ce sens est également représentation d'intérêts celle qu'on a coutume d'appeler plus proprement représentation politique.

La représentation peut être déterminée par la volonté manifestée

in modo espresso o tacito dal rappresentato, e allora si ha una rappresentanza *volontaria* o *convenzionale* ; oppure può essere costituita dalla legge, indipendentemente da ogni manifestazione, anche tacita, di volontà del rappresentato, e allora si ha una rappresentanza *necessaria* o *legale*.

Orbene, la legge attribuisce ai sindacati la rappresentanza *legale* di tutti gli appartenenti alla categoria, anche se non sono iscritti al sindacato. Rappresentanza legale, come dice il nome stesso, significa rappresentanza istituita per legge invece che per fatto dell'uomo. La rappresentanza legale può essere tanto rappresentanza giuridica che rappresentanza d'interessi, perché la legge può costituire, e costituisce, l'una e l'altra figura di rappresentanza. E rappresentanza *legale* quella che il tutore ha del pupillo o quella che ha l'organo esterno attivo della persona giuridica, perché è istituita dalle legge e non dalla volontà del rappresentato ; ed è rappresentanza *giuridica*, perché l'atto posto in essere dal rappresentante si costituisce immediatamente in testa al rappresentato. E rappresentanza *legale* anche quella che la Congregazione di Carità ha dei poveri del Comune, perchè è istituita dalla legge e non dalla volontà dei rappresentati (art. 7 della legge 17 luglio 1890, n. 6972 sulle Istituzioni pubbliche di assistenza e di beneficenza); ma questa non è rappresentanza giuridica, perché gli atti e negozi giuridici compiuti dalla Congregazione di Carità a vantaggio dei poveri non si costituiscono immediatamente in testa ai rappresentati ; e non essendo rappresentanza giuridica, è rappresentanza d'inte-

d'une façon expresse ou tacite par le représenté et l'on a alors une représentation *volontaire* ou *conventionnelle* ; ou bien elle peut être déterminée par la loi indépendamment de toute manifestation de volonté, même tacite, du représenté, et l'on a alors une représentation *nécessaire* ou *légal*.

En fait la loi attribue aux syndicats la représentation *légal* de tous ceux qui appartiennent à la catégorie professionnelle qu'ils soient ou non inscrits aux syndicats. La représentation *légal*, comme l'indique le nom lui-même, signifie une représentation instituée par la loi au lieu d'exister par le fait de l'homme. La représentation *légal* peut être tant une représentation juridique qu'une représentation d'intérêts, parce que la loi peut constituer et constitue l'une et l'autre forme de représentation. Est une représentation *légal* celle que le tuteur possède à l'égard de son pupille ou celle que possède l'organe actif d'une personne morale, parce qu'elle est instituée par la loi et non par la volonté du représenté ; et c'est une représentation juridique parce que l'acte conclu par le représentant s'impose immédiatement au représenté. C'est également une représentation *légal* qu'exerce la Congrégation de la Charité à l'égard des pauvres de la commune, parce qu'instituée par la loi et non par la volonté des représentés (article 7 de la loi du 17 juillet 1890, n° 6972, sur les institutions publiques d'Assistance et de Bienfaisance) ; mais elle n'est pas une représentation juridique parce que les actes et les opérations juridiques passés par la Congrégation de la Charité pour les avantages des pauvres ne s'établissent pas directement sur la tête des représentés ; n'étant pas une représentation juridique, c'est une représen-

ressi. Quindi, rappresentanza legale, nel diritto italiano non equivale a rappresentanza giuridica, ma può essere tanto rappresentanza giuridica; quando rappresentanza d'interessi. E se per l'art. 5 della legge 3 aprile 1926 i sindacati hanno la rappresentanza legale degli appartenenti alla categoria, non segue che, per questo, essi abbiano la rappresentanza *giuridica*. L'articolo dice soltanto che la rappresentanza attribuita ai sindacati è stabilita per legge; se sia rappresentanza giuridica o rappresentanza d'interessi l'articolo non dice.

13. Si vuol vedere nella rappresentanza legale attribuita dall'art. 5 una rappresentanza giuridica, perchè al sindacato è attribuita la rappresentanza « di tutti i datori di lavoro e lavoratori della categoria », ossia — come si interpreta — di tutti e singoli i datori di lavoro e lavoratori. Ora, la rappresentanza di *tutti e singoli* gli appartenenti alla categoria è rappresentanza di persona, cioè rappresentanza giuridica.

La rappresentanza legale di « tutti gli appartenenti alla categoria », come si esprime la legge, può effettivamente significare rappresentanza di *tutti i singoli*, cioè rappresentanza di persona, ma può anche significare rappresentanza di *tutta la categoria* collettivamente presa. Ora, mentre in tutta la legislazione sindacale italiana non si incontra mai una espressione, che significhi rappresentanza di *tutti e singoli* gli appartenenti alla categoria da parte del sindacato, s'incontrano, invece, espressioni che significano rappresen-

lation d'intérêts. Par là, la représentation légale dans le droit italien n'équivaut pas à une représentation juridique, mais peut être tantôt représentation juridique, tantôt représentation d'intérêts et si, par l'article 5, de la loi du 3 avril 1926, les syndicats ont la représentation légale de tous ceux qui appartiennent à une catégorie professionnelle, il ne s'ensuit pas qu'ils en aient la représentation *juridique*. L'article dit seulement que la représentation attribuée aux syndicats est établie par la loi : il ne dit pas s'il s'agit d'une représentation juridique ou d'une représentation d'intérêts.

13. — Si l'on veut voir dans la représentation légale attribuée par l'article 5 une représentation juridique sous le prétexte qu'au syndicat est attribuée la représentation « de tous les employeurs et travailleurs de la catégorie professionnelle », ou, comme on l'interprète, de tous les employeurs et travailleurs individuels et de chacun d'eux ; alors la représentation de tous et de chacun de ceux qui appartiennent à la catégorie professionnelle est une représentation de personne, c'est-à-dire représentation juridique.

La représentation légale de « tous ceux qui appartiennent à la catégorie professionnelle », comme s'exprime la loi, peut effectivement signifier représentation de *tous les individus*, c'est-à-dire représentation personnelle, mais elle peut également vouloir dire représentation de *toute la catégorie professionnelle* envisagée collectivement. Aujourd'hui, dans toute la législation syndicale italienne, on ne rencontre jamais une seule expression qui signifie représentation par le syndicat de *tous et de chacun* de ceux qui appartiennent à la catégorie professionnelle. mais on

tanza di *tutta la categoria*. Per esempio, nella legge 20 marzo 1930, n. 206 sul Consiglio Nazionale delle Corporazioni, l'art. 12, n. 3, parla di « regolamento dei rapporti economici collettivi fra le *varie categorie della produzione rappresentate* da associazioni sindacali legalmente riconosciute ». La Carta del lavoro, la quale, quantunque non sia legge, è, però, mezzo sicuro di interpretazione della legislazione sindacale italiana, nel § III dice : « Solo il sindacato legalmente riconosciuto... ha il diritto di rappresentare legalmente tutta la categoria di datori di lavoro o di lavoratori per cui è costituito »; e nel § XI : « Le associazioni professionali hanno l'obbligo di regolare, mediante contratti collettivi, i rapporti di lavoro fra le *categorie* di datori di lavoro e di lavoratori che rappresentano ». Quindi se l'art. 5 parla di rappresentanza di « tutti gli appartenenti alla categoria », usando una espressione, la quale può significare « tutti e singoli gli appartenenti alle categoria », ma anche « tutta la categoria », non si può concludere che l'art. 5 attribuisce rappresentanza di persona, cioè giuridica. Al contrario, se si interpreta l'art. 5 in connessione con le altre leggi sindacali, è più fondata l'opinione, che vede nella rappresentanza, attribuita dall'articolo, non una rappresentanza di persone, ma una rappresentanza di tutta la categoria.

Non ci sembra, quindi, che si possa efficacemente concludere che la rappresentanza legale attribuita ai sindacati dall'art. 5 sia una rappresentanza giuridica.

rencontre au contraire des expressions qui veulent dire représentation de toute la *catégorie professionnelle*. Par exemple, dans la loi du 20 mars 1930, n° 206, sur le Conseil national des Corporations, l'article 12, § 3, parle de la « réglementation des rapports économiques collectifs entre les *catégories variées de la production représentées* par les associations syndicales légalement reconnues ». La Charte du Travail, qui, bien qu'elle ne soit pas une loi, n'en est pas moins un instrument sûr pour l'interprétation de la législation syndicale italienne dans le § III, déclare : « Seul le syndicat légalement reconnu... a le droit de représenter légalement toute la catégorie professionnelle des employeurs et des travailleurs pour laquelle il est constitué » et dans le § XI : « Les associations professionnelles ont l'obligation de régler, au moyen de contrats collectifs, les rapports de travail entre les *catégories* d'employeurs et de travailleurs qu'elles représentent. » Donc, si l'article 5 parle de représentation « de tous ceux qui appartiennent à la catégorie professionnelle », usant d'une expression qui peut signifier « tous et chacun de ceux qui appartiennent à la catégorie professionnelle », mais aussi « toute la catégorie professionnelle ; on ne peut pas conclure que l'article 5 attribue une représentation personnelle, c'est-à-dire juridique. Au contraire, si l'on interprète l'article 5 en connexion avec les autres lois syndicales, l'opinion qui voit dans la représentation attribuée par l'article non une représentation personnelle, mais une représentation de toute la catégorie professionnelle, semble plus fondée.

Il ne paraît pas, dès lors, que l'on puisse efficacement conclure que la représentation légale, attribuée au syndicat par l'article 5, soit une représentation juridique.

14. Anzi, si può ulteriormente osservare che la rappresentanza legale e giuridica non riesce nemmeno a ottenere lo scopo, per il quale dovrebbe servire ; ossia, non riesce ad estendere agli appartenenti alla categoria, soggetti al contratto collettivo, una obbligazione *contrattuale*. La rappresentanza legale, infatti, può estendere ai rappresentati una obbligazione ; ma per definizione, essendo rappresentanza *legale*, la estende indipendentemente da qualsiasi intervento della volontà dei rappresentati. Ora nel caso nostro, i rappresentati (i datori di lavoro e i lavoratori appartenenti alla categoria) sono persone con una propria volontà, le quali, in virtù della rappresentanza *legale*, diventano personalmente obbligate ad eseguire le prestazioni e controprestazioni di lavoro. Ciò vuol dire che i rappresentati diventano soggetti a una obbligazione personale senza che in alcun modo abbiano partecipato con la loro volontà, nè espressamente, nè tacitamente, a costituire l'obbligazione stessa ; essi non si obbligano, ma ricevono, subiscono una obbligazione, che proviene completamente *ab extra*, come un obbligo legislativo.

Ma una tale obbligazione, appunto perchè *legale*, non è possibile che sia *contrattuale*, perchè carattere essenziale di una obbligazione contrattuale, per cui essa si distingue da una obbligazione *ex lege*, è appunto di essere una auto-obbligazione, cioè una obbligazione, a costituire la quale partecipa, o espressamente o tacitamente, o direttamente o indirettamente, la volontà stessa dell'obbligato. Estendere una obbligazione contrattuale vuol dire essenzialmente estenderla a contraenti, cioè a soggetti che si obbligano. Estendere

14. — En outre on pourra observer ultérieurement que la représentation légale et juridique ne réussit aucunement à atteindre le but pour lequel elle est destinée, c'est-à-dire qu'elle ne réussit pas à étendre à tous ceux qui appartiennent à la catégorie professionnelle, sujets au contrat collectif, une obligation *contractuelle*. La représentation légale peut en fait étendre aux représentés une obligation ; mais, par définition, étant une représentation *légale*, elle l'étend indépendamment de toute intervention de la volonté des représentés. En fait, dans notre cas, les représentés (employeurs et travailleurs appartenant à la catégorie professionnelle) sont des personnes avec une volonté propre qui, en vertu de la représentation *légale*, deviennent personnellement obligées d'exécuter les prestations et les contre-prestations de travail. Ce qui veut dire que les représentés deviennent sujets à une obligation personnelle sans avoir aucunement participé par leur volonté, expressément ou tacitement, à constituer la dite obligation ; ils ne s'obligent pas, mais ils reçoivent, subissent une obligation provenant complètement *ab extra* comme une obligation législative.

Mais une telle obligation, précisément parce que *légale*, il n'est pas possible qu'elle soit *contractuelle*, parce que le caractère essentiel d'une obligation contractuelle, par lequel elle se distingue d'une obligation *ex lege*, est d'être une auto-obligation, c'est-à-dire une obligation à la constitution de laquelle participe, expressément ou tacitement, directement ou indirectement, la volonté de l'obligé. Etendre une obligation contractuelle signifie essentiellement l'étendre aux contractants, aux sujets qui s'obligent. Etendre une obligation *ex contractu*

una obbligazione *ex contractu* a persone non contraenti, mantenendo ad essa la natura *contrattuale*, è logicamente impossibile, perchè è una contraddizione, è confondere la obbligazione *ex contractu* con la obbligazione *ex lege*. Perciò, la rappresentanza *giuridica*, se ha efficacia come rappresentanza *legale*, può ben estendere una obbligazione, ma non può conservare ad essa la natura di obbligazione contrattuale ; come avviene, appunto, nel diritto germanico, nel quale le clausole d'un contratto di lavoro estese oltre i contraenti per decreto del Ministro del lavoro perdono, rispetto ai nuovi destinatari, la natura di obbligazione contrattuale. In altre parole, la rappresentanza legale e giuridica degli appartenenti alla categoria, se ha efficacia come rappresentanza legale, non può avere efficacia come rappresentanza giuridica. Per questo abbiamo osservato che una rappresentanza legale e giuridica non serve allo scopo di estendere un *contratto obbligatorio* ai datori di lavoro e ai lavoratori rappresentati legalmente dai rispettivi sindacati stipulanti.

15. Una particolare considerazione merita l'art. 16, già ricordato, della legge 3 aprile 1926. L'articolo dispone che il giudice interpreta i contratti collettivi secondo le norme di interpretazione dei contratti. Il giudice è la Corte di Appello funzionante come Magistrato del lavoro, al quale la legge stessa (art. 13) attribuisce competenza esclusiva per giudicare le controversie relative alla disciplina dei rapporti collettivi di lavoro, che riguardano sia l'ap-

à des personnes non contractantes en maintenant à cette obligation sa nature contractuelle est logiquement impossible, parce que c'est une contradiction de confondre une obligation *ex contractu* avec une obligation *ex lege*. C'est pourquoi la représentation *juridique*, si elle a efficacité comme représentation *légale*, peut bien étendre une obligation, mais ne peut pas conserver à celle-ci la nature d'obligation contractuelle comme il advient précisément dans le droit allemand où les clauses d'un contrat de travail étendues en dehors des contractants par décret du ministre du travail perdent, quant à leurs nouveaux destinataires, la nature d'une obligation contractuelle. En d'autres termes, la représentation légale et juridique de ceux qui appartiennent à la catégorie professionnelle, si elle a de l'efficacité comme représentation légale, ne peut pas en avoir comme représentation juridique. C'est pourquoi, nous avons observé qu'une représentation légale et juridique ne sert pas à étendre un contrat *obligatoire* aux employeurs et aux travailleurs représentés légalement par leurs syndicats respectifs parties à la convention.

15. — L'article 16, déjà mentionné, de la loi du 3 avril 1926, mérite une considération particulière. L'article dispose que le juge interprète les contrats collectifs selon les normes de l'interprétation des contrats. Le juge est la Cour d'Appel fonctionnant comme magistrature du travail à laquelle ladite loi (art. 13) attribue compétence exclusive pour juger des controverses relatives à la discipline des rapports collectifs du travail, controverses ayant trait soit à l'application des contrats collectifs exis-

plicazione dei contratti collettivi esistenti e delle altre norme ad essi equiparate, sia la richiesta di nuove condizione di lavoro.

Le norme di legge sulla interpretazione dei contratti sono diverse da quelle sulla interpretazione delle leggi. Riguardo ai contratti l'art. 1131 del codice civile (corrispondente al 1156 del codice francese) dice che si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti contraenti, anzichè stare al senso letterale delle parole ; mentre, riguardo alle leggi, l'art. 3 delle disposizioni preliminari al codice civile dice che non si può attribuire alla legge « altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore ». Essendo diverse le norme di interpretazione della legge e del contratto, se il legislatore, quando si tratta di contratto collettivo, rinvia espressamente alle norme sulla interpretazione dei contratti, è segno che egli considera il contratto collettivo come un contratto e non come una norma di diritto obbiettivo.

In contrario si osserva che l'antitesi fra le norme relative all'interpretazione dei contratti e quelle relative all'interpretazione delle leggi è più apparente che reale, e, ad ogni modo, non è di soverchia importanza pratica ; per cui, in concreto, è lasciato all'interprete di determinare, secondo i casi, quali di esse debbano applicarsi ¹³.

Senza fermarci a considerare questa opinione, ammettiamo pure la differenza fra le norme di interpretazione dei contratti e quelle di interpretazione delle leggi, fra il significato dell'art. 1131 del codice civile e quello dell'art. 3 delle disposizioni preliminari al codice stesso. Ci sembra, ciò nonostante, di poter concludere che

tants et des autres normes équivalentes aux leurs, soit aux demandes ayant trait aux nouvelles conditions du travail.

Les règles de droit sur l'interprétation des contrats sont différentes de celles sur l'interprétation des lois. A l'égard des contrats l'article 1131 du code civil (correspondant à l'art. 1156 du code français) dit que l'on doit rechercher quelle a été l'intention commune des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des mots ; au contraire, à l'égard des lois, l'article 3 des dispositions préliminaires au code civil dit qu'on ne peut pas attribuer à la loi « un sens autre que celui rendu clair par la propre signification des mots selon leur liaison et selon l'intention du législateur ». Etant données ces règles différentes d'interprétation de la loi et du contrat, si le législateur, quand il traite du contrat collectif, renvoie expressément aux règles sur l'interprétation des contrats, c'est le signe qu'il considère le contrat collectif comme un contrat et non comme une règle de droit objectif.

Dans le sens contraire, on observe que l'antithèse entre les règles relatives à l'interprétation des contrats et celles relatives à l'interprétation des lois est plus apparente que réelle, et, en tous cas, elle n'est pas d'importance pratique énorme ; elle laisse, en réalité, liberté à l'interprète de déterminer, selon les cas, lesquelles doivent s'appliquer ¹³.

Sans s'attarder à examiner cette opinion, admettons simplement la différence entre les règles de l'interprétation des contrats et celles de l'interprétation des lois, dans le sens de l'article 1131 du code civil et celui de l'article 3 des dispositions préliminaires au dit code. Cependant,

il rinvio all'art. 1131 disposto dall'art. 16 della legge 3 aprile 1926 se può essere un buon argomento contro coloro che escludono dal contratto collettivo la figura del contratto, non riesce, però, ad escludere dal contratto collettivo la figura della norma giuridica e a farne un contratto obbligatorio, perchè l'art. 16 trova naturale e logica applicazione anche se si ammette che nel contratto collettivo si congiungono, come elemento sostanziale ed elemento formale dello stesso atto giuridico, la figura della norma e quella del contratto.

16. Per chiarezza della dimostrazione dobbiamo richiamare la distinzione fra controversia individuale e controversia collettiva del lavoro, che il diritto italiano configura e disciplina diversamente.

Le controversie individuali di lavoro riguardano le prestazioni e le controprestazioni, alle quali i singoli datori di lavoro e lavoratori sono reciprocamente obbligati in forza del contratto collettivo. Le controversie individuali sono di competenza del pretore o del tribunale, secondo il valore della causa. Sono legittimati *ad causam* i singoli datori di lavoro e lavoratori interessati (R. D. 26 febbraio 1928, n. 471, che contiene le norme per la decisione delle controversie individuali del lavoro).

Le controversie collettive, invece, riguardano o la determinazione di nuove condizioni di lavoro o la interpretazione di contratti collettivi esistenti o di altre norme equiparate ai contratti collettivi. Sono di competenza della Corte di Appello funzionante come Magistratura del lavoro (art. 13, primo comma, della legge 3 aprile 1926). L'azione per le controversie collettive di lavoro

il semble que l'on peut conclure que, si le renvoi à l'article 1131 par l'article 6 de la loi du 3 avril 1926 peut être un bon argument contre ceux qui excluent du contrat collectif l'élément de contrat, il ne réussit peut-être pas à exclure du contrat collectif l'élément de règle juridique et à en faire un contrat obligatoire, parce que l'article 16 trouve une application logique et naturelle, même si l'on admet que dans le contrat collectif se conjuguent, comme élément substantiel et comme élément formel du dit acte juridique, la forme de la règle et celle du contrat.

16. — Pour la clarté de la démonstration, nous devons rappeler la distinction entre les différends individuels et les différends collectifs de travail que le droit italien présente et discipline diversement.

Les différends individuels de travail regardent les prestations et contre-prestations auxquelles sont réciproquement obligés, en vertu du contrat collectif, les employeurs et les travailleurs. Les différends individuels sont de la compétence du préteur ou du tribunal suivant l'importance du cas. Sont habilités *ad causam* les employeurs et les travailleurs intéressés. (Décret Royal du 26 février 1928, n° 471 qui contient les règles pour le jugement des différends individuels du travail.)

Les différends collectifs, au contraire, concernent ou la détermination de nouvelles conditions de travail, ou l'interprétation des contrats collectifs existants ou des autres règles assimilées aux contrats collectifs. Ils sont de la compétence de la Cour d'Appel fonctionnant comme magistrature du travail (art. 13, § 1 de la loi du 3 avril 1926). L'action pour

spetta unicamente alle associazioni sindacali legalmente riconosciute ed è fatta valere contro le associazioni legalmente riconosciute (art. 17, comma primo, della legge 3 aprile 1926). E questione assai delicata determinare il criterio, in base al quale una controversia debba ritenersi contraversia individuale o controversia collettiva di lavoro¹⁴. La difficoltà si presenta quando si tratti di applicazione e di interpretazione di un contratto collettivo (cosiddetta contraversia giuridica), poiché non può evidentemente essere ritenuta controversia individuale di lavoro una controversia, in cui si tratti di determinare nuove condizioni di lavoro (cosiddetta contraversia economica).

In pratica, però, la difficoltà non genera inconveniente a motivo della opportuna disposizione dell'art. 4 del citato decreto 26 febbraio 1928. Secondo questo articolo l'azione per una controversia individuale non può essere proposta se l'inadempimento del contratto collettivo sul quale l'azione si vuole fondare, non sia stato denunciato al sindacato, anche se l'attore non ne sia socio; e soltanto dopo trascorsi quindici giorni dalla spedizione della denuncia, l'interessato può proporre l'azione in giudizio. Il sindacato, quindi, ha modo di vedere se la controversia individuale su l'inadempimento del contratto possa condurre a una interpretazione del contratto collettivo, la cui importanza trascenda l'interesse individuale delle parti contendenti e tocchi l'interesse degli aderenti alla categoria soggetti al contratto collettivo. In caso affermativo l'azione di interpretazione del contratto collettivo è promossa dinanzi al Magistrato del lavoro dal sindacato stesso, al quale esclusivamente è attribuita la *legitimatio ad causam*. La con-

les différends collectifs du travail appartient uniquement aux associations syndicales reconnues et se fait valoir contre les associations légalement reconnues (art. 17, § 1 de la loi du 3 avril 1926). C'est une question assez délicate que de déterminer le critérium sur la base duquel un différend devra être retenu comme différend individuel ou différend collectif de travail¹⁴. La difficulté se présente quand il s'agit de l'application de l'interprétation d'un contrat collectif (controverse juridique) parce qu'on ne peut évidemment retenir comme différend individuel de travail un différend dans lequel il s'agit de déterminer de nouvelles conditions de travail (controverse économique).

En pratique, cependant, la difficulté ne suscite pas d'inconvénients à cause de l'opportune disposition de l'article 4 du décret précité du 26 février 1928. Selon cet article, l'action pour un différend individuel ne peut être intentée si l'inexécution du contrat collectif, sur lequel veut se fonder l'action, n'a pas été dénoncée au syndicat, même si le demandeur n'est pas membre de ce syndicat; et c'est seulement quinze jours après l'expédition de la dénonciation que l'intéressé peut introduire l'action en justice. Par là, le syndicat a un moyen de se rendre compte si le différend individuel sur l'inexécution du contrat pourrait conduire à une interprétation du contrat collectif dont l'importance dépasse l'intérêt des parties en litige et touche l'intérêt des adhérents à la catégorie professionnelle soumise au contrat collectif. En cas d'affirmative, l'action en interprétation du contrat collectif est présentée devant la magistrature du travail par le syndicat lui-même auquel est attribuée exclusi-

troversia è collettiva. L'interpretazione data con sentenza del Magistrato del lavoro vale come interpretazione *autentica* del contratto collettivo. Se il sindacato non ritiene che la interpretazione del contratto, intorno a cui le parti discutono, sia di interesse collettivo, non promuove l'azione di interpretazione, e se nel frattempo la controversia non è stata composta mediante i buoni uffici dei due sindacati, scaduto il termine di giorni quindici, l'interessato propone dinanzi al pretore o al tribunale la sua controversia, che ha carattere individuale ¹⁵.

17. Ora, l'art. 16 contempla le controversie collettive, cioè le controversie dinanzi al Magistrato del lavoro per l'interpretazione del contratto collettivo promosse dal sindacato legalmente riconosciuto contro il sindacato, pure riconosciuto, di datori di lavoro o di lavoratori della stessa categoria.

Il magistrato del lavoro ha dinanzi a sè, come attore e convenuto, l'uno e l'altro sindacato, cioè gli stessi autori della norma giuridica, che essi hanno stabilito mediante accordo contrattuale delle loro volontà. E, quindi, naturale che per interpretare una norma posta da una volontà, che si è esplicata in forma contrattuale, e per interpretarla attraverso un processo, in cui sono parti i contraenti stessi, il giudice sia invitato dalla legge ad applicare l'art. 1131 del codice civile, il quale vuol fare conoscere il contenuto del contratto (sia obbligazione, sia norma) mediante accertamento della volontà degli stessi contraenti, autori dell'obbligazione o della norma. Per l'esatta applicazione dell'art. 16 della legge 3 aprile 1926 non è necessario, dunque, che il contratto collettivo

vement la *legitimitas ad causam*. La controverse est collective. L'interprétation donnée par la sentence de la magistrature du travail vaut comme interprétation *authentique* du contrat collectif. Si le syndicat ne retient pas que l'interprétation du contrat dont discutent les parties soit d'intérêt collectif, il n'intente pas l'action en interprétation et si, pendant le délai, le différend n'est pas réglé par l'entremise des deux syndicats, une fois écoulé le délai de quinze jours, l'intéressé peut introduire devant le préteur ou le tribunal sa plainte qui a un caractère individuel ¹⁵.

17. — C'est l'article 16 qui traite des différends collectifs, c'est-à-dire des controverses devant la magistrature du travail pour l'interprétation du contrat collectif introduites par le syndicat légalement reconnu contre le syndicat également reconnu des employeurs ou des travailleurs de la même catégorie professionnelle.

La magistrature du travail a devant elle, comme demandeur et défendeur, l'un et l'autre syndicat, c'est-à-dire les auteurs eux-mêmes de la règle juridique qu'ils ont fixée au moyen de l'accord contractuel de leurs volontés. Par là, il est naturel que, pour interpréter une règle posée par une volonté, règle manifestée dans la forme contractuelle et pour l'interpréter au cours d'un procès dans lequel sont parties les contractants eux-mêmes, le juge soit invité par la loi à appliquer l'article 1131 du code civil, qui veut faire apprécier le contenu du contrat (soit obligation, soit règle) au moyen de la recherche de la volonté des contractants eux-mêmes, auteurs de l'obligation ou de la règle. Pour l'exacte appli-

sia un contratto obbligatorio ; l'art. 16 si applica perfettamente anche se il contratto collettivo sia contratto soltanto in senso formale. Quindi si può dire che l'art. 16 contrasta con la teoria che considera il contratto collettivo come una norma giuridica senza alcun elemento contrattuale, nemmeno dal lato formale ; ma non si può concludere che l'applicazione dell'articolo presupponga logicamente un contratto obbligatorio e sia incompatibile con una teoria, che consideri il contratto collettivo come contratto normativo.

Per l'interpretazione del contratto collettivo nelle controversie individuali di lavoro la legge non dispone.

Si applicano le norme ordinarie di interpretazione. Quindi, la teoria che ammette che il contratto collettivo è contratto obbligatorio rinvia il giudice all'art. 1131 cod. civ.; la teoria che ammette che il contratto collettivo è norma giuridica, almeno in senso sostanziale, rinvia il giudice all'art. 3 delle disposizioni preliminari al codice. In concreto, il giudice (pretore, tribunale, magistrato del lavoro in giudizio d'appello : art. 17 del R. D. 26 febbraio 1928, n. 417) applicherà l'uno o l'altro articolo secondo la teoria che segue sulla natura giuridica del contratto collettivo di lavoro, non perchè sia lasciato al prudente arbitrio del giudice di applicare, secondo i casi, l'art. 3 delle disposizioni preliminari o l'art. 1131 del codice. Notiamo, però, che, nella teoria che considera il contratto collettivo come contratto obbligatorio, il giudice di una controversia individuale di lavoro, per interpretare il contratto collettivo, in base al quale si discute, non ha a disposizione i mezzi, che, invece,

cation de l'article 16 de la loi du 3 avril 1926, il n'est donc pas nécessaire que le contrat collectif soit un contrat obligatoire ; l'article 16 s'applique parfaitement même si le contrat collectif n'est contrat qu'au sens formel du mot. Par là, on peut dire que l'article 16 contraste avec la théorie qui considère le contrat collectif comme une règle juridique sans aucun élément contractuel même du point de vue formel. Mais on ne peut pas conclure que l'application de l'article présuppose logiquement un contrat obligatoire et soit incompatible avec une théorie qui considère le contrat collectif comme un contrat normalif.

Quant à l'application du contrat collectif dans les différends individuels du travail, la loi est muette.

On y applique les formes ordinaires de l'interprétation. Dès lors, la théorie qui admet que le contrat collectif est un contrat obligatoire renvoie le juge à l'article 1131 du code civil ; la théorie qui admet que le contrat collectif est une règle juridique, au moins au sens substantiel, renvoie le juge à l'article 3 des dispositions préliminaires du code. En fait le juge (préteur, tribunal, magistrature du travail comme juge d'appel : article 17 du Décret Royal du 26 février 1928, n° 471) appliquera l'un ou l'autre article suivant la théorie qu'il admet quant à la nature juridique du contrat collectif de travail et non pas parce qu'est laissé au prudent arbitrage du juge le soin d'appliquer suivant les cas l'article 3 des dispositions préliminaires ou l'article 1131 du code. Notons cependant que, dans la théorie qui considère le contrat collectif comme contrat obligatoire, le juge d'un différend individuel de travail, pour interpréter un contrat collectif sur lequel on discute, n'a pas à sa disposition les moyens que suppose au contraire l'article 1131 du code. L'article

l'art. 1131 del codice suppone. L'articolo, infatti, suppone che siano parti in giudizio gli stessi contraenti, così che il giudice sia in grado di accertare la volontà contrattuale direttamente dalla dichiarazione degli autori stessi dell'obbligazione. Invece, in una controversia individuale di lavoro per obblighi derivanti dal contratto collettivo il giudice non ha dinanzi a sé nel processo gli autori diretti del contratto, ma persone vincolate da un contratto stipulato dai loro rappresentanti legali, le dichiarazioni delle quali, quindi non servono per interpretare il contratto mediante la cognizione diretta della volontà degli autori di esso.

18. La diversità delle teorie circa la natura giuridica del contratto collettivo di lavoro si riflette anche sulla determinazione del motivo, in base al quale sia possibile ricorrere in Cassazione da una sentenza che decide una controversia di lavoro.

Nel diritto italiano la sentenza pronunciata in grado di appello può essere impugnata col ricorso per cassazione se contenga violazione o falsa applicazione della legge (art. 517, n. 3, del codice di procedura civile). Secondo la teoria che attribuisce al contratto collettivo natura di contratto obbligatorio non è mai possibile ricorso in Cassazione per violazione o falsa applicazione del contratto collettivo, perchè la violazione o falsa applicazione di esso, come di ogni contratto obbligatorio, è un giudizio di fatto, che spetta insindacabilmente al giudice di merito.

Nella teoria che attribuisce al contratto collettivo natura di norma giuridica si deve distinguere controversia individuale a controversia collettiva di lavoro. In una controversia individuale il con-

suppose en fait que sont parties au jugement les contractants eux-mêmes, de sorte que le juge a la possibilité de rechercher la volonté contractuelle directement par la déclaration des auteurs eux-mêmes de l'obligation. Au contraire, dans un différend individuel du travail pour des obligations dérivant du contrat collectif, le juge n'a pas devant lui durant le procès les auteurs directs du contrat, mais des personnes sujettes à un contrat conclu par leurs représentants légaux, personnes donc dont les déclarations ne servent pas pour interpréter le contrat au moyen de la connaissance directe de la volonté de ses auteurs.

18. — La diversité des théories relatives à la nature juridique du contrat collectif de travail se manifeste également quant à la détermination du motif au moyen duquel il est possible de recourir en cassation contre une sentence qui tranche un différend du travail.

Dans le droit italien, la sentence prononcée en appel peut être attaquée par un recours en cassation si elle contient une violation ou une fausse application de la loi (art. 517, § 3 du Code de procédure civile). Selon la théorie qui attribue au contrat collectif la nature de contrat obligatoire, il n'est jamais de recours possible en cassation pour violation ou fausse application du contrat collectif, parce que sa violation ou sa fausse application, comme celles de tout contrat obligatoire, est un jugement de fait qui appartient en dernière analyse au juge du fond.

Dans la théorie qui attribue au contrat collectif la nature d'une règle juridique, on doit distinguer controverse individuelle ou controverse collective du travail. Dans une controverse individuelle, le contrat

tratto collettivo è la norma regolatrice del rapporto, in base alla quale devono essere accertati i diritti e doveri delle parti. Si interpreta applicando l'art. 3 delle disposizioni preliminari al codice. Come per violazione e falsa applicazione di ogni altra norma giuridica, così si può ricorrere in Cassazione, a mente dell'art. 517, n. 3, del codice di procedura civile, per violazione e falsa applicazione del contratto collettivo.

In una controversia collettiva, invece, il contratto collettivo è considerato dal Magistrato del lavoro dal suo lato formale, come figura di contratto, di cui il giudice deve stabilire la interpretazione. Questa è fatta applicando l'art. 1131 cod. civ. come abbiamo notato, e l'interpretazione stabilita con sentenza del Magistrato del lavoro è, come l'interpretazione di ogni altro contratto, un giudizio di fatto, insindacabile in Cassazione. Non è possibile, quindi, ricorrere in Cassazione da una sentenza del Magistrato del lavoro, pronunciata in una controversia collettiva, per violazione o falsa applicazione del contratto collettivo. Ma l'art. 16, comma quarto, della legge 3 aprile 1926 ammette il ricorso in Cassazione dalle sentenze della Magistratura del lavoro per i motivi dell'art. 517 cod. proc. civ., quindi anche per violazione o falsa applicazione della legge. Però, la legge, la cui violazione e falsa applicazione si può dedurre come motivo del ricorso in Cassazione da una sentenza resa dal Magistrato del lavoro in una controversia collettiva, non è il contratto collettivo, ma è la legge, alla quale il contratto collettivo, formato dai sindacati, non può contraddire. Poichè il contratto collettivo, come ogni altra legge in senso materiale, come

collectif est la norme régulatrice du rapport sur la base duquel doivent être exercés les droits et devoirs des parties. L'interprétation est l'application de l'article 3 des dispositions préliminaires du code. Comme pour violation ou fausse application de toute règle juridique, on peut recourir en cassation au moyen de l'article 517, § 3 du Code de Procédure civile pour violation et fausse application du contrat collectif.

Dans une controverse collective au contraire, le contrat collectif est considéré par la magistrature du travail dans son côté formel sous l'aspect de contrat dont le juge doit stabiliser l'interprétation. Ceci est obtenu par l'application de l'article 1131 du code civil, comme nous l'avons noté, et l'interprétation stabilisée par la sentence de la magistrature du travail est, comme l'interprétation de tout autre contrat, un jugement de fait inattaquable en cassation. Donc, il n'est pas possible de recourir en cassation pour violation ou fausse interprétation du contrat collectif contre un jugement du magistrat du travail, jugement prononcé lors d'une controverse collective. Mais l'article 16, § 4 de la loi du 3 avril 1926 admet le recours en Cassation contre les jugements du magistrat du travail pour les motifs de l'article 517 du code de procédure civile, donc également pour violation ou fausse interprétation de la loi. Alors la loi, dont la violation et la fausse interprétation peuvent fournir un motif de recours en cassation contre un jugement rendu par la magistrature du travail dans une controverse collective, n'est pas le contrat collectif, mais la loi à laquelle le contrat collectif formé par les syndicats ne peut contrevenir. Ainsi, le contrat collectif, comme toute autre loi au sens

il regolamento, trova nelle altre leggi limiti formali e sostanziali alla sua efficacia normativa.

19. Quest'ultima osservazione ci pone davanti la questione dei rapporti fra legge, regolamento e contratto collettivo, di cui possiamo dare soltanto un censo assai breve.

Alcuni autori, i quali attribuiscono al contratto collettivo la natura di norma di diritto obbiettivo, lo considerano come un *regolamento*¹⁶ e discutono in quale categoria di regolamenti debba essere collocato. Secondo noi, il contratto collettivo, essendo contratto normativo, non può essere considerato come un regolamento. Il regolamento è un atto amministrativo, e precisamente, un atto amministrativo generale, che pone norme giuridiche. In senso formale è un atto amministrativo e ha l'efficacia formale che di questo è propria; in senso sostanziale è norma giuridica. Il contratto collettivo e il regolamento con vengono in questo che l'uno e l'altro sono norme giuridiche in senso sostanziale, cioè sono atti di esercizio di potere legislativo in senso materiale; ma dal lato formale il contratto collettivo non è riducibile a regolamento. Il regolamento è atto amministrativo *unilaterale*, costituito dalla sola dichiarazione di volontà dell'autorità deliberante. Anche quando è un atto amministrativo complesso o collettivo, è sempre un atto *unilaterale*. Il contratto collettivo invece, non è atto unilaterale, ma essenzialmente un atto *bilaterale*, anzi *sinallagmatico*; quindi ha una forma essenzialmente diversa da quella del regolamento. Anzi, siccome è essenzialmente atto sinallagmatico, il contratto collettivo non è, propriamente, nemmeno un atto amministrativo, quantunque sia l'accordo

matériel, comme le règlement, trouve dans les autres lois des limites formelles et substantielles à son efficacité normative.

19. — Cette dernière observation se pose devant la question des rapports entre la loi, le règlement et le contrat collectif, dont nous ne pouvons donner qu'un aperçu assez bref.

Quelques auteurs, qui attribuent au contrat collectif la nature d'une règle de droit objectif, le considèrent comme un *règlement* et discutent la question de savoir dans quelle catégorie de règlements il doit être rangé. Selon nous, le contrat collectif étant un contrat normatif, ne peut être considéré comme un règlement. Le règlement est un acte administratif et, précisément, un acte administratif général qui pose des règles juridiques. Au sens formel, c'est un acte administratif et il a l'efficacité formelle qui est propre à ceux-ci; au sens substantiel, c'est une règle juridique. Le contrat collectif et le règlement se rencontrent en ceci que l'un et l'autre sont des normes au sens substantiel, c'est-à-dire qu'ils sont des actes d'exercice du pouvoir législatif au sens matériel; mais, du côté formel, le contrat collectif n'est pas assimilable au règlement. Le règlement est un acte administratif *unilatéral* constitué par la seule déclaration de volonté de l'autorité délibérante. Même quand il est un acte administratif complet et collectif, il est toujours un acte *unilatéral*. Le contrat collectif, au contraire, n'est pas un acte unilatéral mais essentiellement un acte *bilatéral*, *synallagmatique*; par là, il a une forme essentiellement différente de celle du règlement. Comme il est un acte synallagmatique, le contrat collectif n'est pas non plus à proprement parler un acte admi-

di due persone giuridiche pubbliche amministrative, perchè, come abbiamo detto, l'atto amministrativo è essenzialmente un atto unilaterale.

Non essendo regolamento, possiamo anche tralasciare di discutere in quale categoria di regolamenti (esecutivi, indipendenti, delegati) possa essere classificato.

Qualche autore ¹⁷, negando al contratto collettivo il carattere di regolamento, lo ravvicina alle cosiddette *norme autonome*. Nella dottrina delle fonti in senso proprio è chiamata *autonomia* la potestà, riconosciuta dal diritto a una persona giuridica pubblica amministrativa di dettare norme destinate a far parte dell'ordinamento giuridico statale ¹⁸.

Riguardo al contratto collettivo, se si ammette che sia norma giuridica in senso sostanziale posta da persone giuridiche pubbliche amministrative, quali sono i sindacati legalmente riconosciuti, la questione se sia, o no, norma autonoma si riduce alla questione: se la potestà legislativa in senso materiale, esplicata dai sindacati nel formare il contratto collettivo, sia ad essi *riconosciuta*, o, piuttosto, *attribuita* dal diritto. Ma tale questione servirà per determinare il carattere della potestà legislativa materiale, che i sindacati posseggono, ma non vediamo quale contributo possa portare alla questione, che ora ci occupa, intorno alla natura giuridica del contratto collettivo. La questione se la potestà normativa dei sindacati sia riconosciuta, piuttosto che attribuita o delegata dal diritto, non ha influenza nel determinare la natura e la efficacia del contratto

nistratif, bien qu'il soit l'accord de deux personnes morales publiques administratives, parce que, comme nous l'avons dit, l'acte administratif, est essentiellement un acte unilatéral.

N'étant pas un règlement, nous pouvons omettre de discuter la question de savoir dans quelle catégorie de ceux-ci (exécutif, indépendant, délégué) il peut être classé.

Quelques auteurs ¹⁶ déniaient au contrat collectif le caractère de règlement l'ont rapproché de la règle *autonome*. Dans la doctrine des sources au sens propre, on appelle *autonomie* le pouvoir reconnu à une personne morale publique administrative de donner des règles destinées à faire partie de l'ordre juridique étatique ¹⁷.

En ce qui concerne le contrat collectif, si l'on admet qu'il est une règle juridique au sens substantiel, règle posée par des personnes morales publiques administratives, tels que le sont les syndicats légalement reconnus, cette question: est-il ou non une règle autonome? se réduit à la question de savoir si le pouvoir législatif, au sens matériel du mot, accordé aux syndicats pour former le contrat collectif, leur est *reconnu* ou, plutôt, *attribué* par la loi. Mais si cette question peut servir à déterminer le caractère du pouvoir législatif matériel que les syndicats possèdent, nous ne voyons pas quelle contribution elle peut apporter à la question qui nous occupe en ce moment: celle de la nature juridique du contrat collectif. La question de savoir si le pouvoir réglementaire des syndicats est reconnu plutôt qu'attribué par la loi n'a pas d'influence pour déterminer la nature et l'efficacité du contrat collectif au sens

collettivo in senso sostanziale, e non dice nulla circa la natura e la efficacia del contratto stesso dal lato formale.

Il contratto collettivo, quindi, come il regolamento e come le cosiddette norme autonome, contiene norme giuridiche, è legge in senso materiale, ossia è fonte di diritto obbiettivo ; ma, come fonte di diritto, è una figura che sta da sè, distinta da ogni altra e non riducibile alla figura del regolamento.

Ma quali sono i rapporti fra il contratto collettivo e la legge e il regolamento?

Come il regolamento, così il contratto collettivo non può contraddire a nessuna legge in senso formale nè a norme giuridiche aventi valore di legge in senso formale (decreti-legge e decreti legislativi). Rispetto al regolamento, notiamo che dal lato *formale* il regolamento (atto unilaterale) e il contratto collettivo (atto bilaterale) non hanno nessun rapporto, per cui l'uno abbia efficacia *formale* di limitare l'altro.

Dal lato sostanziale si può ammettere un rapporto tra regolamento e contratto collettivo considerando le autorità o le persone giuridiche pubbliche, che rispettivamente li emanano, e le materie, nelle quali sono emanati. I sindacati, infatti, sono bensì persone giuridiche pubbliche, ma agiscono in rappresentanza di interessi di categoria e concludono i contratti collettivi nell'interesse delle rispettive categorie subordinato, però, all'interesse della produzione e dell'economia nazionale. Quindi, come i regolamenti delle autorità governative inferiori e degli enti locali (province, comuni) non devono contraddire ai regolamenti emanati dal governo centrale, così

substantiel et n'apporte rien concernant la nature et l'efficacité du dit contrat au sens formel.

Donc, le contrat collectif, comme le règlement et comme la dite règle autonome, contient des règles juridiques, est une loi au sens matériel et, par cela, est source de droit objectif ; mais, comme source de droit, il a sa figure propre, distincte des autres, et n'est pas réductible à la figure du règlement.

Mais quels sont les rapports entre le contrat collectif, la loi et le règlement ?

Comme le règlement, le contrat collectif ne peut aller contre aucune loi au sens formel, ni contre une règle juridique ayant valeur de loi au sens formel (décret-loi ou décret législatif). A l'égard du règlement, notons que, du sens *formel*, le règlement (acte unilatéral) et le contrat collectif (acte bilatéral) n'ont aucun rapport, car l'un possède l'efficacité *formelle* de limiter l'autre.

Au sens substantiel du mot, on peut admettre un rapport entre le règlement et le contrat collectif en considérant l'autorité ou les personnes morales publiques dont ils émanent et respectivement les causes pour lesquelles ils sont créés. Les syndicats sont bien en fait des personnes morales publiques, mais ils agissent comme représentants des intérêts d'une catégorie et concluent des contrats collectifs dans l'intérêt des catégories respectives, quoiqu'intérêt subordonné à l'intérêt de la production et de l'économie nationales. De même que les règlements des autorités gouvernementales inférieures et ceux des entités locales inférieures (provinces, communes) ne doivent pas contrevenir aux règlements émanés

i contratti collettivi non devono contraddire ai regolamenti emanati dallo Stato, dalle provincie e dai comuni a tutela di interessi pubblici generali.

20. Per conchiudere queste osservazioni sulla natura giuridica del contratto collettivo di lavoro nel nuovo diritto italiano ricordiamo che nel contratto collettivo i sindacati contraenti possono assumere obblighi in proprio (art. 55 del R. decreto 1 luglio 1926). Le clausole relative costituiscono un vero e proprio *contratto obbligatorio* fra i sindacati stessi, e a questo contratto, si applicano le norme che per i contratti obbligatori sono stabilite dal diritto.

In un contratto collettivo, quindi, possono trovarsi insieme clausole di diversa natura giuridica : clausole aventi la natura di legge in senso materiale e clausole aventi la natura di obbligazione contrattuale ; il che vuol dire che il contratto collettivo, sotto la stessa forma di contratto, può comprendere sostanza di norme giuridiche e di obbligazioni contrattuali. Anche una legge in senso formale può comprendere disposizioni aventi natura di legge in senso sostanziale e disposizioni aventi natura d'atto amministrativo in senso sostanziale. Come nella legge, dunque, così nel contratto collettivo si distingue un elemento formale e un elemento sostanziale, e lo stesso atto in senso formale può comprendere disposizioni di diversa natura in senso sostanziale.

du gouvernement central, de même les contrats collectifs ne doivent point contrevenir aux règlements émanés de l'Etat, des provinces et des communes pour la tutelle des intérêts publics généraux.

20. — Pour conclure ces observations sur la nature juridique des contrats collectifs de travail dans le nouveau droit italien, rappelons que, dans le contrat collectif, les syndicats contractants peuvent assumer des obligations en propre (art. 55 du Décret Royal du 1^{er} juillet 1926). Les clauses y relatives constituent un véritable et propre *contrat obligatoire* entre les dits syndicats et à ce contrat s'appliquent les règles établies par la loi pour les contrats obligatoires.

Par là, dans un contrat collectif, peuvent se trouver ensemble des clauses de diverse nature juridique : clauses ayant la nature de loi au sens matériel et clauses ayant la nature d'obligation contractuelle ; ce qui veut dire que le contrat collectif, dans la dite forme de contrat, peut renfermer la substance de règles juridiques et d'obligations contractuelles. Egalement une loi au sens formel peut comprendre des dispositions ayant la nature de loi au sens substantiel et des dispositions ayant la nature d'acte administratif au sens substantiel. Donc, comme dans la loi, on distingue dans le contrat collectif un élément formel et un élément substantiel et le même acte au sens formel peut comprendre des dispositions de diverses natures au sens substantiel du mot.

¹ Il diritto italiano relativo al contratto collettivo di lavoro è contenuto, principalmente, nella legge 3 aprile 1926, n. 563 sulla Disciplina giuridica dei rapporti collettivi del lavoro e nel R. D. 1 luglio 1926, n. 1130, che pubblica le Norme per l'attuazione della legge 3 aprile. Va ricordato anche il R. D. 26 febbraio 1928, n. 471, che contiene Norme per la decisione delle controversie individuali del lavoro.

La bibliografia sull'argomento è amplissima, come è facile immaginare, ed è formata in gran parte di memorie pubblicate in Riviste. Lo stato della dottrina, con una bibliografia, si può dire, completa, alla quale rimandiamo, è esposto con molta precisione da GUIDI, *Il contratto collettivo di lavoro nell'ordinamento corporativo*, in *Atti del primo convegno di studi sindacali e corporativi* (pubblicati per cura del Ministero delle Corporazioni), Roma, 1930, Vol. I, pag. 110 e segg. Nello stesso volume degli *Atti* notiamo, tra le memorie che direttamente toccano la presente questione: ZANOBINI, *Rapporti fra la legge, il contratto collettivo e le altre forme di regolamento professionale*, pag. 225 e segg. Fra le pubblicazioni apparse in seguito sull'argomento, ricordiamo, per la speciale importanza, ROMANO, *Contratti collettivi di lavoro e norme giuridiche*, in *Archivio di studi corporativi*, vol. I (anno 1930), pag. 27 e segg. — V. anche VITTA, *Il carattere normativo del contratto collettivo di lavoro*, in *Il diritto del Lavoro*, 1930, parte prima, pag. 721 e segg.; DE SEMO, *Natura giuridica del contratto collettivo di lavoro nel diritto sindacale italiano*, Padova, 1931; e autori ivi citati.

² Su questa forma di contratto si veda la diffusa trattazione di SALLÉ, *L'évolution technique du contrat*, Paris, 1931.

³ Intorno alle diverse teorie sul contratto collettivo di lavoro nel diritto privato si veda l'opera, fondamentale in questa materia, di BARASSI, *Contratto di lavoro*, vol. I-II, 2.a ediz., Milano, 1915-17.

⁴ Vedi P. SACERDOTI, *Le associazioni sindacali nel diritto pubblico germanico*, Padova, 1931.

⁵ ROMANO, *loc. cit.*, pagg. 27-28.

¹ Le droit italien relatif au contrat collectif de travail est contenu principalement dans la loi du 3 avril 1926, n° 563, sur la Discipline juridique des rapports collectifs du travail et dans le décret royal du 1er juillet 1926, n° 1130, qui publie les règles pour l'application de la loi du 3 avril. On peut signaler également le décret royal du 26 février 1928, n° 471, qui contient une réglementation pour les décisions relatives aux controverses individuelles du travail.

La bibliographie sur le sujet est, comme il est facile de l'imaginer, volumineuse et se trouve formée en grande partie d'articles publiés dans des revues. L'état de la doctrine avec une bibliographie complète, si l'on peut s'exprimer ainsi, à laquelle nous renvoyons, est exposé avec beaucoup de précision par GUIDI, *Il contratto collettivo di lavoro nell'ordinamento corporativo*, dans les *Atti del primo convegno di studi sindacali e corporativi* (publiés par les soins du Ministre des Corporations) Rome, 1930, vol. I, pp. 110 et s. Dans le même volume de ces *Atti* notons, parmi les mémoires touchant directement la question présente, ZANOBINI, *Rapporti fra la Legge, il contratto collettivo e le altre forme di regolamento professionale*, pp. 225 et s. Parmi les publications plus récentes sur la question, rappelons, pour son importance spéciale, ROMANO, *Contratti collettivi di lavoro e norme giuridiche*, dans *Archivio di Studi corporativi*, vol. I, 1930, pp. 27 et s. — V. également VITTA, *Il carattere normativo del contratto collettivo di lavoro*, dans *Il diritto del Lavoro*, 1930, première partie, pp. 721 et s.; DE SEMO, *Natura giuridica del contratto collettivo di lavoro nel diritto sindacali italiano*, Padova, 1931, et les auteurs cités.

² Sur cette forme de contrat, v. le traité de SALLÉ, *L'Evolution technique du Contrat*, Paris, 1931.

³ Parmi ces diverses théories sur le contrat collectif de travail dans le droit privé, v. l'œuvre, fondamentale sur cette question, de BARASSI, *Contratto di lavoro*, vol. I-II, 2^e édition, Milano, 1915-1917.

⁴ V. P. SACERDOTI, *Le associazioni sindacali nel diritto pubblico germanico*, Padova, 1931.

⁵ ROMANO, *op. cit.*, pp. 27-28.

⁶ Vedi, specialmente. CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, 1928.

⁷ Vedi R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, 5^a ediz., vol. II, Messina, 1930, § 82, pag. 236 segg.

⁸ V. ROMANO, *loc. cit.*, n. 6, pagg. 39-40.

⁹ ZANOBINI, *loc. cit.*, pag. 233.

¹⁰ ZANOBINI, *loc. cit.*, pag. 233.

¹¹ V., in senso conforme, CARNELUTTI, *Contratto e diritto pubblico* in *Rivista di diritto pubblico*, anno 1929, parte I, pag. 659 segg. V. anche ASQUINI, *Controversie collettive e controversie individuali di lavoro* nel volume già citato degli *Atti del Convegno di studi sindacali*, pag. 255.

¹² V., per tutti, RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2.^a edizione, Padova, 1931, n. 404, 1 pagg. 563 segg.

¹³ ROMANO, *loc. cit.*, pag. 42.

¹⁴ V. ASQUINI, *Controversie collettive e controversie individuali di lavoro*, relazione citata ; JAEGER, *Le controversie individuali di lavoro*, Padova, 1930 ; lo stesso, *Le controversie collettive di lavoro e la competenza della Magistratura del lavoro*, in *Il Diritto del lavoro*, 1931, p. I, pag. 345 segg. ; e autori ivi citati.

¹⁵ Il concetto di controversia collettiva di lavoro è ancora molto discusso sia nella dottrina che nella giurisprudenza. Sul concetto, che nel testo è appena accennato, ritorniamo in una memoria di prossima pubblicazione intorno a *Le responsabilità per inadempimento di contratto collettivo del lavoro*.

¹⁶ V. PERGOLESÌ, *Il carattere giuridico delle convenzioni collettive del lavoro*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1928, parte I.a, pag. 338 ; SALEMI, *Studi di diritto corporativo*, Padova, 1928.

¹⁷ ZANOBINI, *loc. cit.*, pag. 239.

¹⁸ ZANOBINI, *loc. cit.*

⁶ V. spécialement CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, 1928.

⁷ V. R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, 5^e édition, vol. II, Messina, 1930, § 82, pp. 236 et s.

⁸ V. ROMANO, *op. cit.*, n° 6, pp. 39-40.

⁹ ZANOBINI, *op. cit.*, p. 233.

¹⁰ ZANOBINI, *op. cit.*, p. 233.

¹¹ V. en ce sens, CARNELUTTI, *Contratto e diritto pubblico* dans la *Rivista di diritto pubblico*, 1929, I, pp. 659 et s. V. également ASQUINI, *Controversie collettive e controversie individuali di lavoro* dans le volume déjà cité des *Atti del Convegno di studi sindacali*, p. 255.

¹² V. entre autres RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2^e édition, Padova, 1931, n° 404, i, pp. 563 et s.

¹³ ROMANO, *op. cit.*, p. 42.

¹⁴ V. ASQUINI, *Controversie collettive e controversie individuali di lavoro*, article cité ; JAEGER, *Le controversie individuali di lavoro*, Padova, 1930 et *Le controversie collettive di lavoro e la competenza della Magistratura del lavoro*, dans *Il diritto del lavoro*, 1931, I, pp. 345 et s. et auteurs cités.

¹⁵ Le concept de controverse collective de travail est encore très discuté tant en doctrine qu'en jurisprudence. Sur ce concept qui, dans le texte, est à peine esquissé, nous renvoyons à un mémoire dont la publication est prochaine sur *La responsabilità per inadempimento di contratto collettivo del lavoro*.

¹⁶ V. PERGOLESÌ, *Il carattere giuridico delle convenzioni collettive del lavoro*, dans la *Rivista di diritto pubblico*, 1928, I, p. 338.

¹⁷ ZANOBINI, *op. cit.*, p. 239.

¹⁸ ZANOBINI, *op. cit.*

CHAPITRE III

Le risque professionnel et la jurisprudence française

par André ROUAST,
professeur à la Faculté de droit de Paris

Les idées juridiques ont quelquefois une destinée singulière. Après s'être implantées peu à peu elles finissent par influencer le législateur qui les consacre ou croit les consacrer. Il en sort alors le contenu pratique qui y était inclus, et l'on est tout surpris de constater que ce contenu ne correspond pas tout à fait à la formule qui a fait le succès de la réforme. D'aucuns sont tentés d'accuser la jurisprudence d'avoir trahi la pensée de la loi. Mais le juriste qui analyse les choses en toute impartialité est conduit à reconnaître que la formule brillante était superficielle, et qu'elle recouvrait comme une gangue une idée plus profonde que la pratique a peu à peu dégagée.

Cette histoire est celle du risque professionnel. S'il est une notion dont le succès fut grand, ce fut bien celle-là. Préconisée par des esprits éminents au nom de l'équité, acceptée par presque toutes les législations, consacrée à son tour par le Parlement français dans la loi du 9 avril 1898, l'idée de risque professionnel apparut comme un dogme juridique des temps nouveaux, et seuls quelques auteurs attachés au libéralisme économique en déplorèrent la consécration. Au fur et à mesure que les années passèrent, ces résistances cédèrent ; et on peut dire qu'aujourd'hui cette notion constitue une des règles les moins discutées de notre droit de la responsabilité civile.

Comme d'autres, nous l'avons acceptée et enseignée, jusqu'au jour où une lecture attentive des décisions de jurisprudence nous a ouvert les yeux sur la conception singulière que les tribunaux se faisaient de ce principe. Et nous avons dû reconnaître, et d'autres avec nous¹, que la jurisprudence avait pour ainsi dire substitué à cette notion une autre idée, assez différente, celle de *risque d'autorité*. Il y a mieux, il a fallu reconnaître aussi que le législateur s'était laissé gagner à cette conception, et que, sous le nom de risque professionnel, maintenu par respect pour la tradition, il a consacré et tend de plus en plus à consacrer le risque d'autorité. Comment cette substitution s'est-elle opérée ? L'objet de ce travail est de le rechercher, et

de contribuer ainsi par cet exemple à l'étude du rôle que jouent les idées juridiques dans les sources du droit.

*
* *

Le point de départ de cette évolution a été la conception doctrinale du risque professionnel et sa consécration par le législateur. On sait sous la pression de quelles nécessités pratiques la question s'est posée. Juristes, économistes et sociologues constatèrent tous à quelles injustices aboutissait l'application du droit commun de la responsabilité civile dans les procès d'accidents du travail. Ce droit commun était celui de l'article 1382, la jurisprudence n'ayant pas encore aperçu quel parti elle pourrait tirer de l'article 1384 pour les dommages causés par les choses inanimées. L'ouvrier victime d'un accident ne pouvait obtenir d'indemnité qu'à condition de prouver que cet accident était dû à la faute du patron. La complexité de l'industrie moderne rendait cette preuve le plus souvent impossible, et la majorité des accidents n'était pas réparée. Pour employer l'expression que les auteurs mirent à la mode, l'incidence du dommage retombait uniquement sur la victime. Ce résultat était contraire à l'équité, on le sentait, et on chercha à traduire ce sentiment en formule juridique. Le patron, fit-on remarquer, met l'ouvrier en contact d'un outillage compliqué ou de forces dangereuses pour en tirer profit ; son bénéfice est une conséquence de l'emploi des machines et de la mise en œuvre des forces naturelles. Ayant le profit de l'usage dangereux de ces choses, il est juste qu'il en supporte le risque. *Ubi emolumentum ibi onus*.

Cette idée nouvelle trouva à la fois son expression et un premier essai de réalisation dans une proposition de loi déposée par Félix Faure le 11 février 1882. D'autres propositions avaient précédé celle-là, mais Félix Faure fut le premier à appuyer le projet de réforme sur la notion de *risque professionnel*. L'idée fit fortune, et, s'il fallut encore seize ans pour que la loi fût promulguée, c'est en raison des résistances pratiques qu'elle rencontrait. Mais les rapporteurs qui se succédèrent au Parlement acceptèrent tous ce nouveau principe juridique. Les juristes, un peu rebelles au début, finirent par se laisser convaincre à la suite de Saleilles², et de M. Josserand³. Au lendemain de la loi, tous les commentateurs proclamèrent l'idée de risque professionnel comme fondamentale de la nouvelle législation.

Mais qu'entendait-on exactement par risque professionnel ? Les membres du Parlement n'en ont guère donné d'autre formule que celle que nous avons indiquée : le patron est rendu responsable parce qu'il crée au détriment de son ouvrier un danger dont il tire profit. Ils n'ont guère cherché à creuser cette notion pour l'analyser. Une lecture attentive des travaux préparatoires montre que leurs idées étaient assez imprécises, et que l'accord ne régnait pas toujours entre eux. C'est ainsi que, tandis que Félix Faure déclarait que le risque

professionnel avait existé de tout temps, et n'était pas une conséquence du développement de l'outillage ⁴, Tolain proclamait au contraire qu'il constituait une conséquence des progrès du machinisme ⁵. Ainsi, dès le début, il y avait une incertitude sur la question de savoir si le risque professionnel était lié au danger de l'industrie moderne, et par conséquent, s'il fallait ou non en limiter l'application aux entreprises dangereuses. Cette incertitude s'est traduite dans le texte même de la loi qui cite dans la liste des entreprises assujetties certaines exploitations dangereuses et visées comme telles, et d'autres au contraire, comme les chantiers ou les magasins publics, qui ne présentent pas de dangers extraordinaires.

Les auteurs ont fouillé davantage le contenu de la notion nouvelle, mais sans parvenir à un complet accord sur ce contenu. Le premier qui ait accepté l'idée et qui en ait analysé les éléments fut Saleilles. Ecrivant avant que la loi ait vu le jour, il chercha à faire du risque professionnel une institution générale de notre droit civil par un rattachement à l'article 1384 et même à l'article 1382. Mais lui aussi hésitait sur la formule à donner. Il commençait par dire que le risque professionnel « est la rançon du machinisme et de l'industrie moderne ; c'est la part inévitable d'inconnu qu'il faut subir lorsqu'on se livre à ces terribles engrenages devant lesquels l'initiative de l'ouvrier disparaît presque... » ⁶. Plus loin il élargissait sa formule, et ne parlait plus des dangers de l'industrie pour justifier la notion nouvelle. Il la définissait ainsi : « Là où s'exerce une activité personnelle qui entre en contact avec les autres, qui les emploie à son service, et les engrène dans sa sphère d'action, cette activité s'est, par le fait même, approprié toutes les conséquences de son initiative, tous les risques qui peuvent en découler pour ceux qui la servent, ou auxquels elle touche, et qui se trouvent exposés aux contre-coups qu'elle produit dans le monde des faits extérieurs ⁷. » Cette seconde formule n'est plus celle du risque professionnel, c'est celle du risque créé, que M. Josserand devait reprendre avec beaucoup de force, en reprochant à Saleilles d'avoir conçu une théorie d'ordre exclusivement industriel, alors que « ce ne sont pas seulement les choses industrielles qui engagent, par les dommages qu'elles occasionnent, la responsabilité du patron ; ce sont les choses quelconques qui engagent, par le préjudice qu'elles causent, la responsabilité de celui qui s'en sert. A l'obligation née de l'industrie, il faut, disait-il, substituer l'obligation née du fait des choses, à la notion de risque professionnel la notion du risque créé » ⁸.

Ainsi dès la première étude sérieuse qui fut faite de la notion de risque professionnel, les auteurs étaient amenés à reconnaître qu'elle se fondait en une autre notion, celle de risque créé. La brillante conception agitée comme un drapeau pour justifier et expliquer la loi de 1898 s'évanouissait à l'analyse pour faire place à une autre, plus large, où il n'est plus question des dangers du machinisme, mais seulement du risque qui doit équitablement contre-balancer le profit qu'un individu tire de son activité.

Cette conception du risque créé convenait-elle bien, toutefois, à la législation des accidents du travail? Il s'en faut de beaucoup, et M. Pic le fait observer avec beaucoup de raison⁹. La responsabilité du risque créé par l'activité d'un individu a pour limite les fautes commises par d'autres individus. M. Josserand reconnaissait que, si la victime avait commis une faute, elle ne pouvait prétendre à aucune indemnité¹⁰. Mais la plupart des accidents du travail sont dus à des fautes légères de l'ouvrier. Son imprudence devient presque fatale en raison de l'accoutumance au danger ou de la fatigue physique. Ecarter la responsabilité patronale en pareil cas aurait été peu équitable, et le législateur ne l'a pas fait. Il a préféré restreindre le montant des indemnités mais en imposer la charge au chef d'entreprise, même au cas de faute de la victime, pourvu que cette faute ne soit pas intentionnelle, et sauf à atténuer la responsabilité patronale lorsque la faute a un caractère inexcusable. Ces solutions sont contraires à la théorie du risque créé, et doivent conduire à proclamer que la loi de 1898 n'a pas consacré cette théorie. Mais alors que faut-il penser de la notion de risque professionnel, si elle n'est qu'un aspect de la théorie du risque créé?

On a cherché cependant à construire une notion du risque professionnel indépendamment de la notion du risque créé. Le mérite en revient principalement à M. Cabouat¹¹. Le risque professionnel n'est plus envisagé sous l'angle responsabilité ; il n'est plus rattaché à l'activité du patron, mais il est considéré comme une charge de l'industrie. « Les accidents du travail, dit M. Cabouat, ne sont, à bien les considérer, qu'une condition de la production et l'un des chefs des frais généraux qu'elle entraîne. » Sur cette constatation d'ordre économique, M. Cabouat essaie d'élever une construction juridique, il dégage l'idée de la solidarité des risques entre personnes intéressées à une œuvre commune. « Considérés comme une rançon inévitable de l'activité industrielle, dit-il, les accidents cessent d'être une charge individuelle que doit supporter celle des parties sur laquelle elle s'abat, pour devenir au contraire une charge indivise et commune dont une justice idéale exige la répartition intégrale entre tous ceux qui, de près ou de loin, tirent profit des travaux industriels, à savoir le producteur, capitaliste ou salarié, et le consommateur. » Ainsi, « il n'est plus demandé au patron de contribuer à l'indemnisation des victimes d'accidents que comme il subvient déjà aux frais généraux de la production », et la charge en pèse en définitive sur ceux qui supportent l'augmentation des frais de production, c'est-à-dire sur les consommateurs, par une majoration des prix de vente, et peut-être sur les ouvriers par une diminution de salaires. Cette manière de comprendre le risque professionnel était déjà celle du promoteur de la loi Félix Faure¹². Elle pouvait se réclamer de l'autorité des législations allemande et autrichienne, qui ont, dans une certaine mesure, servi de modèle à la nôtre, et dont les idées ont influencé nos parlementaires. Cette conception a trouvé un écho chez M. Loubat¹³, et chez MM. Capitant et Cuhe¹⁴. M. Gauguier

a présenté une notion qui s'en rapproche en disant que le travail profitant à la fois à l'employeur et à l'employé « il y aurait injustice au préjudice d'une des parties et enrichissement sans cause au profit de l'autre à en faire supporter tous les risques par une seule »¹⁵.

Ces tentatives pour justifier l'idée de risque professionnel sont intéressantes, mais elles ont un caractère plus économique que juridique. L'idée de profit entraînant un enrichissement sans cause est contestable, car l'enrichissement du patron est justifié juridiquement. Il n'est pas certain d'ailleurs qu'il retire toujours un profit du travail de l'employé ; on a vu des patrons travailler à perte. Quant à la solidarité économique entre patrons et ouvriers, dont parle M. Cabouat, on ne peut nier qu'elle existe, mais on voit mal comment il peut en résulter, à la charge d'un patron déterminé, une responsabilité de tous les accidents survenus à ses ouvriers. On dit qu'il doit supporter cette charge comme celle de l'amortissement de son outillage ; mais le patron n'est pas obligé de réparer son outillage, il ne le fait que parce qu'il le veut bien, et que son intérêt le commande, et d'ailleurs l'ouvrier n'est pas un outil, mais un homme doué de liberté et capable de commettre des fautes. L'idée de solidarité économique ne pourrait être invoquée utilement que sur le plan professionnel. On comprendrait qu'on conçoive la charge des accidents du travail comme pesant sur la profession tout entière, et donnant lieu à une répartition entre tous les patrons de cette profession : c'est la conception allemande. La réparation des accidents n'est plus considérée comme une responsabilité individuelle ; elle devient une assurance sociale. Mais le législateur français a rejeté cette conception, et s'en est tenu à l'idée d'une responsabilité personnelle de chaque patron vis-à-vis de ses ouvriers ou employés. Par là même, l'idée de solidarité professionnelle génératrice d'un risque professionnel devient insoutenable. On peut bien constater qu'il y a entre un patron et ses ouvriers des intérêts communs, encore qu'il ne faille pas les exagérer. Mais on ne voit pas comment on peut passer de cette constatation à l'affirmation d'une responsabilité du patron, qui peut être très lourde, au point d'entraîner peut-être sa ruine, et qui couvre non seulement les cas fortuits, mais les fautes de la victime ou celles des tiers.

Enfin, la conception proposée a le défaut de mal préciser les limites d'application du principe nouveau. La notion de solidarité dans l'œuvre de production suppose qu'il y ait production, et à cet égard elle est un peu étroite, elle tend à laisser hors de son domaine les accidents qui surviennent dans des travaux qui n'ont rien de productif. Par ailleurs elle est extrêmement large, et elle devrait logiquement concerner tout travail de production, fût-il fait à l'entreprise ou en société. Et cependant il a toujours été entendu, au cours des travaux préparatoires de la loi qu'elle était destinée à régir les seuls rapports nés du contrat de travail entre un chef d'entreprise et ses ouvriers.

*
* *

Quelle a été l'attitude de la jurisprudence en présence de la notion de risque professionnel? Les juges ont besoin de principes juridiques nets, aux contours précis, et voici qu'on leur offrait une conception assez floue, sur le sens de laquelle l'accord n'était pas fait. Ils furent visiblement un peu désemparés, étant donné surtout la gravité de cette nouveauté par rapport à l'ensemble de notre système juridique.

C'est à propos de la délimitation des accidents du travail que la question se posa. La loi avait donné une formule équivoque : elle déclarait concerner les accidents « survenus par le fait du travail ou à l'occasion du travail ». Si le sens des premiers mots est clair, celui des seconds est aussi imprécis que possible. Il fallait cependant trouver un critérium permettant de dire quand la loi s'appliquait, quand elle ne s'appliquait pas. On aurait pu essayer de le trouver dans la notion de risque professionnel. Mais c'est ici qu'éclatent les défauts que nous avons signalés. Comment entendre cette notion? Comme une application de celle de risque créé? Mais alors on est conduit à des solutions d'une étroitesse contraire à l'esprit du législateur et il faut décider, comme le proposait Saleilles, que l'ouvrier qui se blesse à l'usine avec son propre outil ne bénéficie pas de la protection légale. Entend-on au contraire la notion de risque professionnel comme traduisant juridiquement le fait de la solidarité dans l'œuvre de production, on se demande si le patron est responsable des conséquences d'une rixe survenue dans son usine, étant donné que cette rixe ne concourt pas à l'œuvre de production? Et inversement on se demande si le patron ne répond pas de la blessure qui atteint l'ouvrier dans la rue, alors qu'il se rend à l'usine, et que son trajet est destiné à lui permettre d'accomplir son travail productif?

Les arrêts renoncèrent à tirer un critérium d'une notion trop vague pour leur en fournir un. En désespoir de cause, ils s'arrêtèrent à une formule qui leur parut d'une netteté décisive : « L'accident du travail est celui qui se produit à l'heure et au lieu du travail. » Répétée de décision en décision, cette formule a pratiquement remplacé celle de la loi. Elle est citée comme si elle avait été consacrée par le législateur. Mais, à l'expérience, les tribunaux ont dû reconnaître son insuffisance dans de nombreux cas. Le chef d'entreprise est-il tenu des accidents survenus pendant les interruptions de travail? S'il ne doit pas répondre de ceux qui atteignent l'ouvrier ou l'employé pendant qu'il se rend au travail, n'y a-t-il pas des exceptions qui s'imposent lorsqu'il assure son transport, ou lorsqu'il l'oblige à traverser un endroit dangereux? Enfin que décider des employés blessés au cours d'une mission, et notamment des accidents qui surviennent aux voyageurs de commerce en cours de route? Toutes questions pour lesquelles la notion d'heure et de lieu du travail était insuffisante comme critérium ¹⁶.

On vit alors la jurisprudence interpréter son propre critérium, et la Cour de cassation proclamer : « L'ouvrier ou l'employé est au

lieu et au temps du travail en tout lieu et en tout temps où il est sous l'autorité et la direction du chef d'entreprise » ¹⁷, ou mieux encore, « partout, et tant qu'il est sous la subordination » de ce même chef d'entreprise ¹⁸. C'était en définitive substituer au critérium du temps et du lieu du travail celui de la subordination du salarié à l'employeur. Mais c'était en même temps laisser entendre implicitement que cette notion de subordination est le fondement même de la loi, au lieu et place de la notion de risque professionnel : car il est évident que si la responsabilité du patron se mesure à son autorité, c'est que cette autorité en est la base, et que le risque dont il répond est un risque d'autorité.

*
* *

Comment cette conception nouvelle a-t-elle pu inspirer les arrêts ? Pour le comprendre il faut se souvenir du lien qui rattache la législation des accidents du travail au contrat de travail ou de louage de services. En parlant des ouvriers, employés et plus tard des gens de maison, le législateur a eu en vue des personnes liées par ce contrat ¹⁹, la Cour de cassation a proclamé en conséquence que la responsabilité du chef d'entreprise est une conséquence légale du louage de services ²⁰. Mais en même temps elle a mis en lumière l'élément le plus distinctif de ce contrat, qui permet de le distinguer notamment du contrat d'entreprise, « le lien de dépendance et de subordination qui rattache le salarié au patron ». Le critérium du contrat de travail s'est ainsi tout naturellement trouvé être celui des accidents du travail ²¹.

Il faut reconnaître que, de son côté, le législateur a singulièrement renforcé cette conception en étendant progressivement le domaine de la législation des accidents du travail à la plupart des salariés liés par un contrat de travail. Il s'est peu à peu écarté de l'idée primitive de réparation des accidents propres aux dangers qui résultent du développement moderne du machinisme. Dès 1905, il étendait la loi à toutes les professions commerciales, sans envisager leur caractère dangereux ; en 1914 c'était le tour des exploitations forestières, en 1922 celui de tous les travaux agricoles, en 1923 celui des travaux domestiques. Que devient l'idée du risque professionnel dans cette extension ? On ne s'en est guère préoccupé. On ne s'est pas demandé si les travaux en question étaient une source de profit pour le patron pour lequel ils étaient faits. On n'a pas recherché si l'on était en présence d'un risque exceptionnel créé par la profession ou si le salarié n'était pas purement et simplement exposé aux risques humains. Un employé ou un domestique glisse dans la rue en faisant une commission pour son patron, et se casse la jambe ; où est le risque spécial qu'il a couru ? Qui ne voit qu'en définitive il n'a pas été exposé à d'autres risques que tous les piétons. Où est le « risque créé » par le maître ? Où est le risque se rattachant aux « conditions de la production » et devant être assimilé aux « frais généraux d'une entreprise » ? Où est l'« entreprise » elle-même, s'il

s'agit d'un domestique attaché à la personne? Quand on parle du risque professionnel, on songe toujours aux ouvriers d'industrie. Mais il faut bien reconnaître que la théorie construite pour eux ne s'applique plus du tout aux gens de maison auxquels, cependant, le bénéfice de la loi est étendu.

En vérité le seul lien qui puisse rattacher les unes aux autres les diverses lois sur les accidents du travail, c'est l'existence d'un contrat de travail créant un rapport de subordination entre les patrons et les victimes. Et quand on voit que le Parlement s'apprête à achever l'évolution en étendant le bénéfice de ces lois à tous ceux qui passent un contrat de travail, on ne peut plus douter que le fondement de toute cette législation soit l'existence d'un contrat de travail, ou mieux, l'existence de l'élément caractéristique de ce contrat, le lien de dépendance et de subordination.

*
* *

L'autorité est une source de risques. Telle est l'idée très simple qui paraît constituer, aux yeux des tribunaux, le fondement de la législation des accidents du travail. C'est une notion aussi vieille que le monde, que celui qui commande a, ou doit avoir, la responsabilité des conséquences de ses ordres. Le Code civil s'en inspire dans l'article 1384 quand il rend les parents et les instituteurs responsables des délits commis par les enfants dont ils ont la garde. Il est vrai qu'il leur permet de se dégager en prouvant qu'ils n'ont pas commis de faute de surveillance, en sorte que ces dispositions constituent purement et simplement des présomptions de faute. Mais ces présomptions ne se comprendraient pas sans la notion d'un devoir légal de surveillance incombant à ceux qui détiennent l'autorité sur une personne. Et en ce qui concerne les préposés, l'article 1384 exclut toute preuve contraire, consacrant ainsi en fait un véritable risque d'autorité à la charge du commettant. Il y a un lien entre cette disposition et la législation des accidents du travail. La notion de préposé suppose, elle aussi, un rapport de dépendance vis-à-vis du commettant. Ce rapport est sans doute plus large que celui que la jurisprudence prend en considération pour les accidents du travail, puisqu'il n'est pas indispensable qu'il y ait contrat de travail pour que s'applique l'article 1384. Mais les deux notions sont de même nature, et diffèrent seulement par une conception plus ou moins stricte de leur contenu ²². Le risque d'autorité du commettant pour les délits du préposé devait conduire au risque d'autorité du patron pour les dommages subis par son salarié en service commandé.

Mais c'est en dehors du droit civil qu'il faut chercher des précédents plus directs encore de la notion du risque d'autorité. On en trouve en droit public, et notamment dans la loi du 9 juin 1853, article 11, qui donne au fonctionnaire blessé en service commandé le droit d'obtenir une pension. La notion d'accident en service commandé se trouvait ainsi toute prête. Il suffisait de la généraliser. On

peut être surpris que les auteurs de la loi de 1898 n'y aient pas songé. La raison en est très certainement que leur intention première fut de ne faire qu'une loi limitée à certaines professions dangereuses ; la notion de service commandé les aurait conduits à légiférer pour toutes celles qui comportent un contrat de travail. L'opinion publique n'aurait pas admis cette extension de prime abord, et si c'est à ce résultat qu'on va en arriver après plus de trente ans d'extensions progressives, c'est parce que les esprits ont pu s'accoutumer à l'idée d'une responsabilité sans faute.

La notion de risque professionnel qu'on a mise en avant pour justifier la loi de 1898 n'a donc été qu'un expédient de circonstance dissimulant une notion plus profonde qui devait devenir de plus en plus la notion fondamentale de la législation nouvelle au fur et à mesure que celle-ci se développerait. La jurisprudence ne s'y est pas trompée, et tandis que les auteurs continuaient à parler de risque professionnel, elle statuait comme si la loi était basée sur le risque d'autorité ²³.

Il faut reconnaître qu'elle avait raison. La notion de risque d'autorité justifie mieux que sa rivale les grandes lignes de la loi, et elle lui est intrinsèquement supérieure.

La notion du risque d'autorité explique que le patron soit responsable de tous les accidents qui surviennent sous sa subordination, sans distinguer s'il s'agissait de travaux favorables à l'entreprise ou de travaux purement personnels ²⁴. Elle explique que le patron garantisse même les accidents survenus par la faute de l'ouvrier, du moment qu'il était sous ses ordres. Elle permet de justifier le système du forfait, si l'on remarque que l'autorité patronale n'est pas un servage, et que la victime garde toujours une trop grande initiative pour que tout le dommage qu'elle subit soit considéré comme une conséquence de sa subordination. Et cette remarque explique aussi qu'on tienne compte des fautes inexcusables commises soit par le patron, soit par la victime, pour aggraver ou diminuer la responsabilité du patron.

Par ailleurs la notion de risque d'autorité est supérieure à celle de risque professionnel. C'est une notion morale, tandis que l'idée de risque professionnel est purement matérielle. Comme on l'a justement remarqué ²⁵, l'idée de risque créé par l'activité humaine est apparentée à une conception déterministe de la nature humaine. La régression de la notion de faute devant cette notion marque une régression des conséquences juridiques du libre-arbitre. L'homme qui fait un mouvement va-t-il être rendu responsable des conséquences de ce mouvement, fût-il involontaire ? Cette solution est peut-être une nécessité sociale de la vie moderne dans un certain nombre d'hypothèses. Sa généralisation serait dangereuse, elle conduirait rapidement à la collectivisation des risques par la voie d'assurances d'Etat, et elle aboutirait en dernière analyse à la multiplication de ces risques dont nul ne se soucierait plus, puisqu'ils seraient à la charge de la collectivité ²⁶. La notion de risque créé ne doit donc

avoir que des applications exceptionnelles, et il faut se féliciter que le domaine des accidents du travail lui échappe pour être rattaché à la notion de risque d'autorité. Celle-là a fait ses preuves. Tous les historiens, tous les moralistes sont d'accord qu'en toute institution bien organisée celui qui commande doit être, et est en fait responsable de ses ordres et de leurs conséquences. On allèguera que le risque d'autorité n'est qu'une variante du risque créé, c'est le risque de l'activité du chef. L'objection est spécieuse. Le chef accepte ses fonctions de chef, il sait à quoi elles l'exposent, son commandement découle de son libre arbitre ; il y a un abîme entre le risque qui en résulte et celui qu'on voudrait attacher mécaniquement à tout acte humain, volontaire ou involontaire. Si la notion de risque d'autorité élimine la notion de faute comme celle de risque créé, ce n'est pas pour y substituer une conception purement matérialiste, mais une conception morale qui se rattache à la fonction la plus noble de l'homme, la fonction de commandement.

¹ R. PIAGET, *L'heure et le lieu du travail*, Paris, Dalloz, 1931.

² *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Paris, 1897.

³ *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, 1897.

⁴ Chambre, séance du 17 mai 1888 ; cf. l'opinion de Ricard, rapporteur, à la séance du 18 mai 1888.

⁵ Sénat, séance du 12 mars 1889 ; cf. le rapport de Girard et Nadaud à la Chambre.

⁶ *Op. cit.*, p. 6.

⁷ *Op. cit.*, p. 12.

⁸ JOSSERAND, *op. cit.*, pp. 105-106.

⁹ P. PIC, *Traité élémentaire de législation industrielle*, 6^e éd., n° 1053.

¹⁰ JOSSERAND, *op. cit.*, p. 124.

¹¹ CABOUAT, *Traité des accidents du travail*, t. I, n° 113.

¹² « De même qu'une exploitation supporte l'usure et la destruction de son matériel, l'amortissement de son outillage ; de même qu'elle supporte les risques d'incendie, de responsabilité civile, et tant d'autres ; de même une exploitation doit supporter les conséquences des accidents qui se produisent à son profit. » (Ch. 9 mars 1883, *J. off.*, p. 525).

¹³ *Traité sur le risque professionnel*, 3^e éd., t. I, n° 30.

¹⁴ *Précis de législation industrielle*, 2^e éd., n° 304.

¹⁵ GAUGUIER, article des *Lois nouvelles*, 1924, p. 28.

¹⁶ Sur ces questions, v. PIAGET, *L'heure et le lieu du travail*, Paris, 1931 ; — et notre article, *L'heure et le lieu du travail et la notion de risque professionnel* (*Revue générale des assurances*, 1931, pp. 512 et s.).

¹⁷ Civ. 17 fév. 1902, *D.* 1902, I, 273.

¹⁸ Civ. 20 avril 1912, *D.* 1913, I, 64 ; Civ. 13 juin 1914, *D.* 1917, I, 1, 23^e esp. ; Civ. 7 avril 1919, *D.* 1920, I, 81, 9^e esp. ; Civ. 8 juillet 1924, *D. H.* 1924, 538 ; Civ. 7 juin 1928, *S.* 1928, I, 261 ; Civ. 23 octobre 1929, *S.* 1929, I, 7.

¹⁹ Il y a, à la vérité, quelques exceptions, concernant les apprentis

(art. 8), les personnes qui coopèrent au service d'un moteur dans l'agriculture (loi 30 juin 1899), les coups de main donnés dans l'agriculture (loi 30 avril 1926), mais qui s'expliquent aisément parce qu'on se trouve en présence de situations comportant une subordination équivalente à celle qui résulte d'un louage de services. Dans un cas cependant, la loi a admis la responsabilité du chef d'entreprise sans qu'il y ait subordination : c'est le cas des délégués mineurs (loi 13 déc. 1912). L'exception s'explique par le désir du législateur de favoriser cette institution.

²⁰ Ch. réun., 8 janvier 1908, *D* 1908, 1, 85.

²¹ La jurisprudence a peut-être été influencée par la tentative faite avant la promulgation de la loi pour rattacher l'obligation du patron de réparer les conséquences des accidents du travail à la responsabilité contractuelle. (V. SAUZET, *Responsabilité des patrons* [*Rev. crit.*, 1883] ; SAINCTELETTE, *Responsabilité et garantie*, Bruxelles, 1884). Les tribunaux français n'ont jamais accepté l'interprétation du contrat de travail qui supposait consentie par le patron une clause tacite de garantie ; ils n'ont même pas admis, comme le suggéraient GLASSON (*Acad. des sciences morales*, 1886, p. 870), et LABBÉ (note S. 89, 4, 1), que le patron se soit constitué débiteur d'une obligation de surveillance, mais ils ont considéré que la loi suppléait à ces clauses tacites imaginaires en mettant à la charge du patron une obligation légale de surveillance. Cette conception est assez nette dans certains arrêts rendus au cours des premières années de l'application de la loi. Plus tard ce souvenir de l'idée de faute a disparu.

²² V. sur le rapport de cette notion avec l'application de la loi sur les accidents du travail, PLANIOL, RIPERT et P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil*, t. VI, n° 642.

²³ L'idée de risque d'autorité a été aperçue déjà par plusieurs auteurs. V. notamment SAINCTELETTE, *Accidents du travail*, Bruxelles, 1888, p. 20 ; SALEILLES, *op. cit.*, p. 78 ; et surtout G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 262.

²⁴ Ainsi la Cour de Cassation a déclaré la loi applicable à un accident survenu au cours d'une leçon de gymnastique à un jeune ouvrier, en dehors de l'entreprise et sans intérêt pour celle-ci, parce que la leçon avait été imposée par le patron : Civ. 23 oct. 1929, S. 29, 1, 7.

²⁵ Cf. GÉNY, *Risques et responsabilité* (*Rev. trim. de droit civil*, 1902, p. 817).

²⁶ V. les réflexions de M. SAVATIER sur ce point, *D. H.* 1931, *Chronique*, p. 9.

TITRE VI
SOURCES DU DROIT COMMERCIAL

CHAPITRE PREMIER

**Lord Mansfield, a comparative jurist
of the 18th century**

H. C. GUTTERIDGE,
University of Cambridge

The precise extent to which the development of modern English law can be said to have been affected by the infiltration of rules drawn from continental sources is a question which has often been debated but still remains shrouded in obscurity. There can be little doubt that English law is indebted to the writings of foreign jurists to a much greater extent than is commonly supposed, but the task of defining the directions in which the influence of continental law has been exercised is one which has never been attempted owing, in part, to the very great labour involved in the necessary investigation of many hundreds of volumes of the reported decisions of the English Judges during the last three or four

Lord Mansfield, un juriste comparatiste du XVIII^e siècle

par H. C. GUTTERIDGE,
Professeur à l'Université de Cambridge

Traduit par Jenny ARON-MENGERSEN,
Licenciée en droit, Docteur ès Lettres

C'est une question fort discutée et pourtant encore bien obscure que de savoir jusqu'à quel point le droit continental a influé sur le développement du droit anglais moderne. A n'en pas douter, le droit anglais doit aux ouvrages des juristes étrangers beaucoup plus qu'on ne le croit communément. Cependant personne n'a encore entrepris la tâche d'indiquer les matières sur lesquelles s'est exercée l'influence continentale, d'une part à cause du travail important que représente l'étude des centaines de volumes contenant les décisions des juges anglais rendues au cours des derniers deux ou trois siècles, d'autre part à cause

hundred years, and, in part, to the lack of scholars with the necessary equipment and leisure to enable them to sift the material so obtained and to place it in its proper perspective.

One fact stands out, however, in sharp relief. Much of modern English Commercial Law ¹ must of necessity be of continental origin as it is based to a considerable extent on the international customs of merchants in the middle ages which in turn owed much to Roman Law as developed by the medieval Italian lawyers. These customary rules, known as the *Law Merchant*, were, in the early stages of English legal history, applied to mercantile transactions by the traders themselves, sitting as judges in their own courts ; but, at some date prior to the Elizabethan age, the courts of the merchants disappeared, and we enter thereafter on a period of approximately 200 years during which the *Law Merchant* appears to have been almost completely in abeyance and in fact threatened with extinction. The merchants, deprived of their commercial tribunals, were turning away in disgust from the legal system of the Common Law which centred almost exclusively round the determination of rights and interests in immovable property and were resorting to the settlement of their disputes by arbitration. Marius who wrote on commercial matter in the 17th century tells us that " the right dealing merchant doth not care how little he hath to do in the Common Law or things of that nature ". Malynes, one of this contemporaries, remarks, somewhat plaintively, in his *Lex Mercatoria* that attempts by merchants to secure justice from the King's Courts had proved abortive owing to the impossibility of reconciling the elasticity of the customs of the merchants with the formalism of legal procedure

du nombre peu considérable de savants qui possèdent les connaissances et le loisir nécessaires pour pouvoir trier le matériel abondant et le placer dans des cadres appropriés

Un fait est certain : le droit commercial moderne ¹ des Anglais est en grande partie nécessairement d'origine continentale, étant donné que son fondement se trouve dans les coutumes internationales des commerçants du moyen âge, qui à leur tour s'inspiraient du droit romain, tel qu'il était pratiqué par les jurisconsultes italiens. Ces règles coutumières connues sous le nom de Lois du Commerce (« *Law Merchant* »), ont été appliquées à l'origine aux transactions commerciales, par les commerçants eux-mêmes, siégeant en qualité de juges dans leurs propres tribunaux. Avant même l'époque d'Elisabeth les tribunaux des commerçants avaient disparu et pendant plus de deux siècles les Lois du Commerce tombèrent en oubli et menacèrent de s'éteindre complètement. Les commerçants, privés de leurs juridictions, se détournèrent avec dégoût du système légal de la Common Law, qui réglementait presque exclusivement la propriété immobilière et les autres droits immobiliers. Pour régler leurs litiges ils avaient de plus en plus recours à l'arbitrage. Un écrivain du xvii^e siècle, Marius, déclare à ce propos : « Le parfait commerçant se soucie aussi peu que possible de la Common Law et des autres réglementations de ce genre ». Son contemporain Malynes se plaint dans sa « *Lex Mercatoria* » que les essais des commerçants en

which was a feature of the English system at that date. Moreover commercial actions were so ignorantly treated by judges and advocates when they came into the King's courts that even where it was possible to frame a cause of action which was not open to objection on purely technical grounds, the result was such as to discourage any attempts by the trading community to settle their disputes in this manner. The King's judges who had a traditional contempt for the Law Merchant did not more than to throw a commercial dispute at the heads of a civil jury, who determined it according to their own notions of what was fair and reasonable, and thus a body of unwritten law which was already indefinite in character was reduced to a state which was not far removed from chaos. The lamentable state into which English commercial law had fallen at this period is piquantly illustrated by the fact in the library of the Middle Temple, one of England's greatest legal libraries, there were in the year 1700 no more than four volumes dealing with commercial law to be found on its shelves.

This unfortunate state of affairs was rendered all the more deplorable because in the early part of the 18th century England had grown into the greatest manufacturing and commercial country in the world, and the result might well have been the total extinction of the Law Merchant and the withdrawal from the ordinary channels of justice of a large and increasing volume of commercial litigation. The situation was happily remedied when in 1756 William Murray, Lord Mansfield, a Scotsman trained in the principles of Roman Law, was appointed as the head of that section of the English judiciary which was charged with the determination of dis-

vue d'obtenir justice des cours royales ont pitoyablement échoué, car il était impossible de concilier l'élasticité des usages commerciaux et le formalisme rigoureux du droit commun d'alors. De plus, avocats et juges faisaient preuve de la plus humiliante ignorance lorsque des procès commerciaux étaient évoqués devant les juridictions royales ; et même quand il était possible de forger une cause d'action qui ne fut pas ouverte à objection pour des raisons de pure technique, le résultat était tel que les commerçants abandonnaient en désespoir de cause ce mode de solution de leurs conflits. Les juges du Roi, qui avaient hérité du mépris ancestral pour la « Loi Marchande », se déchargeaient, toutes les fois qu'ils étaient saisis d'un litige commercial, sur un jury civil qui réglait tout litige conformément à ses propres notions de justice. Ainsi, un corps de règles coutumières, à caractère déjà mal défini, fut réduit à un état quelque peu chaotique. La décadence dans laquelle était tombé le droit commercial anglais du début du XVIII^e siècle est illustrée par un détail significatif : la librairie du Middle Temple, une des plus grandes librairies juridiques de l'époque, ne possédait en l'an 1700 que quatre volumes de droit commercial.

Cet état des choses lamentable a encore empiré par suite de l'essor économique et commercial que l'Angleterre a pris dès le début du XVIII^e siècle, évolution qui aurait bien pu aboutir à la disparition complète de la Loi marchande et à l'éloignement des litiges commerciaux des voies de justice ordinaires. Un heureux changement s'est produit lorsque en 1756 William Murray, Lord Mansfield, Ecossais versé dans les principes

putes between merchants. There is probably no more striking instance in the history of any legal system of great and far reaching consequences resulting from the unsupported efforts of a single man of genius. As is so often the case, the emergency which had arisen brought forward the one man who was fitted to cope with it, and it was a lucky accident which placed the control of commercial litigation in the hands of a judge who by origin, temperament and training, was best fitted to take an objective view of the situation, and to free it from the deadening influences which had been imposed on it by the subservience of the English judges to the feudal characteristics of the English Common Law.

Lord Mansfield was more than a great jurist. No other English judge has ever captured the popular imagination to the same extent. As a statesman he achieved a high degree of prominence, and has even been described (though without much justification) as the founder of the modern English Conservative party. His political achievements do not concern us, and in any case they represent the least important part of his career. He was a man of letters of some distinction, and an intimate friend of the poet Pope, who urged him to devote his talent to the pursuit of literary fame. There was also a very human side to him. He was fond of mixing in society and enjoyed a high degree of popularity with the intellectuals of his day. Even Dr Johnson, the great English lexicographer, who was obsessed by a violent and unreasoning dislike for Scotsmen, was moved to express a qualified and somewhat grudging appreciation of his talents which has become proverbial at the present day². But for us the real significance of Lord Mansfield's career lies in

du droit romain, a été nommé à la tête de cette section de la judicature anglaise qui s'occupait des procès commerciaux. Dans l'histoire du droit il n'y a probablement pas d'exemples plus frappants des résultats immédiats et lointains des efforts isolés d'un seul homme de génie. Comme il arrive souvent, l'époque de crise aiguë a favorisé l'apparition de l'homme qui seul était capable d'y faire face. Un heureux hasard a placé les litiges commerciaux sous le contrôle d'un juge qui par son origine, ses capacités, sa culture, était le plus à même de prendre une vue impartiale de la matière et de la libérer des influences mortelles qui lui étaient imposées par l'asservissement des juges aux traditions féodales du *common law* anglais.

Lord Mansfield a été plus qu'un grand juriste. Aucun autre juge anglais n'a su capturer de la même façon l'imagination populaire. En tant qu'homme d'Etat il est arrivé à un haut degré de prééminence, et il a même été désigné (à tort d'ailleurs) comme le fondateur du parti conservateur anglais. Ses exploits politiques importent peu à cette place, et de toute façon ils représentent la partie la moins importante de son activité. Il a été un homme des lettres fort distingué, ami intime du poète Pope qui le poussait à embrasser une carrière littéraire. Il aimait le monde et jouissait d'une grande popularité auprès des cercles intellectuels de son époque. Même le docteur Johnson, le grand lexicographe anglais, qui a été obsédé par une antipathie violente et injustifiée contre les Ecossais, a été amené à donner à contre cœur une appréciation flatteuse de ses dons, appréciation qui est devenue proverbiale de nos jours². Cependant ce qui importe pour la juste compréhension de la carrière de Lord

the fact that he was free from the reactionary tendencies which were characteristic of the English judges of his time. *Je prends mon bien où je le trouve* might well have been said of him. Where a question of commercial law arose for determination and no assistance was to be obtained from the settled principles of the English Common Law, he resorted in the first instance to the ascertainment of the old Law Merchant, using for this purpose carefully selected civil juries of merchants of the City of London who could be presumed to be familiar with its provisions. If this expedient failed he would crave in aid such varied sources as the Roman Law, the Law of Scotland, and the writings of jurists of all nations dealing with mercantile matters. It was thus that the Law Merchant sprang into life again under the kindling influence of one great man.

Thus in delivering his decision in the famous case of *Luke v. Lyde*, which settled the question whether freight was payable *pro rata itineris* for goods lost at sea, and in considering whether he should accept the verdict of the jury, he referred to the *Corpus Juris*, the *Consolato del Mare*, the laws of Oleron and Wisby, the *Ordonnance de la Marine* of Louis XIV and the writings of continental jurists, such as Cleirac and Roccus. "The maritime law" he said "is not the law of a particular country, but the general law of nations". The example which he set has not always been followed by his successors, but his influence undoubtedly led to the recognition of the utility of the principles of foreign law in assisting English lawyers to mould and reduce to form the rules of English law for the purpose of meeting new situations. An illustration of this tendency is to be found in *Dakin v. Oxley* where reference was

Mansfield c'est le fait qu'il échappait aux tendances réactionnaires qui caractérisaient les juges de son temps. On aurait bien pu dire à son sujet : « Je prends mon bien où je le trouve »³. Toutes les fois qu'il s'agissait de trancher une question de droit commercial pour laquelle les principes du droit commun ne fournissaient pas de solutions il avait recours d'abord à la vieille Loi Marchande dont il confiait l'interprétation à des jurys civils choisis soigneusement parmi les commerçants de la Cité de Londres, qui pouvaient être présumés familiers avec ses dispositions. Seulement lorsque ce moyen se révélait inefficace il faisait appel au droit romain, au droit écossais, aux ouvrages des jurisconsultes étrangers spécialisés dans les questions commerciales. C'est ainsi que la Loi Marchande reprit vie sous l'influence stimulante d'un grand homme.

Ainsi, en rendant sa décision dans l'affaire célèbre de *Luke c. Lyde* relative à la question de savoir si le fret des marchandises expédiées par voie de mer et perdues en cours de route était dû *pro rata itineris* (à raison de l'itinéraire parcouru) et en examinant s'il devait accepter le verdict du jury, il a invoqué le *Corpus Juris*, le Consulat de la Mer, les Rôles d'Oléron et de Wisby, l'ordonnance de Louis XIV sur la Marine et les ouvrages des juristes étrangers tels que Cleirac et Roccus. « Le droit maritime », dit-il, « n'est pas un droit national, mais le droit universel des peuples ». L'exemple de Lord Mansfield n'a pas toujours été suivi par ses successeurs. Mais son influence a indubitablement conduit à la reconnaissance de l'utilité d'une étude des lois étrangères pour aider les juristes anglais à remettre au moule les règles coutumières du droit anglais pour les adapter aux situations nouvelles. Une illustration de

made in argument to *Le Guidon de la Mer*, the *Ordonnances* of Louis XIV, the French Commercial Code, the Spanish Commercial Code and the writings of Valin, Pothier, Boulay-Paty, Gilbert and Pardessus.

Lord Mansfield's breadth of outlook, with its consequent freedom from the complacent devotion of the 18th century lawyers to the narrow content of the existing rules of the English Common Law also led him to challenge certain doctrines which he regarded, not unreasonably, as an obstacle to the attainment of justice in commercial disputes. Like most ardent souls to whom law means something more than a conglomeration of rules established by tradition he was in advance of his age. Thus he led an attack on the doctrine of *consideration*, which was ill-timed because the general legal opinion of the age was not prepared to support him, but the views which he expressed are not without sympathetic repercussions in the ranks of English lawyers of the present day³. He also endeavoured in the famous case of *Moses v. Macferlan* to introduce into the Common Law the principle embodied in the continental *action d'enrichissement* that a person ought not to be entitled to retain money when he ought to refund it *ex aequo et bono*. He was, it is true, unsuccessful but the fact that these attempts at legal reform were made by him, is the strongest testimony to the breadth of view, the force of character, and the incisiveness of intellect which have placed him in the forefront of the great English Jurists of all ages.

How difficult and invidious was his task is illustrated by the

cette influence se fait jour dans le cas *Dakin c. Oxley*, dans la discussion duquel furent invoqués le *Guidon de la Mer*, les ordonnances de Louis XIV, les codes de commerce français et espagnol, les ouvrages de Valin, Pothier, Boulay-Paty, Gilbert et Pardessus.

L'ampleur de vue de Lord Mansfield, sa révolte contre la soumission servile des jurisconsultes du XVIII^e siècle à l'égard des règles routinières de la Common Law l'ont amené à combattre certaines doctrines qu'il considérait, non à tort, comme contraires à la bonne justice en matière commerciale. Cet homme à l'âme ardente, pour lequel le droit signifiait autre chose qu'un conglomerat de règles établies par la tradition, devançait de beaucoup son époque. Ainsi il s'attaqua à la doctrine de la « *Considération* », attaque prématurée, il est vrai, car l'opinion juridique du XVIII^e siècle n'était pas encore à même de le comprendre ; mais les vues qu'il exprima ne sont pas restées sans répercussion sympathique dans les rangs des juristes du temps présent. C'est encore Lord Mansfield qui chercha, à propos de l'affaire célèbre de *Mose c. Macferlan*, à introduire dans la Common Law le principe de l'enrichissement sans cause puisé dans les sources du droit continental, d'après lequel on n'est pas autorisé légalement à garder un argent dont l'équité exige la restitution. Il est vrai que sa tentative ne réussit pas, mais le fait d'avoir tenté cette réforme du droit anglais constitue le témoignage le plus vigoureux en faveur de sa largeur d'esprit, de sa force de caractère, de sa sagacité, qualités qui l'ont placé en tête des grands jurisconsultes anglais de tous les âges.

Combien sa tâche était difficile et de nature à soulever irritation,

invective which was showered on him by his contemporaries. Junius, the celebrated anonymous satirist of the 18th century said of him " You have made it your study to introduce into the court over which you preside, maxims of jurisprudence unknown to Englishmen. The Roman law, the law of nations, and the opinions of foreign civilians, are your perpetual theme. " Reading this statement at the present day it might perhaps be thought that it was intended to redound to the credit of Lord Mansfield, but the reverse was the case, for we find the writer proceeding to charge him with thus corrupting the " noble simplicity and free spirit of our Saxon laws ".

The inestimable service which was rendered to the law of England by Lord Mansfield consists in the development of a scientific system out of a chaotic mass of commercial usages without destroying the original vitality of the material derived from the old Law Merchant ; and in adapting the system thus created to current requirements by blending it with elements derived from the law of the continent. It would be difficult to find a more striking illustration of the value of comparative methods in the development of the law, and it is one which affords ample justification for the description of Lord Mansfield as a great comparative jurist.

c'est ce que montrent les invectives dirigées contre lui par ses contemporains. Junius, le célèbre auteur de satires anonymes, dit à son sujet : « Vous vous êtes appliqué à introduire dans la Cour que vous présidez des maximes de jurisprudence que les Anglais ignorent. Le droit romain, le droit des nations modernes, les doctrines des civilistes étrangers, voilà votre thème perpétuel ». La lecture de ces lignes donnerait aujourd'hui l'impression d'un éloge à l'adresse de Lord Mansfield, mais à l'époque où celles-ci furent écrites elles signifiaient une invective violente contre celui qui était accusé d'avoir corrompu « la noble simplicité et la liberté d'esprit des lois saxonnes ».

Lord Mansfield a rendu un service inestimable au droit anglais ; il a formé un système scientifique d'une masse disparate d'usages commerciaux sans détruire la vitalité originale des principes puisés dans la vieille Loi Marchande ; il a su en outre adapter le système créé ainsi à toutes les exigences de son époque au moyen d'emprunts constants au droit continental. Il paraît difficile de trouver un exemple plus frappant de la valeur des méthodes comparatives dans le développement du droit ; de toute façon c'est un exemple qui justifie largement la présentation de Lord Mansfield comme un grand juriste comparatiste.

¹ Commercial Law in the sense in which it is used above means the law of bills of exchange, insurance and carriage of goods by land and sea. It does not include the whole of what is termed Commercial Law both by English and continental lawyers.

¹ Le droit commercial, dans le sens employé plus haut vise la lettre de change, les assurances, le transfert des marchandises par terre et par mer. Il ne comprend pas tout ce qui est désigné d'habitude sous le terme de droit commercial à la fois par les juristes anglais et les juristes continentaux.

² " Catch a Scotsman young and you may make something of him. "

³ See for instance the criticism of the doctrine by another great Scotsman, Lord Dunedin, in *Dunlop v. Selfridge*.

² Mettez la main sur un Ecossais tant qu'il est jeune et vous ferez quelque chose de lui.

³ Voir par exemple la critique de la doctrine de la « considération » (cause) par un autre Ecossais illustre Lord Dunedin, dans l'affaire *Dunlop c. Selfridge*.

CHAPITRE II

Fonction de la coutume en droit commercial

par Kotaro TANAKA,

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université impériale de Tokio

On peut facilement admettre que la notion étatiste du droit représentée et développée spécialement par l'école austinienne anglaise et par certains auteurs allemands de la fin du xix^e siècle, est énergiquement attaquée par la tendance moderne sociologique et même par l'école du droit naturel, et qu'elle a perdu beaucoup de son importance scientifique. La conception étatiste du droit, résultant du positivisme et des tendances codificatrices modernes, et exerçant sa suprématie pendant plus d'un demi-siècle dans le domaine de la science du droit, prétendait que toutes les sources du droit sont des émanations de l'Etat, que ce soient des lois écrites ou des coutumes. Cette conception rigoureusement formaliste au fond et entièrement fermée aux réalités de la vie sociale, absolument matérialiste et niant l'idéal dans les normes juridiques, ne s'intéressait presque plus au droit coutumier. Dominé par l'idée que la loi seule représente le type de source juridique idéal, on ne cherchait plus s'il y a d'autres moyens de justifier la coutume qu'en y voyant une sorte de loi tacitement consentie. Idée de l'omnipotence législative, en contradiction avec les faits de l'histoire, et sans autre appui que des préjugés politiques ! Destinée étrange que subit l'histoire de la science du droit ! A l'école historique allemande, à laquelle préside Savigny, appartient le mérite principal d'avoir affranchi la vie du droit de la tyrannie du pouvoir absolu et exclusif du droit écrit ; grande est sa gloire d'avoir revendiqué l'autonomie du droit considéré comme ayant une valeur et une vie propres, de l'avoir arraché à la main usurpatrice de l'Etat et de l'avoir restitué à la réalité sociale. Cependant cette école n'a rempli cette tâche que d'une manière imparfaite ; il a fallu que l'œuvre fût achevée par l'école sociologique pourvue d'une connaissance plus pénétrante des lois sociales qui manquait à l'école historique. La coutume devint encore une fois le sujet favori de la science du droit. Non seulement elle était élevée au-dessus de toutes les autres sources, mais encore elle apparut elle-même comme la source de la science juridique. On peut dire sans exagération que les meilleurs travaux concernant le droit

coutumier qui ont paru depuis ceux de l'école historique (par exemple Puchta, *Gewohnheitsrecht*) sont dus à des juristes sociologiques (Eugen Ehrlich).

La théorie générale du droit coutumier ayant fait beaucoup de progrès depuis la contribution décisive de l'école historique, il reste très peu à y ajouter, spécialement au point de l'effet et de la portée du droit coutumier ; néanmoins il reste un problème encore insuffisamment éclairci ; c'est l'aspect différent que le droit coutumier prend dans les branches diverses du droit, selon la nature de chacune de ces branches. Naturellement on a fait beaucoup de remarques, pour la plupart assez conventionnelles, sur le droit coutumier commercial et sur ses traits caractéristiques ; mais si j'ose dire, tout cela manque de logique, de clarté et de système. Tout reste vague et à demi-obscur ; il y a des aperçus, mais pas de doctrine générale ¹.

Pendant toute l'évolution du droit, la coutume a occupé une place éminente parmi les diverses sources du droit. Elle a été toujours une des sources capitales, une des sources de premier rang. Lorsque la société humaine n'était pas encore bien organisée, la coutume était la source unique ; elle est certainement la première forme sous laquelle le droit est apparu. Mais, quand la division du travail se fut répandue et que l'organisation sociale devint plus compliquée, le droit écrit commença peu à peu à s'emparer du champ juridique, à mesure que le pouvoir central des Etats se consolidait ; et enfin, à l'heure actuelle, la transformation de la coutume en droit écrit et la substitution du droit écrit à la coutume constituent l'état normal des choses. La prédominance de la législation est le résultat nécessaire du mécanisme social ; elle est causée par un besoin de sécurité juridique. On peut dire que le droit écrit est une forme plus avancée que le droit coutumier. Mais au milieu de l'omnipotence exclusive de la loi écrite, qui s'explique par la raison ci-dessus indiquée, la coutume peut revendiquer sa propre autonomie dans le domaine du droit commercial. Le droit commercial coutumier conserve réellement des caractères spécifiques. Naturellement dans cette partie du droit, comme dans les autres, le droit écrit a remplacé la coutume, et on a même dit que le droit commercial a presque partout et entièrement perdu le caractère coutumier, qu'il avait au moyen âge, et qu'il est devenu un droit écrit (Lyon-Caen, *Traité*, t. I, n° 46). Mais on ne peut pas nier que la coutume, ayant perdu son importance en général, maintient sa position dans le monde du commerce. On donne au droit commercial coutumier une position spéciale, qu'on ne reconnaît pas aux autres genres de coutume. Il va de soi que la littérature juridique et la législation ne manquent pas de s'exprimer sur le sujet du droit commercial coutumier, surtout sur les rapports de celui-ci avec le droit écrit. Des règles spéciales sur les coutumes du commerce se trouvent dans le code de commerce allemand de Nuremberg-Hambourg, c'est-à-dire dans l'ancien Code de commerce en vigueur à partir de 1871-1872

pour tout l'empire d'Allemagne, dont l'article premier consacra les coutumes du commerce pour suppléer aux dispositions de ce Code, et les fit passer avant le droit civil général dans leur application. Au Japon la même règle est adoptée dans le Code de commerce de 1899, dont l'ancien Code de commerce allemand avait été le modèle. Ainsi l'article premier stipule : « En ce qui concerne les matières commerciales, le droit coutumier du commerce et, à défaut, le Code civil, doivent être appliqués en cas de silence du présent Code », (voir aussi le Code de commerce italien, art. 1^{er}). Cet article nous indique : 1^o que la coutume ne peut pas porter atteinte au Code de commerce, à moins d'un renvoi formel de celui-ci ; 2^o qu'en matière commerciale elle est admise à l'encontre de toute disposition de droit commun. Il limite l'exception de l'article 2 de la loi concernant l'application des droits de 1889, suivant lequel les coutumes, qui ne sont pas contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, sont valables comme loi quand elles sont admises par la législation, ou quand elles concernent des matières omises par la législation. Alors la coutume ne tient généralement qu'une position supplémentaire et subsidiaire, elle n'a pas d'efficacité dérogatoire au droit écrit. Pourquoi donc le droit commercial coutumier occupe-t-il une position spécifique et forme-t-il une exception si éclatante à cette règle fondamentale ? Nous devons examiner, s'il y a des causes immanentes au droit commercial, et cela nous conduit à la recherche des caractères particuliers de cette branche du droit.

Les traités spéciaux de droit commercial, malgré tout le développement récent de la recherche dans cette branche de la science juridique, ne sont pas encore suffisamment étudiés. La science s'occupe presque exclusivement de l'exégèse du Code et les recherches ne sont pas allées au delà des besoins pratiques et à cause de cela elles ne sont que fragmentaires. Cependant il y a déjà maints précurseurs, en France et en Allemagne, qui ont suggéré la possibilité de considérer d'une manière intrinsèque et synthétique l'ensemble du droit commercial (par exemple, Thöl, O. von Gierke, Thaller, Huvelin, Herck), et le progrès récent et général de la science juridique dans une direction sociologique y peut contribuer beaucoup ².

Si l'on regarde le droit commercial à la manière traditionnelle et formelle, il n'est rien de plus qu'un droit exceptionnel et spécial au milieu du droit privé. La justification matérielle de cette nature exceptionnelle et spéciale ne peut être cherchée que dans les caractères suivants du droit commercial, adaptabilité aux besoins de la liberté et de la rapidité des transactions commerciales, tendance progressiste et tendance à l'unification internationale. En constatant que le droit commercial a de tels caractères, il faut trouver comme principe unificateur la qualité spécifique dont émanent ces divers caractères.

Le droit commercial, constituant une branche du droit privé, ensemble avec le droit civil, puise sa matière dans la vie économique, où l'on fait librement des contrats. Les rapports juridiques

de ce genre sont purement des faits contruits par la volonté des individus, et sur ce point ils sont entièrement différents des autres rapports qui naissent de la famille ou du régime des biens ; ces derniers ont en effet comme éléments principaux des rapports naturels entre les hommes ou des rapports économiques de l'homme avec la nature. Les rapports juridiques contractuels comme sources d'obligations sont fictifs et abstraits, ils n'ont comme *substratum* autre chose que la volonté des individus. Pour employer la terminologie du sociologue allemand Ferdinand Tönnies : les contrats obligatoires appartiennent à la catégorie de la « Gesellschaft » (société) et les rapports de la famille à celle de la « Gemeinschaft » (communauté). Dans le système du droit, le droit des obligations et le droit de la famille sont deux pôles, qui se dressent l'un contre l'autre.

Les rapports commerciaux ont seulement la nature de contrats obligatoires. Les affaires des commerçants consistent dans la conclusion de contrats aussi nombreux que possible dans un temps limité. Leur mission principale n'est pas autre chose que faire des actes juridiques. Comme le dit M. Philipp Heck, ce sont des virtuoses de l'accomplissement d'actes juridiques. (Der Kaufmann ist nicht Theoretiker, aber der Virtuose der rechtsgeschäftlichen Tätigkeit.)

Après ces préliminaires, il faut dégager les caractères des rapports juridiques commerciaux, afin d'en déduire ceux du droit commercial coutumier. Les rapports juridiques commerciaux sont, comme les faits purement juridiques et, en général comme tous les faits ne dépendant que de la volonté humaine, susceptibles de répétition. Ils n'ont ni la même variété ni la même individualité que les rapports juridiques en droit privé commun, parce que le commerçant, pour atteindre son but rationnellement, doit faire des actes juridiques plus fréquemment, en plus grand nombre et plus rapidement, et pour cela il ne veut pas s'exposer aux inconvénients et aux délais pouvant résulter de la recherche de l'arrangement, dans chaque nouveau cas, du contenu de l'engagement ; il préfère fixer toujours le même type pour le même genre d'engagement ; cette tendance à créer des types, qui domine toute la vie des affaires, est spécialement accentuée dans la vie commerciale à cause de la nature des rapports commerciaux, qui se présentent comme une pure abstraction de la variété infinie de la vie. En même temps que la division du travail dans la vie sociale croît et se multiplie, le contenu et la forme de chaque opération commerciale ont constamment tendance à la simplification, et de plus en plus on s'efforce autant que possible d'établir des types pour chaque branche du commerce. Ceci contribue à la fréquence et à la répétition facile et commode des transactions commerciales. Ainsi, les opérations des commerçants peuvent surpasser celles des non-commerçants au point de vue de la rapidité.

Un plus haut degré de division du travail dans la société exige un plus haut degré du sentiment du devoir de la part de chaque membre concernant l'obligation qui lui incombe. Comme les trans-

actions commerciales ont surtout lieu sur la base du crédit financier de chaque partie, les commerçants sont obligés, en fait, d'avoir confiance les uns dans les autres. Alors il leur faut renforcer leur responsabilité envers le public pour l'exécution des obligations qui surgissent de contrats et quasi-contrats dans les rapports commerciaux (par exemple, la solidarité des obligations commerciales, la responsabilité du *receptum*). En outre, la publicité de leur fortune est demandée à quelques types de sociétés commerciales. En même temps l'institution de la responsabilité limitée et la fixation d'un délai plus court pour la prescription en matière commerciale proviennent du développement de l'économie nationale et des besoins réels de la pratique des affaires.

Le droit commercial dans son ensemble est l'adaptation des règles du droit privé commun à la matière commerciale ; il n'est autre qu'une couleur spécifique ou une modification de ces règles.

Nous allons examiner l'autre point indiqué ci-dessus. Le droit commercial, dominant la sphère spécifique de la vie humaine et étant conçu d'une manière concrète en vue du commerce, a un caractère de norme technique. Or une norme technique suppose le but qu'elle poursuit. Naturellement le droit se distingue de la norme technique proprement dite, comme la technique se distingue de l'architecture ou de la production, en ceci qu'il est *obligatoire* de manière catégorique au sens de Kant ; en ce cas, la volonté et la conscience d'obéir sont beaucoup moins prononcées dans la technique que dans le droit, mais on ne peut nier qu'il y ait certain rapport entre le droit et la technique, tous les deux étant des phénomènes sociaux et appartenant au domaine de l'intelligence ou de la volonté, et non au domaine des lois naturelles pures : 1° la norme juridique peut avoir pour contenu ou fond matériel une fonction humaine *technique* quelconque, réelle ou sociale. En ce cas, cette fonction ou technique est soumise à la valorisation et à la réglementation sociales, c'est-à-dire que, étant jugée d'après son importance dans la vie sociale, elle peut être élevée jusqu'au niveau du droit. Cette technique s'installe dans l'empire du droit comme une portion du droit lui-même, comme un étranger se naturalise dans un pays. Cela se produit par ce qu'elle doit être renforcée par suite du besoin social, par exemple les techniques éprouvées d'architecture ou d'hygiène sont employées comme matière des règlements de police selon les nécessités de la construction et de l'hygiène dans les villes ; 2° en certains cas, la règle juridique elle-même se présente comme une technique sociale. Dans chaque institution juridique s'incorpore son but spécifique immanent, dont le sujet est ou le bien de l'Etat représentant l'ensemble de la société, ou le bien de chaque individu ou du groupe. Si l'on considère une institution sous cet aspect, elle n'est pas autre chose qu'un moyen pour atteindre un certain but ; par exemple l'institution judiciaire en son ensemble, spécialement la constitution des tribunaux et la procédure, sont les moyens de réaliser la justice dans la société entière et l'institution du contrat d'assurance et de la lettre

de change sont des moyens destinés à satisfaire les intérêts économiques spéciaux des parties.

Le droit commercial a par les deux côtés, expliqués ci-dessus, le caractère de la technique. Malgré la diversité des matières de la vie commerciale auxquelles il cherche à donner une minutieuse réglementation, ce caractère, comme une couleur commune, pénètre toutes les règles du droit commercial. Cette branche du droit, comme la technique elle-même, est en sa nature moralement neutre, c'est-à-dire est un moyen vers un certain but moralement indifférent ". Elle contraste avec les autres sortes de règles du droit, qui ne sont que l'émanation de l'idée éthique, ou un simple reflet de la tradition, par exemple une partie du droit de la famille et du droit pénal. L'accent fondamental de ce droit est « Zweckmässigkeit » c'est-à-dire l'utilité, dont la réalisation naturellement reste soumise à la considération de la justice entre les intéressés. L'esprit du droit commercial consiste en sa rationalité, qui dérive des exigences du commerce, et qui se manifeste comme la base du capitalisme moderne.

L'élément de rationalité immanent au droit commercial tend à se développer, et à être reconnu au delà de ses frontières. Le droit commercial est le plus progressif et le plus international de toutes les branches du droit. La tendance vers l'évolution et l'internationalisation sont deux caractères, qui nécessairement appartiennent à chaque technique.

En terminant mon exposé des caractères du droit commercial, je dois maintenant tracer une esquisse de la coutume commerciale. Il faut surtout tenir compte de ce que, historiquement, la coutume dans le domaine du droit commercial a eu une très grande importance et qu'elle la conserve encore aujourd'hui. Les codifications des divers pays en matière commerciale ne sont pas telles que le législateur invente soudainement des lois en spéculant sur les besoins du commerce ; c'est plutôt lui qui n'occupe qu'un rôle subsidiaire, en donnant des formes aux normes qui déjà s'exerçaient dans le monde des affaires. Il ne fonctionne pas comme créateur des normes, mais il les constate et peut-être les fixe ; il veut seulement respecter et faire respecter la coutume commerciale, qui existait depuis quelque temps et paraît utile, sans interférence de sa part ; il la met dans le cadre législatif pour le bien et la sécurité du commerce. Dans ce sens on peut dire qu'il n'agit que comme technicien législatif. Au contraire, en d'autres branches du droit, le législateur joue un rôle beaucoup plus important, il ne reste pas dans la situation passive en acceptant aveuglément les normes pré-existantes, mais s'en occupe activement en ayant le courage d'en faire la critique du point de vue du sentiment moral commun de la société ou du point de vue des nécessités et des exigences de l'économie politique, établissant de nouvelles normes, ou risquant une dérogation radicale à quelques-unes. En matière de droit commercial, il est plus sage et avantageux d'avoir confiance principalement dans les usages qui sortent de la

réflexion rationnelle et de l'instinct d'affaires des commerçants. Ici l'autonomie des parties intéressées a une plus grande autorité que le résultat de la spéculation abstraite des législateurs.

Ce fait historique, que la législation commerciale emprunte toujours son *substratum* à la vie elle-même, peut être expliqué par la suprématie de la rationalité de l'invention des commerçants sur la législation. Ce n'est autre chose qu'un triomphe glorieux de la raison technique sur la tradition et le sens commun.

Dans les coutumes des autres branches du droit l'élément principal consiste dans les faits traditionnels qui se sont produits de temps immémorial et continuent à se répéter en se fondant sur l'instinct et sans réflexion sur leur rationalité. La coutume peut être aussi bien mauvaise que bonne. Mais la coutume commerciale étant sortie du raisonnement pratique des affaires, est assez souvent entièrement nouvelle. Les situations économiques changent, de nouveaux besoins apparaissent dans la vie, alors les coutumes naissent en comblant les lacunes du droit écrit. La coutume ici n'est pas sortie de l'âme du peuple, mais de l'invention du génie de quelques-uns. En ce cas, elle n'est pas dans son essence tout à fait différente des actes de la législation gouvernementale. Et encore ici les actes de répétition qui sont la condition nécessaire de la formation de la coutume, prennent un aspect différent. D'abord la nature du commerce rend la répétition plus obligatoire que partout ailleurs, et la formation de la coutume beaucoup plus facile. Puis, la répétition n'est pas une suite d'actes successifs irréfléchis, simples produits de l'instinct ou de la loi de l'imitation, mais représente des étapes dans l'évolution de l'état de choses existant jusque-là vers une étape supérieure et s'effectuant comme résultat du raisonnement calculatif réfléchi. Dans l'évolution du droit commercial on trouve le travail accumulé des génies créateurs individuels, ceci n'empêchant pas que, d'autre part, elle soit conditionnée par les nécessités des circonstances économiques.

Le droit commercial étant moralement neutre pour la raison indiquée ci-dessus, la coutume commerciale peut être rarement contraire aux bonnes mœurs.

En droit commercial le dualisme du droit écrit et du droit coutumier ne se fait pas sérieusement sentir. (Ici je ne veux pas examiner le problème de savoir si cette classification des sources du droit est ou n'est pas parfaite.) Le droit commercial écrit puise ses matériaux dans la coutume. Et la coutume en droit commercial a tendance à être codifiée. Sur ce dernier point je dois ajouter que la tendance à se transformer en droit codifié est immanente au droit commercial. Même dans les pays de droit non écrit comme l'Angleterre presque toutes les institutions du droit commercial sont codifiées. Dans les pays où la codification devient la règle, la codification du droit commercial est généralement un peu en avance sur celle du droit civil moderne qui remplace le droit commun. Ceci s'explique également au moins aussi bien par le fait que la codifi-

cation sert à l'unification des coutumes locales dont la diversité gêne le commerce.

Des codifications du droit commercial ou de quelques parties de ce droit abondent au moyen âge et deviennent rapidement usagères, semi-officielles, et officielles. Ceci n'a rien d'étonnant étant donné 1° l'autonomie, — souvent autonomie privilégiée — de la profession des commerçants ; 2° l'habileté de ceux-ci à manier les affaires et à fixer par écrit les points essentiels de celles-ci. Ils sont plus adroits et plus prompts que les autres personnes aussi bien par écrit qu'oralement. Ils savent conclure des contrats simplement consensuels, sans forme, beaucoup plus facilement et en nombre infiniment plus grand que les autres personnes, et en même temps ils savent, ce que celles-ci ne savent jamais (par elles-mêmes, et sans l'aide de juristes), arranger les principes généraux qui dominent tous ces contrats en système écrit. Et précisément parce qu'ils ont cet appareil écrit de contrôle et d'orientation, ce catalogue de possibilités et de contrats de toutes sortes, ils peuvent conclure des contrats consensuels rapides mieux encore qu'avant la codification. Ainsi, le nombre et la rapidité des contrats oraux et fixés conditionne la codification, et la codification facilite le nombre et la rapidité orale des affaires.

Evidemment l'adresse des commerçants à s'exprimer par écrit se manifeste aussi dans la quantité énorme des documents de contrats commerciaux, surtout des contrats types, soit tout à fait brefs et concis, comme les instruments à ordre ou au porteur, soit très étendus comme les chartes-parties ou les polices d'assurances, etc. Brefs ou longs, concis ou étendus, ces types de contrats remplissent en pratique une fonction semi-légale ; les types étendus apparaissent comme de petites codifications, ayant un caractère pas tout à fait privé ⁴.

Le droit commercial présente aussi une sorte de caractère dialectique. D'une part, plus que toute autre matière, il exige une codification, et se codifie plus facilement. D'autre part, beaucoup plus que toutes les autres branches du droit, il favorise le droit coutumier.

Ceci résulte de ce que les commerçants, comme je l'ai dit précédemment, créent facilement des usages ; ainsi, entre eux il y a toujours de nouveaux usages. La coutume du droit civil au contraire était plus ou moins stagnante et pour cela était légitimement attaquée par les partisans du droit « de la nature » et de la raison. La coutume en droit commercial est une source *fraîche*, copieuse et indispensable.

Naturellement de notre temps, beaucoup de droit nouveau commercial *praeter legem* est fourni par le « droit de la science » « *Wissenschaftsrecht* » ⁵, créé par la jurisprudence et par les théoriciens. Mais ce *Wissenschaftsrecht* n'a pas pu abroger le droit coutumier. En droit civil commun, il a réduit énormément l'importance du droit coutumier ; mais en droit commercial, malgré le rôle immense

qu'il joue là aussi, il n'a pas du tout porté atteinte à la vigueur et à l'étendue du droit coutumier.

C'est un caractère certain et permanent du droit commercial d'être largement constitué de droit coutumier. Le droit coutumier ne peut disparaître, ni en droit commercial, ni en droit civil. Cependant en droit civil, il peut devenir assez mince. En droit commercial au contraire, et surtout après l'avènement du *Wissenschaftsrecht*, le droit coutumier va grandissant.

Nous avons vu le contraste, aujourd'hui comme autrefois, entre la *passivité juridique* du non-commerçant qui ne crée du droit qu'à la manière des coraux, c'est-à-dire très lentement, et la fameuse manière inconsciente et l'*activité juridique* du commerçant, qui est un véritable fabricant de droit coutumier.

Conformément à ce que j'ai dit ci-dessus, la masse du droit *praeter legem* que notre civilisation ne peut que créer chaque jour, est, en droit civil, fournie plus ou moins par les juristes, et non par « le peuple » sujet de la loi, les *Rechtsgenossen* ; mais, en droit commercial, une partie seulement est fournie par les juristes, l'autre partie est toujours fournie par les commerçants. En droit civil, il y a la foule inérudite et inerte d'une part, et d'autre part, les techniciens. En droit commercial, il y a deux groupes de techniciens qui collaborent : les juristes et les commerçants.

Le droit commercial coutumier est la contribution que les techniciens du commerce apportent au droit commercial, contribution évidemment indispensable, et les raisons de cette indispensabilité ne sont pas à rechercher.

Ici, on doit indiquer clairement que cette contribution des commerçants se fait des trois façons suivantes : codification, coutume, *Wissenschaftsrecht*, et surtout de cette dernière, parce que l'économie privée, ou sa branche, la technique commerciale, est parvenue, depuis 20 ou 30 ans, au rang d'une science. Mais la contribution principale du monde commerçant devra être toujours la coutume. N'oublions pas que les plus importantes de ces codifications contractuelles, formes étendues de contrats, proviennent jusqu'à présent de la coutume. Cela peut changer et va changer probablement. Dans quelque temps, dans un avenir prochain, la plupart des nouvelles codifications quasi-autonomes des commerçants seront peut-être construites comme « *Wissenschaftsrecht* » par les spécialistes de la technique commerciale ou d'une de ses branches : le spécialiste d'assurances ou le spécialiste d'actions (de société anonyme) etc. Mais, à côté de cela, dans la multitude foisonnante des contrats de vente et autres, le droit coutumier va foisonner.

En somme, la technicité, qui prédomine dans le droit commercial, caractérise toutes les sources de celui-ci. Elle fonctionne de deux façons : 1° formellement, elle accentue, d'une part, l'importance du droit écrit dans le droit commercial, et elle arrive, d'autre part, à la reconnaissance de la suprématie de la coutume et du *Wissenschaftsrecht* ; 2° matériellement, elle fait tendre le droit com-

mercial vers l'évolution créatrice et l'unification internationale. Telle est la victoire glorieuse de la raison pratique sur la tradition et le sens commun dans le domaine du droit. Jusqu'à présent les théories générales de la science juridique péchaient par défaut de connaissance de ce phénomène ; et la théorie de la coutume de l'école historique doit en particulier être complétée sur ce point. Par la connaissance de la technicité dans le droit, la science juridique en général pourra à l'avenir pénétrer dans la réalité de la vie et il en résultera plus que jamais de nombreuses et d'heureuses conséquences scientifiques.

¹ Avec des exceptions comme la recherche profonde de M. Gény sur la coutume en général et aussi sur les traits spécifiques de la coutume commerciale (GÉNY, *Méthode d'interprétation*, 2^e éd., t. I, 1919, pp. 316 et suiv. ; sur la coutume commerciale, pp. 400, 413, 421, 429, 430, 436, 439, 444).

² J'ai dirigé mes études de ce côté pendant les dix dernières années dans les articles suivants écrits en japonais : *La mission de la science du droit commercial*, 1924 ; *La place du droit commercial dans le système du droit*, 1925 ; *Le droit commercial comme droit technique*, 1924 ; *Le droit commercial comme droit d'organisation et comme droit des affaires (des opérations commerciales)*, 1925 ; *Le commerçant comme homo oeconomicus dans la science de droit*, 1928 ; *La méthode d'interprétation en droit commercial*, 1930 ; *Sur la nature juridique de la lettre de change*, 1925 ; *Sur la particularité juridique des obligations*, 1929.

³ En parlant ainsi, je ne veux pas arriver à la négation de l'idée de la justice dans le droit commercial. La technicité de celui-ci n'est pas en contradiction avec cette idée. Toutes les branches du droit sont morales, et sont techniques. Cela est *conditio sine qua non* de tout droit. Seulement le caractère moral ou le caractère technique s'accroît de manière différente dans les différentes branches du droit ; le droit pénal semble être la branche la plus morale, le droit commercial la plus technique.

⁴ Ce n'est pas autre chose qu'un phénomène juridique, qui est considéré comme contrat d'adhésion par plusieurs auteurs français (par exemple, MM. Saleilles, Dereux, Hauriou, Ripert, Esmein, Duguit, Demogue ; au Japon, il est profondément étudié par M. Sugiyama) et qui montre une forme intermédiaire ou transitoire entre le contrat et l'institution (Hauriou).

⁵ Je me sers du terme « *Wissenschaftsrecht* » dans le sens de STERNBERG, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2^e éd., 1920, t. I, pp. 147 et suiv. et non dans celui de Savigny. Par suite, « *Wissenschaftsrecht* und *Gewohnheitsrecht* » sont strictement différents, tandis que chez Savigny ils se mêlent plus ou moins. Poursuivant les études dans le même sens que Savigny, des auteurs allemands cherchent encore à réduire le « *Wissenschaftsrecht* » ou droit libre scientifique au « *Gewohnheitsrecht* », tandis que Sternberg prétend qu'il n'y a rien de plus opposé, et que ce manque de discrimination a empêché les juristes pendant un siècle de comprendre ce qu'était la libre recherche du droit. Le droit coutumier n'est pas du tout libre ; la coutume est, comme Sternberg le dit très justement, moins libre que la loi, et non pas plus libre que la loi comme Savigny et son école le croyaient.

TITRE VII

SOURCES DU DROIT PÉNAL

CHAPITRE PREMIER

Le juge pénal comme législateur

par Miloslav STIEBER,

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Charles IV à Prague

La grande ligne de l'évolution de droit nous apprend que le droit exista sans lois. Pendant des siècles on se passa des législateurs. La société, comme elle a trouvé les moyens de se nourrir, de s'habiller, de s'abriter et de se faire comprendre, a trouvé aussi un système de conduite morale, religieuse et sociale. Parmi les coutumes et les règles de la vie une petite section était réservée aux règles de droit que le juge et tout le monde d'ailleurs connaissaient aussi bien que les autres règles de conventions sociales dont on trouvait de nouvelles quand la complexité plus grande des relations humaines en exigeait l'emploi spécial. Les législateurs ont paru trop tard. On n'en avait pas besoin. Ils s'imposèrent à la société par leur force et leur puissance. Ils avaient la prétention de pouvoir régler le droit pour un avenir qu'ils ne connaissaient pas encore. Justinien lui-même, le plus célèbre législateur du monde, a avoué son impuissance à édicter tout le droit de l'avenir (*D*, 1, 3, 12 Julien).

Les motifs de la législation étaient divers. Le moyen âge suivit l'exemple de Justinien consistant à réserver la législation au prince. Il est évident que le fonctionnement d'un organisme tel que celui d'un Etat pouvait être très différent d'après les divers endroits. Il s'en suivait une inégalité qui pouvait souvent apparaître comme une injustice. Le législateur parait à ce danger en donnant à ses juges des règles générales. Mais qu'étaient donc ces règles générales? Elles consistaient dans les ordonnances à suivre. Le législateur faisait un recueil de décisions prises dans le passé par les juges, pour leur faciliter leur tâche dans l'avenir. Cela nous permet d'observer le vrai caractère de cette collection de règles décisives. Le législateur assume d'avance le rôle du juge. Il se substitue au juge pour les

questions qui pourraient naître. On voit que le rôle du juge est toujours au premier plan et que celui du législateur demeure au second plan. Si donc s'intitule mon article *Le juge pénal comme législateur*, cette dénomination n'est pas exacte. L'exemple des grands législateurs, Justinien, Napoléon et tous les autres, des corps législatifs qui ont assumé la tâche de faire les lois, nous a suggéré que l'ordre législatif est quelque chose de régulier et de normal et que si l'on rend le jugement *praeter legem* ou *contra legem*, c'est une chose anormale et anormale.

Il est évident qu'on ne peut pas trouver ce contraste du législateur et du juge dans le droit coutumier. On ne le trouve dans le domaine des lois qu'après la grande renaissance du droit romain. Là où faisait autorité la grande œuvre de Justinien on vit aussi naître les grands juristes interprètes des lois. Au temps du droit coutumier on trouve aussi des juristes, mais ils ramassent seulement le droit vivant en indiquant parfois que telle règle est bonne ou mauvaise. Au temps de la toute-puissance des lois on a besoin des juristes pour vivifier la règle immobile et morte.

On sait bien que l'Europe a présenté le spectacle d'une double renaissance du droit romain, du droit civil et du droit pénal. C'est ainsi qu'on trouve en Europe le droit civil commun et le droit pénal commun.

La tâche du juge était non moins difficile en droit civil qu'en droit pénal. La question du pouvoir du juge ne cessa pas d'être un perpétuel objet de disputes pour les juristes. Que doit-on préférer, l'équité ou la loi rigoureuse? Azo dans sa *Somme* : *Si vero iustitia vel aequitas videantur discedere a iure stricto, potius servabis aequitatem quam ius strictum* ¹. Mais lui-même ajoute : *Quod est intelligendum de aequitate scripta, non de ea, quam quis de corde suo inveniatur* ². Les glossateurs, dans leur vénération pour les sources romaines, préfèrent toujours la loi ³. Mais l'équité doit être toujours respectée ⁴. Si on ne trouve pas la décision dans la loi, on la cherche dans l'interprétation coutumière, *quia consuetudo est optima legum interpres*. Quand elle n'existe pas, *recurrendum est ad iudicem, unde saepe latae sunt sententiae* ⁵. Mais combien de nouvelles règles de droit a produites cette interprétation! On y arrive à la reconnaissance des sentences *contra ius, quibus populus utitur et longa consuetudo inducit* ⁶.

Bartole, de même que ses contemporains ⁷, respecte encore la loi. D'après lui le juge peut observer l'équité dans la sphère laissée à son arbitraire, mais en ce qui concerne le cas tranché par la loi, il doit observer cette dernière. On ne peut pas changer le droit écrit par raison d'équité ⁸. Pour cette raison le juge ne peut formuler une règle nouvelle qu'entre les parties ⁹. Mais malgré l'opinion de Bartole la règle décidée par un juge dans un cas spécial déterminé peut par suite d'un long usage devenir la règle générale. On en arrive ainsi dans le droit civil à la règle éternelle de l'interprétation : *Leges interpretationem et intellectum e praxi et observantia capiunt* ¹⁰.

Même Cujacius malgré son rigorisme juridique n'hésite pas à affirmer que les sentences plusieurs fois répétées finissent pas être considérées comme les lois mêmes ¹¹. Par raison d'équité on peut ajouter à la loi ce qui y manque. Par raison d'équité le juge corrige la loi, mais il ne la supprime pas ¹².

Dans le droit pénal commun, il y avait un difficile problème à résoudre à savoir jusqu'à quel point un juge est obligé de suivre la loi en statuant sur la peine. A-t-il un droit d'aggraver ou de mitiger la peine fixée par la loi. Les *Digestes* et le Code Justinien n'ont pas désapprouvé cette licence au cas où existent des *certae rationes* ¹³, par lesquelles on entend dans la Glosse la jeunesse ou vieillesse, le manque de préméditation, le service rendu à l'Etat, l'usage d'une fausse écriture fabriquée par un autre, la tentative n'ayant pas abouti ¹⁴. Mais pour obtenir un effet d'intimidation, il est possible d'élever la peine. Il était permis au juge de modifier la peine en formulant la sentence, mais jamais après qu'elle ait été prononcée ¹⁵. En modifiant la peine, il devait garder le système des peines jusque-là appliquées *consuetam poenarum positionem* ¹⁶.

Par là, et progressivement, on est arrivé à la règle commune : *Judex potest alterare poenam*, s'il en a une cause. La doctrine a quelquefois désapprouvé ce pouvoir du juge de s'écarter de la loi. Elle lui a fait grief de violer le serment qu'il avait prêté de juger d'après la loi. Mais les autres juristes l'ont excusé en raison d'équité. On arrive ainsi, dans les cas extraordinaires, à une autorisation générale de *legem transgredi* en jugeant ¹⁷. Le juge n'était pas obligé de suivre la loi, s'il avait pour cela de justes motifs. Nulle règle de loi, de statuts ni de coutume ne restreint le pouvoir du juge de mitiger ou d'élever la peine ¹⁸.

La doctrine des siècles suivants motivait ce pouvoir du juge par son pouvoir législatif. Il n'est pas possible au législateur d'embrasser par ses règles tous les cas qui pourraient survenir. Il a permis au juge de compléter la loi par une bonne interprétation et par sa sentence ¹⁹. C'est la volonté du législateur, non la lettre, qui a créé la loi. Le juge ne transgresse pas la loi, en transgressant la lettre ²⁰. Dans toutes les lois, il faut faire attention *ad mentem magis et sententiam legislatoris quam ad verba*. Une loi absurde ne saurait être sacrée pour un juge ²¹. En diminuant la peine légale, le juge exprime l'opinion que le législateur, lui aussi, devait la diminuer *cui se conformare voluisse censetur legislator* ²². Il mitige la peine *salva lege, quando adest eiusmodi circumstantia, quae a principe legem condente absque dubio pro iusta mitigationis causa fuisset habita, si de ea cogitasset*. En envisageant les faits *consentienter menti legislatoris*, le juge ne va pas au delà de son pouvoir ²³.

La peine légale était la peine ordinaire ²⁴. La peine appliquée par le juge en dehors de la loi, *extra ordinem*, était la peine extraordinaire ²⁵. Mais on a aussi donné ce nom à la peine appliquée par le juge dans les cas où la peine légale n'était pas statuée. Le juge devait procéder *a simili ad simile* ²⁶. Dans certains pays on a fait trancher

cette question par le prince ou par l'assemblée législative. Mais les juristes ont combattu cette opinion parce qu'elle était en désaccord avec le droit commun ²⁷. Le pouvoir arbitraire accordé au juge de pouvoir changer la peine fixée par la loi a déterminé quelques juristes à considérer *toute peine comme arbitraire* ²⁸.

Les juristes ne se mettaient pas d'accord sur le point de savoir si le pouvoir arbitraire du juge pouvait aller jusqu'à infliger la peine capitale. Quelques juristes vont jusqu'à admettre la peine capitale, si la *qualitas delicti aut circumstantiarum* justifie la peine capitale d'après le droit commun ou d'après la coutume ²⁹. Mais on ne devait pas changer la peine pécuniaire fixée par les statuts en peine corporelle ³⁰.

Après la reconnaissance générale du pouvoir arbitraire du juge de modifier la peine légale, on chercha à dégager les motifs de cet arbitraire. Comme nous avons déjà constaté ci-dessus, on en a trouvé plusieurs dans les traités des glossateurs et des postglossateurs. On en a cherché d'autres. Si la peine légale consistait dans le fait que la langue du coupable devait être tranchée, on refusait l'appliquer à un orateur ou poète célèbre. On a dit : *Propter magnam probitatem hominis receditur a regulis iuris*. Il fallait que le coupable fut capable de subir la peine. On ne pouvait pas retrancher une main desséchée ni fouetter un bossu. On ne pouvait pas trancher la main d'un père de sept enfants pour ne pas les exposer à la misère ³¹.

La doctrine recueillit toutes les causes permettant de changer la peine légale. Les spécialistes arrivèrent à en découvrir de très nombreuses. Les auteurs de traités ou d'articles *De poenis temperandis* énumèrent un grand nombre de causes déterminant à changer la peine. Ils indiquent 15, 19 ³² causes, parfois 41 ³³, parfois même jusqu'à 64 ³⁴ causes. Parmi ces causes se rencontrent la folie ³⁵, le sommeil ³⁶ et l'abolition accordée par le prince ³⁷. Plusieurs causes sont vraiment curieuses, par exemple l'amour ³⁸, la douleur ³⁹, la simplicité ⁴⁰, le baptême après le crime ⁴¹, la dignité, la noblesse et l'éminente générosité du malfaiteur ⁴², ses mérites ou les mérites de ses ancêtres ou de ses parents ⁴³, la pauvreté dans le cas de la peine pécuniaire ⁴⁴, le sexe pour une femme ⁴⁵, l'intercession du prince, l'excès de zèle chez un fonctionnaire ⁴⁶, etc. On cite aussi des cas où la peine est abolie par le fait de la coutume, par exemple si l'on conduit le condamné à l'échafaud et le cortège rencontre un cardinal ⁴⁷, si une femme ⁴⁸ ou une prostituée ⁴⁹ épouse un condamné à mort et si la corde qui suspend un condamné vient à se rompre ⁵⁰. On cite de même l'impossibilité de l'application de la peine dans les cas où l'on ne peut pas détruire une maison étant donné qu'elle appartient à un innocent co-propriétaire ⁵¹.

Ces diverses causes suscitèrent beaucoup de doutes, de débats et de critiques, mais le droit du juge en ce qui concerne les peines était généralement reconnu. On en traite dans un chapitre spécial intitulé *De iure iudicis circa poenas* ⁵². C'est en vertu de ce droit

que le juge peut au cas d'une *circumstancia aggravans* aggraver la peine et, au cas d'une *causa mitigans*, la mitiger ⁵³.

La doctrine des juristes sur le pouvoir arbitraire du juge a influencé les statuts des républiques italiennes. Mais il y a une grande divergence selon les pays et les temps. Le juge est libre dans son pouvoir arbitraire, si les statuts omettent d'établir une peine ou chargent le juge de modifier la peine statutaire à son gré ⁵⁴. Son pouvoir est libre vis-à-vis d'un délit qui n'est reconnu ou établi que par la doctrine, par exemple la fraude, le blasphème et l'hérésie ⁵⁵. Naturellement le juge est libre de fixer le niveau d'une peine pécuniaire établie par les statuts ⁵⁶. Mais ce principe valait également pour les autres peines et on permettait au juge de punir *sive personaliter vel realiter iuxta providum arbitrium*. C'était tout de même la peine capitale qui pouvait être infligée par le pouvoir arbitraire ⁵⁷. On arrive ainsi dans un statut au principe général que le juge n'est pas obligé de résoudre les questions criminelles d'après les lois ⁵⁸, et on aboutit à admettre qu'il rentre dans le cercle du libre arbitraire du juge de diminuer ou d'augmenter la peine statutaire d'après les circonstances atténuantes ou aggravantes ⁵⁹. Les statuts énumèrent un grand nombre de ces différentes circonstances ⁶⁰.

D'après la jurisprudence du tribunal de l'Empire germanique (Reichskammergericht) le juge a le droit de changer la peine *ex lege ipsa* ⁶¹.

La *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) laisse à l'arbitraire du juge le droit de choisir la forme de peine capitale et mesurer les autres peines d'après la bonne coutume et d'après son arbitraire. La constitution lui permet d'appliquer une autre peine, si la peine statuée est rendue inopportune par les circonstances du lieu et du temps. Le pouvoir arbitraire doit être laissé au juge, la loi ne pouvant pas prévoir tous les cas du crime ni indiquer toutes les peines ⁶². Si la peine légale n'est pas statuée, il appartient au juge de la statuer par son arbitraire d'après le droit ou la doctrine des juristes. Dans les divers traités criminels, on énumère les circonstances aggravantes et atténuantes de chaque délit en particulier.

La *loi criminelle de Joseph I^{er}*, que le roi édicta en 1707, pour la Bohême, la Moravie et la Silésie ⁶³ fixe déjà exactement les circonstances qui atténuent le crime et la peine et celles qui les aggravent. En vue de certaines circonstances il est réservé au roi de diminuer la peine, par exemple en considération de la haute naissance du délinquant, des mérites pour la patrie, de la bonne conduite, de la vie chrétienne, etc.

La *Constitution criminelle de Marie-Thérèse* (1768) restreint l'arbitraire du juge. Il ne lui est pas permis de s'écarter de la règle légale. Il lui est défendu de s'arroger le pouvoir qui appartient au législateur de changer les peines. C'est le rôle du prince de donner la loi et de la révoquer ⁶⁴. Comme dans la doctrine on y fait la distinction entre les peines ordinaires et les peines extraordinaires que

le juge fixe, d'après son arbitraire, s'il existe l'une des circonstances aggravantes ou atténuantes, envisagées par la loi.

Jusque là on a laissé à la doctrine, et à l'arbitraire du juge, licence de formuler la circonstance atténuante ou aggravante. Les constitutions criminelles de Joseph I^{er} et de Marie-Thérèse ont précisé ces circonstances par la règle légale. La constitution de Marie-Thérèse oblige le juge à mesurer les peines d'après l'équité. Il ne doit pas être trop sévère ni non plus trop conciliant. La question indécise de savoir, si le juge peut infliger la peine capitale, est tranchée négativement. Mais il lui est permis d'employer dans sa sentence des peines coutumières. Comme dans la loi de Josph I^{er} la reine de par son droit de grâce peut changer les peines dans le cas de quelques circonstances atténuantes qui sont réservées à son appréciation.

La doctrine du droit pénal commun influença également la jurisprudence française. Le pouvoir arbitraire du juge était en France en pleine vigueur. Les ordonnances des xvi^e et xvii^e siècle ne cessaient pas de le défendre et de déclarer nulles les sentences contraires à leurs dispositions ⁶⁴.

L'évolution du droit naturel n'a pas épargné non plus le droit criminel. La doctrine s'est répandue : *ubi non sit lex, ibi nec poena, nec delictum... inveniri*⁶⁵. On a considéré les juges comme les *executores legum* ⁶⁶. Dans les cas où le droit écrit faisait défaut, on devait juger d'après le droit naturel ⁶⁷. Si la loi était dépourvue de sanction pénale, le juge devait en infliger une d'après son arbitraire ⁶⁸. On a cité les passages de la littérature classique déclarant que les juges ont obligation non de faire les lois, mais de juger d'après elles. Le monarque qui publie la loi, peut l'abolir ou au moins *effectum eius circa certam personam, certumque factum tollere*. Mais malgré cela, la jurisprudence gardait toujours au juge le droit de mitiger la peine prévue par la loi trop rigoureuse ⁶⁹.

Montesquieu à l'encontre de la liberté du juge prend une attitude très sévère ⁷⁰. « Les juges de la nation ne sont... que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ⁷¹. »

La législature l'a suivi sur ce point. *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* statue dans son article VIII : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée. « Dans la *loi pénale de 1791*, les peines étaient fixées d'après ces principes. Il n'était pas permis au juge de les changer et de les accommoder aux diverses circonstances du délit. La toute-puissance de la loi était posée par principe contre le pouvoir de l'homme et du juge. La loi était promulguée pour les délinquants *in abstracto* et pour les délits considérés comme entités abstraites ⁷².

L'influence de ces idées se manifesta de plusieurs côtés. L'impératrice Catherine proclama dans son instruction ⁷³ pour la commission de la loi pénale que le juge n'étant pas législateur n'avait

pas le droit d'expliquer la loi. Son rôle est seulement d'examiner, s'il se trouve en présence d'un fait qui n'est pas conforme à la loi. Un jugement n'est qu'un syllogisme comprenant deux propositions, la majeure et la mineure. La majeure est la règle de la loi, la mineure est le fait du malfaiteur. Rien n'est plus dangereux que de chercher le sens de la loi au lieu de se tenir à son texte. Ainsi statue l'article 288 du Code des délits et des peines du 28 octobre 1795 ⁷⁴ : Le dispositif d'un jugement est divisé en deux parties : La première déclare le fait dont le prévenu est jugé coupable. La seconde applique à ces faits la peine portée par la loi. Le texte de la loi pénale est lu à l'audience par le président et inséré dans la seconde partie du jugement. »

La révolution française a érigé un monument digne de mémoire à cette résistance contre l'arbitraire du juge. Nous entendons par là le tribunal de cassation. Il était dans l'intérêt public de ne pas rester inactif en présence de ces atteintes portées à la majesté de la loi, et de ne pas laisser subsister, sans une protestation éclatante et efficace, des précédents, des erreurs funestes qui, se posant comme des monuments de rébellion à la loi, ne pouvaient que jeter la perturbation dans la société. » C'est ainsi qu'est motivée la fondation du tribunal de cassation dans le Répertoire Dalloz de l'année 1857 ⁷⁵.

Dans l'assemblée constituante du 22 décembre 1789, M. Thouret, au nom du Comité constituant, proposa d'établir un tribunal de cassation destiné à maintenir l'exécution des lois et formes de procédure ⁷⁶. L'arbitraire du juge n'était pas conforme à la théorie de Montesquieu sur les trois pouvoirs de l'Etat ⁷⁷. Dans l'assemblée constituante on attribua au juge l'application de la loi, mais jamais le pouvoir de jouer un rôle actif dans la législation. On a voulu indiquer que si la loi peut être interprétée, augmentée, ou, ce qui est la même chose, appliquée au gré d'une volonté particulière, le citoyen n'est pas sous la sauvegarde de la loi, mais se trouve soumis au pouvoir de celui qui l'interprète ou l'augmente ⁷⁸.

L'assemblée constituante a voté, le 27 novembre 1790, la loi pour la cassation des jugements par un tribunal établi auprès du Corps législatif ⁷⁹. Ce tribunal devait annuler tout jugement constituant une contravention contre la loi. Le projet de la constitution du pouvoir judiciaire ⁸⁰ a déclaré : « Les tribunaux et les juges ne doivent pas avoir la puissance législative. Les juges mêmes ne pourront entrer à l'assemblée nationale tant qu'ils rempliront les fonctions des juges. »

Le 20 avril 1791 à l'inauguration de ce tribunal ⁸¹ le Ministre de la justice souligna que l'objet de cette institution était de conserver l'intégrité des formes judiciaires, de maintenir l'application exacte des lois. La Constitution française défend aux juges de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ou de suspendre l'exécution des lois (Chap. V, art. III). Le Ministre de la justice doit dénoncer au tribunal de cassation les actes par lesquels ils auraient excédé

les bornes de leur pouvoir. Le tribunal doit les annuler. On pourrait aussi poursuivre les juges pour forfaiture (Chap. V, art. xxvii).

La cassation ne concernait pas les parties, qui n'en tiraient aucun profit ⁸². Elle ne constituait qu'un avertissement au juge de ne plus commettre à l'avenir cette violation de la loi. A cause de cela le décret du 27 novembre 1790 a ordonné que tout jugement du tribunal de cassation doit être imprimé et inscrit sur les registres du tribunal dont la décision avait été cassée.

La cassation dans l'intérêt de la loi a été introduite dans toutes les procédures modernes.

La doctrine contemporaine reconnaît la relativité des peines. La législation doit être complétée par le pouvoir du juge. Le droit qu'a l'Etat de punir ne se traduit que par la sentence du juge ⁸³. En tous pays on admet que la réaction du droit naturel contre l'arbitraire du juge a manqué son effet. Mais elle s'inscrit encore de nos jours dans la législation pénale. On peut y distinguer deux groupes : l'un comportant le libre pouvoir du juge, et l'autre comportant son pouvoir limité. On rencontre dans l'un et dans l'autre l'admission générale des circonstances aggravantes ou atténuantes. Mais on y modifie le jeu de ces circonstances pour certains délits particuliers ⁸⁴. Les groupes comportant l'arbitraire limité du juge reconnaissent, eux aussi, à côté de son pouvoir arbitraire ordinaire encore un pouvoir arbitraire extraordinaire qui dépasse la limite de l'arbitraire ordinaire.

La législation pénale va encore plus loin en accordant aux condamnés un sursis de peine. La doctrine recommande aux législateurs de mettre le condamné en liberté avant l'expiration de la peine et de mesurer le délit en le réprimant plus fortement quand les motifs sont bas ou déshonorants. On aboutit sur cette voie à l'arbitraire que possédait le juge quand il n'y avait pas encore de législateurs et aussi dans les temps où l'on a commencé de légiférer.

¹ ANZONIS, *Summa in III lib. Cod.*, tit. I « De iudiciis ».

² *L. c.*, « De officio iudicis », tit. XVII.

³ *Institutionum seu elementorum iuris civilis cum Accursiana interpretatione*, Lugduni, 1537. « De officio iudicis », tit. VII, ad 1 « Et quidem ».

⁴ ODOFREDUS, *Interpretatio in undecim primos libros pandectarum*, Lugduni, 1550, L. 1 « De iustitia et iure », Num. 8 « Jus qualiter definiatur » : Nam sicut sacerdotes qui ministrant sacra deo in altari, dicuntur sacerdotes, ita doctores docendo leges dicuntur sacerdotes : quod sacra docent... Item sicut sacerdotes obtemperant deo, cum dant veram penitentiam confitentibus, quia verus sacerdos non debet gratificari confitenti ut si occidisti hominem, non esset bonus sacerdos, si diceret : do tibi penitentiam, quod ieiunes per unum diem : sic doctores obtemperant deo iuste iudicantes : quod debent aequitatem habere pre oculis.

⁵ *L. c.*, Liber I « De interpretatione » : Si ista lex ex consuetudine recipit certam interpretationem, ei standum est, quia consuetudo est op-

tima legum interpres. Si autem non recepit certam interpretationem ex consuetudine, recurrendum est ad iudicem, unde si saepe latae sunt sententiae, quod illa lex intelligatur, illi intellectui erit standum.

⁶ BARTOLUS, *Super prima parte Digesti veteris*, L. 32, « De legibus ».

⁷ BALDUS, *Super prima, II et III. Codicis*, Lugduni, 1539, in l. 1 « certi iuris », num. 1 « de iud. » : Iudex debet sequi censcientiam legis et suam, sed magis censcientiam legis

⁸ BARTOLUS, *Super prima parte Codicis*, L. « inter aequitatem », num. 5 : Illud intelligo, quod debet servare aequitatem in his, quae suo arbitrio committuntur. In his, quae a lege sunt decisa, debet legis decisionem servare.

⁹ L. c. 7, 8. Jacobi MENOCHII, *Consiliorum liber quintus*, cons. 684, num. 25-27 : Nam respondetur, triplicem esse interpretationem, ut docuit Bartolus in l. 1, num. 8 C de leg... quarum prima generalis et necessaria appellatur. Hanc facere potest solus Princeps, vel qui ab eo potestatem et auctoritatem habet... Secunda est interpretationis species, quae etsi necessaria est, particularis tamen est. Hanc facit iudex ferrendo sententiam de similibus ad similia... Tertia est species interpretationis secundum Bartolum, quae dicitur probabilis et non necessaria, sicuti est illa Doctorum collegii et aliorum interpretum, et dicitur probabilis interpretatio, non tamen necessaria, cum iudex, qui de causa iudicare debet, possit eam sequi, si visum ei erit legi convenire, non autem cogitur secundum eam iudicare.

¹⁰ Helfrici Ulrici HUNNII, *Encyclopedia iuris universi*, Coloniae Agrippinae, 1675, 15, 14. MENOCHII, Cons. 104, num. 13 : Est enim probabilis attendenda illa interpretatio, quae ab observantia proficiscitur. Ernestus COSTHMANNUS LEMGOVIENSIS, *Responsorum iuris volumen IV*, Francofurti, 1662, resp. 48, num. 24 : Constitutiones et statuta praesertim obscura et ambigua non tam ex verbis quam ex usu et praxi sint interpretanda et eatenus probanda et sequenda, quatenus per consuetudinem et observationem subsecutam sunt recepta et comprobata. Vol. V, resp. 3, num. 61 : Constat vero res iuridicas non ex grammaticorum regulis et doctrinis, sed ex usu iuris censendas et decidendas esse. Vol. V, resp. 10, num. 85 : Omnium optima et verissima sit interpretatio, quae ab observantia desumitur. Intantum ut observatio etiam verbis dispositionis repugnans, imo ipsi iuri contraria, tamen attendenda sit. Siquidem *usus et observantia ex illicito licitum facit*. Nec requirit talis observantia plures actus, sed duo sufficiunt, uti decisum est in Rota Romana. Johannes BORCHOLTEN, *Consilia sive responsa iuris*, Helmaestadii, 1600, I, 42 : Et haec interpretatio, sive declaratio, quae ex observantia, postea secuta colligitur, omnino tenenda et sequenda est, etiamsi verba constitutionis illi intellectui sive declarationi refragentur, vel aliud suadent. Denique in hac observantia declarativa non requiritur neque lapsus temporis neque reliqua requisita ad consuetudinem inducendam. L. c. I. 142 : Et vera interpretatio legum a practica sumitur... Et practica maxime attendi debet. Hartman Simonis PISTORIS, *Quaestionum iuris romani quam saxonici liber Primus*, Lipsiae, 1592, Qu. 16, num. 11 : Consuetudinem potissimum attendendam, quippe cum multa apud nostros antecessores usu sint introducta, quae cum verbis iuris saxonici minime conveniant... meo quidem iudicio fallantur, qui cognitionem huius iuris, magis ex verbis, quam ex usu sibi parare student.

¹¹ Jacobi GUJACII, *Opera omnia*, Neapoli, 1722, Tomus VII, Commen-

larii in libros XXXVI Digestorum, p. 38 : Ergo res iudicatae non tam partes sunt iuris civilis, quam argumenta et iudicia iuris scripti vel non scripti, id est legum et consuetudinis et non quodlibet iudicium et argumentum iuris, sed quod numero et tempore valet. Nam hae res tantum iudicatae dicuntur habere vim legum, quae perpetuo similiter iudicatae sunt. Consuetudo non valet nisi ex tempore longo, usuque frequenti. Ita rerum iudicatarum argumentum non valet, nisi ex tempore longo sive diuturno frequentique, iudicioque simili.

¹² *L. c.*, p. 45 : Igitur aequitate suppletur et corrigitur, quae legi deest, cui quidem rei praeest praetor, princeps, iurisconsultus... Tolli... lex non potest, nisi alia lege, corrigi etiam potest sine lege

¹³ *C. II, 11, 3* : Etsi severior sententia dici debuit, tamen, cum proconsul vir clarissimus certis rationibus motus mitiorem sententiam dixerit. *D. 48, 19, 13* : Hodie licet ei, qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre, vel graviolem, vel leniorem ; ita tamen, ut in utroque modo rationem non excedat.

¹⁴ BALDUS, *Super secundo Codicis*, 11, 3 : Gravius est fabricare quam uti.

¹⁵ *Codicis sacr. imperatoris Justiniani libri XII*, Aureliae, 1625, 399, II, 12, Etsi severior.

¹⁶ *Digestum novum*, Aureliae, 1625, 48, 13.

¹⁷ BALDUS, *l. c.*, fol. 130, n. 9. MENOCHIUS, *Cons. 228*, num. 41 : nec novum est, quod ex causa liceat iura transgredi. *L. c.* num. 42 : Nam etsi iuravit iudex servare statuta : tamen si ex causa transgreditur, non incurrit periurium. Ubi enim aequitas et naturalis ratio repugnat iuri communi, res decreto iudicis temperanda est.

¹⁸ Andraeas TIRAQUELLUS, *De poenis legum ac consuetudinum, statutorumque temperandis aut remittendis, et id quibus, quotque ex causis*, Lugduni, 1562. Praefatio, num. 16-19 : Iudex potest ex causa poenas a lege vel consuetudine statutas minuere, aut remittere etiam augere. Joannes DE PLATEA, *Super tribus ultimis libris Codicis*, 1537, fol. 21. num. 10 : Item ex causa potest fieri transmutatio unius poenae in alteram, et maioris in minorem...

¹⁹ LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, 10, 286 : Poenas lege statutas, sed in obveniente casu impossibiles, iudex inconsulto principe mutare potest. Legislator enim non potuit omnes casus, qui quodocunque inciderint, comprehendere, atque adeo bonam occasionem dedit, *cetera* vel *interpretatione* vel *iurisdictione* suppleri. MENOCHIUS, *Cons. 5*, num. 28 : Statutum, rejiciens interpretationem, intelligitur de interpretatione frivola et levi, non autem de rationabili et gravi. *Cons. 203*, num. 17 : Et praeterea sumi debet illa interpretatio, qua fraus evitetur, qua iniquitas excluditur. Ita pariter sumi debet interpretatio, ne altera partium decepta remaneat. *Cons. 221*, num. 20 : Et praeterea ad evitandam falsitatem sumitur interpretatio, etiam aliquantum extranea, ut ad concordiam omnia reducantur. *Cons. 221*, num. 55 : Itaque dicendum et evitandum est ad evitandam contrarietatem. *Cons. 42*, num. 20 ; Nullam hic adesse iustam causam, quia iudex ita arbitrari possit. Siquidem suum arbitrium debet esse iure et ratione regulatum. MENOCHIUS, *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis libri duo*, Coloniae Agrippinae, 1684, quaestio 77, num. 1 : In causis criminalibus... semper intelligi concessum non liberum et absolutum arbitrium, sed iure et ratione

regulatum et ob id ius et aequitatem iuri naturae proximam servare debere.

²⁰ Jos. Leonardi BANIZA, *Delineatio iuris criminalis secundum Constitutionem Carolinam et Theresianam*, I, 1773, 103 : Iudex enim poenam ordinariam iusta ex causa mitigans sese magis ad Imperatoris voluntatem, quam ad legis verba adcommodat. Quum ergo non litera, sed Imperatoris voluntas legem faciat, consequens est, ut iudex a legis quidem litera, non vero a lege ipsa discedat. proinde legis quidem litera, non lex ipsa mitior existat. TIRAQUELLUS, *l. c.* Praefatio, num. 53 : Ex quo notant Baldus et Paulus de Castro ibi, quod licet quis ex lege ad aliquid precise cogatur, intelligitur tamen, nisi subsit aliqua legitima causa. *L. c.*, num. 54 : Satis ergo atque satis probatum est, omnes legum atque statutorum sanctiones ex causa cessare, infringi, corruere, ut jam non mirum videri debeat, si non tam arctis angustiis circumscribatur iudicis potestas quin interdum possit ex causa poenas a lege, statuto, consuetudine indictas minuere aut augere. *L. c.*, num. 62 : Ubi quoties quis aliquid contra regulas iuris communis consequi contendit, causas eas, ob quas id iure consequi potest, narrare debet.

²¹ MATHAEI, *De criminibus commentarius*, 790, 791.

²² BÖHMER, *Elementa iurisprudentiae criminalis*, Hallae, 1749, § 238.

²³ BANIZA, 102.

²⁴ BARTOLUS, ad D 48, 19, 13 ; ANGELUS, *De maleficiis*, 1532, fol. 288.

²⁵ *D.*, 48, 19, 13. BARTOLUS, *l. c.*

²⁶ Aegidii BOSSII, *Tractatus varii...* Venetiis, 1562, Tit. « de poenis », num. 8, 10, 11, 24. Paris DE PUTEO, *De syndicato tractatus*, Francofurti, 1608, 693.

²⁷ BOSSIIUS, *l. c.*, num. 10. CARPZOW, *Practica nova rerum criminalium*, Wittebergae, 1684, 352. MENOCHIUS, Cons. 3, num. 12 : Is vere melius quam alter quivis potuit interpretari, cuius fuit condere. Petrus HEIGIUS, *Quaestionum iuris tam civilis, quam saxonici... pars posterior*, Wittebergae, 1630, quaestio 22, num. 6-7 : Sed nihil est verius neque iustius quam poenae remissionem soli principi supremo competere. Pertinent haec capita ad iura Majestatis, neque aliter de his iudicavit antiquitas...

²⁸ BARTOLUS, *Super secunda parte Codicis ad senatus consultum Turpillianum*, num. 7. HEIGIUS, *l. c.*, num. 2, 3 : Quibus concessum est iudicandi arbitrium iidem et ex causa poenas a lege indictas moderari et tollere interdum possint maxime, cum hodie omnes poenae arbitrarie factae sint et extraordinariae. Julius CLARUS, *Opera omnia*, Francofurti ad M. 1572, V, 372 : In Francia... ex consuetudine... omnes poenae criminales sunt in arbitrio iudicantis.

²⁹ CLARUS, *l. c.*, 364, num. 11. MENOCHIUS, *De arbitrariis iudicium*, qu. 86 : Iudicem posse usque ad mortem arbitrari. COTHMANNUS, *l. c.*, vol. III, resp. 48, num. 26 : Id quoque perpendebamus, quod nulla lege certa nominatim et expressim proditum reperiremus, maritum cum privigna sua congregientem concubentem mortis et supplicii ultimi poena plectendum esse, At sine lege certa ut aliquem ad mortem condemnemus, sane erubescimus, imo exhorrescimus.

³⁰ CLARUS, *l. c.*, num. 12. Mais on peut, d'après Joannis DE MAYNO, *Commentaria. De iurisdictionibus omnium iudicum*, fol. 76, num. 29, changer la peine pécuniaire d'un pauvre en peine corporelle.

³¹ CLARUS, *l. c.*, 372.

³² CARPZOW, *l. c.*, 347-391. Prosperi FARINACCHII, *Praxis et theoricæ criminalis Pars tertia*, Lugduni, 1635, 92-121.

³³ FRANCISCI MARADEI, *Tractatus criminalis analyticus*, Neapoli, 1706, 247-261.

³⁴ TIRAQUELLUS, *l. c.*, 1-285.

³⁵ TIRAQUELLUS, 35 ; CLARUS, V, 283, num. 7 ; FARINACCIUS, III, qu. 94.

³⁶ TIRAQUELLUS, 17 ; CLARUS, *l. c.*, num. 13 ; FARINACCIUS, III, qu. 98 casus 11.

³⁷ TIRAQUELLUS, 209 : Delinquens potest propter insigne aliquod artificium, vel robur, impunitus dimitti, consulto tamen ante principe.

³⁸ FARINACCIUS, qu. 98, casus 13 : Amor ebrietati furori aequiparatur. TIRAQUELLUS, 15 : Poetae passim amorem furem vocant : et amantes furibundos, furentes, furiosos. Voluptate venerea nulla vehementior, nullave furiosior. MENOCHIVS, *De arbitrariis*, casus 328 : Amore captus furioso similis est, nec non dormienti. CLARUS, V, 286 : Vidit excusari propter amorem quandam mulierem, quae receptaverat res furatas ab amasio suo. Fuit etiam absolutus quidam, qui fecerat sortilegia propter amorem... qui libellum famosum publicaverat contra quandam puellam cuius amore captus erat, fuit absolutus... quod ex nimia amoris vehementia non esset mentis suae compos. Avis contraire de MATTHAEUS, *l. c.*, 793.

³⁹ TIRAQUELLUS, 3.

⁴⁰ *L. c.*, 34.

⁴¹ *L. c.*, 102.

⁴² *L. c.*, 121, num. 10 : Nobiles rei non adstringuntur carceribus. Num. 12 : Nobili reo criminis potest assignari pro carcere totum palatium, tota item civitas, FARINACCIUS, qu. 98, c. 15. CLARUS, *l. c.*, num. 24-27.

⁴³ TIRAQUELLUS, 198. FARINACCIUS, qu. 98, c. 15.

⁴⁴ TIRAQUELLUS, 137.

⁴⁵ *L. c.*, 32. FARINACCIUS, qu. 98, c. 10.

⁴⁶ TIRAQUELLUS, 275.

⁴⁷ *L. c.*, 271 : Si cardinalis obviaverit ei, qui ad mortem ducitur, poena est omnino ei remittenda, ex quadam praerogativa, quam ex consuetudine habent cardinales.

⁴⁸ *L. c.*, 272 : Si puella reum mortis in maritum petierit, a morte liberat ex consuetudine Franciae, ut est apud nos vulgi sententia. *L. c.* 273 : Ubi dicit Chassenaeus se nullam huius rationem afferre posse, nisi quod per matrimonium maior reo videtur poena imponi, quam per mortem, per multa quae de malitia mulierum affert. Ego vero nescio an olim id in Gallia fuit observatum. Id autem certo scio hoc tempore non observari. Bartholomaeus a CHASSENAEUS, *Consuetudines ducatus Burgundiae, fereque totius Galliae commentarius*, Coloniae Allobrogum, 1616, § V, num. 96, Casus 12.

⁴⁹ CHASSENAEUS, *l. c.*, num 98 : Omnia peccata remittuntur ducenti meretricem in uxorem, nec est culpandus... quod Hispani practicant CARPZOW, *l. c.*, III, 394, 395 : Decima quarta causa est : Intercessio foeminae solutae, condemnatum in matrimonium petentis... Ac si meretrix pro condemnato intercedat, rationem mitigationis hanc reddit, quod majus sit supplicium illi codemnato uxorem ducere meretricem, quam feriri gladio. Cui et haec addi potest, quod hac ratione anima meretricis salvari queat, si a meretricia vita educitur in vitam honesti matrimonii... Alii tamen ab hac sententia dissentiunt, existimantes, puellam furem

aut reum mortis in matrimonium sibi petentem, a poena ipsum haudquaquam posse liberare... Hac siquidem mitigationis causa admissa, quivis facillime condemnati non habentes uxores, poenae promeritae sese eximere possent. Et nescio, an quisquam inveniendus esset, qui non meretricem, nec dum puellam honestam, in matrimonium ducere, quam vitam perdere mallet : quo ipso commodo publico, quod delicta punire jubet, haud parum contraveniretur.

⁵⁰ TIRAQUELLUS, 285 : Si damnatus ad mortem laquei, laqueo ipso rupto, in terram cecidit, credendum est, illud factum esse miraculose in dubio, cum ipse protestatus fuisset de innocentia. CLARUS, *l. c.*, num. 9.

⁵¹ TIRAQUELLUS, 277.

⁵² ENGAV, *Elementa iuris criminalis Germano-Carolini*, Jenae, 1754, 54. MATTHAEI, *De criminibus*, 788 « De officio iudicis ».

⁵³ ENGAV, 55.

⁵⁴ I. KOHLER, *Das Strafrecht der Italienischen Statuten vom 12-16 Jahrhundert*, Mannheim, 1897, 14.

⁵⁵ *L. c.*, 466. MENOCHII, *De arbitriis iudicum*, casus 374 : In his (haereticorum poenis) plurimum iudicis arbitrium versatur. Casus 375 : Hodie pro iudicis arbitrio blasphemus puniri. Casus 383 : Iudicis arbitrio puniuntur impostores.

⁵⁶ KOHLER, *l. c.*, 271.

⁵⁷ *L. c.*, 273.

⁵⁸ KOHLER, *Statuta magnificae civitatis Veronae*, 1588, c. 82.

⁵⁹ *L. c.*, 276.

⁶⁰ *L. c.*, 220 seq.

⁶¹ Joachim MYNSINGER, *Singularium observationum iudicii Camerae centuriae quatuor*, Cent. II, observ. XXX.

⁶² Constitutio Criminalis Carolina, CIV, CV.

⁶³ KLEINSCHROD, *Systemat. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts*, Erlangen, 1791, 11, § 107.

⁶⁴ CHASSENÆUS, *l. c.*, 196 sq. ad arbitrium iudicis. Albert LIRMIN-LIPMAN, *Des cas d'ouverture à cassation en matière pénale*, Paris, 1896, 13, 23, 26.

⁶⁵ PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo*, Francofurti ad M., 1706, lib. 8, cap. III, § 16, p. 1125. Léon JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *De la règle « Nulla poena sine lege »*, Paris, 1910, 20, 21, 22. Dr Heinrich GERLAND, Artikel 116. « Nulla poena sine lege ». NIPPERDEY, *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, I, 368. Adolf SCHOTT-LÄNDER, *Die geschichtliche Entwicklung des Satzes « Nulla poena sine lege »* (Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 132).

⁶⁶ PUFENDORF, *l. c.*, lib. I, cap. VI, § 14, p. 104.

⁶⁷ *L. c.*, 1125.

⁶⁸ *L. c.*, 1126.

⁶⁹ *L. c.*, 1129.

⁷⁰ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, l. XI, c. VI : Les jugements doivent l'être à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte.

⁷¹ *L. c.*

⁷² René GARRAUD-Pierre GARRAUD, *Traité théorique et pratique*

d'instruction criminelle et de procédure pénale, Paris, 1928, 317. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 45.

⁷³ *Instruction für die zur Verfertigung des Entwurfs zu einem neuen Gesetzbuch verordnete Commission*, Riga, 1768, 39.

⁷⁴ DUVERGIER, *Collection complète des lois*, 8, 469.

⁷⁵ Dalloz, *Répert.*, Cassation, 1847, 234.

⁷⁶ LIRMIN-LIPMAN, *l. c.*, 28.

⁷⁷ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, Paris, 1922, 111 sq.

⁷⁸ BUCHEZ et ROUX, *Histoire parlementaire de la révolution française*, II, Paris, 1834, 75, 79, 284.

⁷⁹ DUVERGIER, 2, 65.

⁸⁰ BUCHEZ et ROUX, *l. c.*, 293.

⁸¹ Dalloz, *Répert.*, Cassation, 54.

⁸² DUVERGIER, 2, 65 ; 3, 506.

⁸³ *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*. Allgem. Teil. III, 110 (ROSENFELD, *Die richterliche Strafzumessung*).

⁸⁴ *L. c.*, 111.

CHAPITRE II

L'élaboration du droit pénal et « l'irréductible droit naturel »

par Paul CUCHE,

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

J'ai lu et relu les ouvrages du doyen Gény. Je n'ai pas le souvenir qu'il ait abordé le problème de l'élaboration scientifique du droit pénal.

Dans quelle mesure, pour cette élaboration, faut-il avoir recours à « l'irréductible droit naturel » et à la fameuse distinction des quatre données fondamentales du droit positif?

A cette question, pas de réponse.

Rien d'étonnant d'ailleurs.

Ce silence s'explique d'abord très simplement par les limites que Gény avait assignées à ses investigations. Sa dernière grande œuvre magistrale est intitulée *Science et technique en droit privé positif*. Or le droit pénal ressortit au droit public.

D'autre part, Gény a porté son effort de systématisation sur l'élaboration du droit institutionnel, plus précisément du droit qui organise la famille, la propriété, les relations contractuelles. Or le droit pénal n'est pas un droit institutionnel mais un droit sanctionnateur. Il implique que des règles et des institutions sont déjà en vigueur et il menace de souffrances variées ceux qui seraient tentés d'y porter atteinte.

Peu importe que, dans le développement de la codification, il soit souvent arrivé que le droit pénal sanctionnateur ait fait son apparition avant le droit institutionnel. Peu importe, en d'autres termes que la codification des sanctions ait été antérieure à celle des règles ou des institutions. De ce fait, bien connu, la seule conclusion qu'on puisse tirer, c'est que, dans les sociétés primitives à faible étendue territoriale, la coutume et la tradition suffisaient à créer un droit institutionnel non écrit que personne n'ignorait, si bien que le plus pressé était d'assurer le respect de ce droit institutionnel par la menace expresse et précise d'un châtement.

Ecrite ou non écrite la règle préexiste toujours à la sanction et n'en procède pas.

Ceci rappelé, le rôle du législateur répressif se précise. C'est à lui qu'il appartiendra de discerner quelles sont à l'époque et dans le milieu où il vit les règles dont le respect doit être assuré par une sanction pénale.

Cette sélection des règles « animées d'une tendance certaine à la contrainte »¹ confère aux règles ainsi sélectionnées le caractère de règles de droit, car la tendance à la contrainte est la marque distinctive qui permet de classer une norme sociale parmi les normes juridiques².

Mais ce n'est là qu'une première phase dans l'élaboration du droit pénal. Pendant cette phase, la peine sera l'unique moyen d'assurer le respect du droit. Toute atteinte à un droit, toute désobéissance à une règle de droit, mérite une peine dont la sévérité sera proportionnée au désir de vengeance chez la victime de l'acte contraire au droit. C'est ainsi qu'au temps des XII Tables, il valait mieux rosser son créancier que de ne pas le payer. Un créancier rossé n'avait droit qu'à la peine du talion. Un créancier impayé pouvait, après l'observation de certaines formalités, mettre à mort son débiteur insolvable.

Mais du jour où les sociétés humaines sont parvenues à un certain degré de maturité juridique, la peine cesse d'être l'unique sanction de la règle de droit. *L'histoire de la peine est une abolition constante*³. Des procédés de contrainte autres que la peine vont apparaître : actions en nullité, en rescision, en restitution, en dommages-intérêts, voies d'exécution sur les biens.

Dès lors surgit cette question : A quels manquements particulièrement graves les sévérités de la justice pénale seront-elles réservées ? Sous quelle inspiration, la différenciation des sanctions s'est-elle faite ? Quel critérium a présidé à ce nuancement des rébellions possibles contre l'ordre social ?

Du jour où cette question a pu être posée, l'élaboration du droit pénal est entrée dans une seconde phase et la tâche du législateur répressif s'est compliquée, car il lui a fallu jalonner les limites du champ réservé aux sanctions pénales. La peine désormais ne frappera plus que le crime et par quoi le crime se différenciera-t-il des autres violations du droit ? N'y aura-t-il pas des caractères communs à tous ces actes, auxquels on continuera à appliquer une peine ?

Il semble donc que désormais le développement des institutions répressives postule une bonne définition du crime.

Je dis « il semble », car, logiquement, cette conclusion paraît bien s'imposer.

Et cependant, en fait, que constatons-nous ? C'est, d'une part, qu'en dépit des efforts des criminalistes et des sociologues, une bonne définition du crime est encore à trouver, et d'autre part qu'il n'est pas niable que, dans tous les pays, surtout depuis un siècle, les institutions répressives ne soient en progrès constant.

Ainsi sommes-nous amenés à penser que le progrès du droit

criminel n'est pas lié à une notion précise du crime, ce qui après tout, ne peut surprendre tous ceux qui se sont déjà rendus compte que le droit peut progresser dans son ensemble sans qu'on soit encore en possession d'une bonne définition du droit !

Mais par contre quel désarroi pour tous ceux qui persistent à confondre le droit avec la morale, ou qui se plaisent à ne voir dans le droit positif que l'expression précise et concrète d'un « irréductible droit naturel » !

Si la notion du crime échappe à l'étreinte d'une définition qui ait sa valeur pour tous les temps et pour tous les peuples, c'est donc que les conceptions morales qui sont à la base des règles de droit et des institutions juridiques sont relatives et changeantes ! L'impuissance à définir le crime servirait ainsi d'argument aux partisans du droit naturel à contenu variable que, pour mon compte, je distingue assez mal des négateurs du droit naturel

Combien les inquiétudes de ces juristes seraient calmées s'ils consentaient à ne pas identifier le droit avec la morale ou avec la justice, mais à y voir seulement l'ensemble des règles qui assurent ou sont capables d'assurer l'ordre social ! Que l'observation de certaines règles morales soit indispensable au maintien de cet ordre, c'est là un fait constaté par une expérience qui remonte à l'origine des sociétés humaines. On doit même admettre que, parmi ces règles morales, il en est qui partout et toujours ont été reconnues comme règles de droit « animées d'une tendance certaine à la contrainte », par exemple : Tu ne tueras point, tu ne voleras point. Ainsi Garofalo a-t-il été conduit à restreindre à la violation de ces règles son concept minimum et intangible de l'acte criminel⁴. J'observe, d'autre part, que d'après un auteur considérable, c'est dans ces deux préceptes que se condense tout le droit naturel⁵. Telles sont donc les limites de la contribution qu'il peut apporter à l'élaboration du droit criminel. Si bien que nous devons renoncer à le prendre pour guide dans la recherche des autres règles morales qui peuvent avoir une vocation à la contrainte, par exemple le respect des bonnes mœurs. Faut-il rappeler, comme je l'ai déjà fait dans d'autres circonstances⁶, que les conférences internationales réunies pour la lutte contre la pornographie se sont séparées sans avoir pu formuler une définition de l'obscénité ?

Mais l'ordre social a bien d'autres exigences que le respect de la vie et de la propriété de nos semblables. L'ordre social n'est pas seulement l'organisation de la coexistence des individus, de la vie paisible grâce aux gendarmes et à la prison, il est aussi et surtout l'organisation de la collaboration entre ces individus pour des fins d'intérêt général, pour un mieux être spirituel et matériel. Or ce mieux être, les progrès incessants de la solidarité sous toutes ses formes peuvent évidemment y contribuer, mais ils peuvent aussi y mettre obstacle. A cette heure où les activités individuelles s'enchevêtrent de plus en plus, au risque de se heurter et de se nuire, il faut, pour assurer leur collaboration, leur imposer des sens uni-

ques ; ce qui aboutit à enrichir notre législation de nouvelles incriminations. Ces incriminations « sans rapport avec le droit naturel, sont en étroite dépendance avec les conditions économiques et par conséquent variables suivant les temps et les lieux.

Ce n'est pas tout. Les idées de convenance et d'utilité ne sont pas seules à introduire une certaine relativité dans la conception de l'ordre social et, par corrélation, dans celle des actes qui lui portent atteinte. Songeons que toute législation répressive est l'œuvre de gouvernants, c'est-à-dire d'hommes disposés à considérer comme bien organisée une société où ils occupent la première place et partant comme criminels tous ceux qui voudraient y apporter quelque changement. C'est ainsi qu'une activité qui s'emploierait à abolir l'esclavage ou la distinction des castes dans une société où ces institutions sont en vigueur et paraissent liées à l'ordre social sera tenue nécessairement pour criminelle.

Ainsi s'accroît le caractère protéiforme de la notion du crime. Ainsi s'accroît la part de l'empirisme dans l'élaboration du droit pénal.

Empirisme dans le choix des règles auxquelles seront réservées les sanctions pénales, tandis que, pour d'autres, suffiraient des sanctions d'un autre ordre, mais rigoureuses.

Empirisme dans le choix de la nature et du degré de la peine, soit au moment de sa fixation législative soit au moment de sa fixation judiciaire.

¹ GÉNY, *Science et technique en Droit privé positif*, t. I, pp. 41 à 52 et t. II, p. 354.

² DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, 3^e éd., p.

³ JHERING, *De la faute en Droit privé*, trad. Meulenaere, p. 4.

⁴ GAROFALO, *Criminologie*, *passim*.

⁵ V. dans GÉNY, *Science et technique*, t. II, p. 314, une analyse de la doctrine de Cathrein.

⁶ *Compte rendu des Semaines sociales de France*, Le Havre, 1926, p. 490 ; *Conférences de philosophie du Droit*, Dalloz, 1928, p. 30 ; *Archives de philosophie du Droit*, 1931, p. 197, note 2.

CHAPITRE III

Les sources du droit pénal

par Seiitirô ONO

*Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Impériale
de Tokio*

I. LES SENS DIVERS DU MOT « SOURCE »

Le mot « source » est employé en divers sens. Il y a trois sens au moins qu'il faut distinguer nettement l'un de l'autre.

En premier lieu, on entend par « source » du droit l'essence ou l'idée suprême du droit. C'est la source du droit dans le sens métaphysique, ou, si l'on préfère, dans le sens philosophique. On qualifie dans ce sens de « source » du droit, soit la justice, soit l'Etat souverain, soit la volonté générale.

En second lieu, on parle des « sources » du droit dans le sens historique. On dit, par exemple, que le droit pénal français a puisé ses principes à trois sources principales : le droit romain ; le droit germanique ; le droit canonique¹.

En troisième lieu, — et c'est le sens le plus ordinaire du mot « source », — on désigne par là les sources formelles du droit. C'est précisément dans ce sens que notre illustre Maître M. Gény, l'a traité dans sa « Méthode et sources en droit privé positif »².

Ces trois sens une fois distingués, on doit aborder chacune de ces questions comme étant des questions différentes l'une de l'autre, mais en même temps comme étant des questions intérieurement connexes. Je vais, comme criminaliste, traiter ces trois questions très brièvement en tant qu'elles importent dans le droit pénal.

II. LA SOURCE PHILOSOPHIQUE DU DROIT

Si l'on considère le droit comme un fait, et si on l'étudie dans un but simplement technique et pragmatique, il se ramène simplement à des règles coercitives représentées par la loi ou la coutume. Mais lorsqu'on fait des observations approfondies et que l'on remonte jusqu'au but suprême du droit, on ne peut pas se contenter de reconnaître le droit comme un fait et de l'interpréter dans un but pragmatique. On est nécessairement amené à rechercher la source même du droit.

M. Gény a commencé de scruter la méthode d'interprétation des sources formelles du droit privé, mais il n'a pu rester dans le domaine de la méthodologie juridique. Il lui a paru nécessaire d'aller plus avant dans sa voie de l'investigation profonde. Il a assumé la tâche de découvrir « la source même » d'où jaillissent les principes et les règles de droit comme des ruisseaux détachés. Et « cette source n'est autre chose que le *droit en soi* »³.

Le *droit en soi*, c'est-à-dire l'essence ou l'idée du droit, doit être la source suprême des phénomènes du droit. Le droit positif en est l'expression et la réalisation plus ou moins incomplète. On m'objectera peut-être que c'est là une conception métaphysique et de droit naturel. Mais, on ne peut pas se passer de la métaphysique dans la vie pratique, et c'est dans la vie sociale « l'irréductible droit naturel »⁴. La conception moderne qui ne veut reconnaître que le droit écrit ou la loi, est fondée elle-même sur cette idée que l'Etat ou le législateur souverain est « la source » même de tout droit. Austin a exposé très clairement cette position⁵. Cette source, n'est-elle pas conçue dans le sens métaphysique?

Mais la conception d'Austin n'est pas la nôtre. Notre conception du droit doit être plus idéaliste et en même temps plus réaliste. Je pense que c'est la position de M. Gény. D'après lui, la source du droit, ou le *droit en soi* est « la règle de la justice entre les hommes »⁶. C'est une conception idéaliste, en tant qu'elle vise l'essence du droit dans son but idéal. « Les règles du droit visent nécessairement, et je le crois exclusivement, à réaliser la justice, que nous concevons, tout au moins sous la forme d'une idée, l'idée du juste⁷. » Mais, en même temps c'est une conception réaliste en tant qu'elle ne vise pas le juste comme « le droit idéal », qui est plus ou moins subjectif, mais qu'elle le vise dans sa réalisation objective comme le droit « réellement existant »⁸. Alors, c'est le droit positif. Et, le droit positif ne s'établit que grâce à une société fortement organisée. Dans la société moderne c'est l'Etat qui apparaît comme organe parfait de la constitution du droit positif⁹. Mais, l'Etat, « n'étant qu'un instrument de mise en œuvre du droit, ne saurait échapper lui-même à celui-ci, qui constitue une entité supérieure, seule véritablement souveraine »¹⁰.

Au point de vue du droit pénal, je le considère comme un système du droit nécessaire pour la réalisation de la justice, tout au moins dans l'état actuel de la civilisation humaine. Ce n'est pas seulement un moyen d'utilité ou de défense sociale. Je ne veux point nier l'importance de l'élément de l'utilité dans le droit, et surtout de la défense sociale dans le droit pénal. Mais, ce n'est pas « la source » même du droit. La justice est un principe supérieur. L'utilité doit trouver dans la justice sa sanction et ses limites. M. Gény nous l'enseigne : « A parler net, dit-il, quand nous envisageons le droit, nous absorbons l'utilité dans la justice, en vue de rattacher à un idéal supérieur le principe de solution des conflits d'intérêts¹¹. »

D'une part, le droit pénal du ^{xix}^e siècle a conservé quelque peu le principe d'intimidation, et, d'autre part, il a été inspiré par l'idée de libéralisme politique. C'est pourquoi il n'a pu satisfaire aux besoins réels d'une société qui a subi des changements profonds, principalement par suite de l'évolution de la vie économique. L'école positive de droit pénal a le mérite d'avoir mis en lumière cet état d'insuffisance par voie d'observation scientifique, et d'avoir été le promoteur de la réforme du droit pénal. Mais la « défense sociale » ne peut pas être le principe suprême du droit pénal en tant que c'est un principe de l'utilité et spécialement de sûreté sociale. La défense sociale doit encore chercher sa sanction dans la source du droit : c'est-à-dire dans la justice. Cela doit être « la défense sociale accommodée aux exigences de l'idée de justice » ¹².

Il y a toujours des conflits d'intérêts dans la vie humaine, et cela, non pas seulement entre les individus, mais encore entre la société et l'individu. Le droit a la mission d'y établir un juste équilibre. Le droit pénal doit faire justice aux besoins sociaux. Mais il doit aussi faire justice à la personnalité de l'individu. C'est pourquoi le droit pénal doit s'orienter d'après la culture morale de la société et d'après la responsabilité morale de l'individu.

III. LES SOURCES HISTORIQUES

La justice se réalise dans la société humaine et dans son développement historique. Dès lors si l'on veut rechercher le droit dans sa réalité concrète, il ne suffit pas d'observer les phénomènes contemporains. Il faut remonter à la source, et cela dans le sens historique, c'est-à-dire qu'il faut observer la réalisation et le développement du droit dans le temps et dans l'espace.

C'est le mérite de l'école historique d'avoir conçu le droit comme une chose historiquement devenue et d'avoir essayé de le comprendre par les sources historiques. Elle a substitué à la conception idéaliste, mais subjective et individualiste du droit naturel du ^{xviii}^e siècle, une conception réaliste et objective du droit historique.

Dans le domaine du droit pénal, on peut lire dans les œuvres d'Ortolan ¹³ ou de Garraud ¹⁴ de belles descriptions des sources du droit pénal français. On peut comprendre par ces descriptions comment le droit pénal d'aujourd'hui est la continuation et le développement du droit romain, du droit canonique, du droit féodal, du droit des ordonnances royales, et surtout le produit de la révolution française.

Il y a une autre méthode de description du développement du droit. On peut l'appeler la méthode sociologique. Elle ne décrit pas le développement d'un droit comme un processus concret, mais elle prétend trouver les règles ou les phases de l'évolution du droit en général ou du moins, en Europe. Elle ne traite pas des sources, mais elle reconnaît des « périodes », notamment dans le droit pénal, la période de vengeance privée, la période d'intimidation, la

période humanitaire, et la période contemporaine ¹⁵. Cette conception a certainement sa valeur. Mais sa méthode de généralisation n'est pas suffisante, si l'on ne se réfère, pour la compléter, à la connaissance des sources particulières du droit.

Le droit pénal du Japon, autrefois alimenté par le droit pénal chinois, est depuis cinquante ans sous l'influence profonde du droit moderne européen. Le Code pénal de Meidi-13 (1880) a été codifié d'après le Code pénal français de 1810, et par cette codification nous sommes entrés dans notre régime pénal moderne. Le Code pénal de Meidi-40 (1907) est peut-être plus original, et cette fois nous avons assimilé aussi le droit allemand et même les idées de la politique criminelle de l'école moderne. En tout cas, nous sommes maintenant dans le courant du développement moderne du droit pénal. En réalisant cette situation de notre droit, je m'intéresse beaucoup aux recherches historiques de ses sources dans l'Europe moderne et ancienne.

IV. LES SOURCES FORMELLES

La pratique de la réalisation de la justice par l'organisation politique de l'Etat fait un droit positif indispensable. La justice est une chose idéale, qui ne peut, après tout, être constatée que par l'intuition profonde. Mais ce n'est pas une chose simplement subjective. C'est une valeur objective. Dès lors, si l'administration de la justice ne doit pas être livrée à l'arbitraire des fonctionnaires de l'Etat, il s'impose de la régler par le droit positif, c'est-à-dire par le droit positivement exprimé dans les sources formelles.

Quelles sont les sources formelles de droit positif? Et, comment faut-il procéder dans l'interprétation de ces sources? Ce sont des questions, dont la solution dépend de la situation sociale et politique d'une époque historique. Il n'y a pas de solution *a priori*. Dans la société moderne, la loi ou la législation de l'Etat est reconnue comme la source la plus importante, ou presque comme la seule source de droit positif. Mais il est très douteux que la législation puisse donner une solution à tous les problèmes juridiques que soulève la vie complexe de la société. Ainsi se posent les questions que voici : Ne faut-il pas reconnaître la coutume comme source formelle du droit? Et, de plus, ne faut-il pas admettre la libre recherche scientifique au delà des sources formelles? Ce sont là des questions que M. Gény a traitées supérieurement dans sa « Méthode » en tant qu'elles se rapportent au droit privé ¹⁶.

Dans le droit pénal, la loi est reconnue tout spécialement comme la seule source formelle. On qualifie le droit pénal de droit légal ¹⁷, cela vient de l'article 4 du Code pénal français : « Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis. » Aussi, on déduit de cette prescription et du principe que *nulla poena sine lege*, que la méthode d'interprétation du droit pénal

doit différer de celle du droit civil. Il faut interpréter la loi pénale restrictivement, et surtout l'analogie n'est pas permise dans le droit pénal ¹⁸.

Ces idées s'expliquent d'un côté par le développement historique du droit pénal d'aujourd'hui, qui est un produit de la réaction contre l'arbitraire de l'ancien régime. D'autre côté, c'est une expression du libéralisme politique qui est l'idéologie de la révolution française. Mais le développement de la vie sociale et politique du XIX^e siècle a quelque peu changé la situation. Et l'on peut apercevoir un changement des idées aussi dans le domaine du droit pénal.

Kohler croit que l'interprétation du droit pénal est en principe la même que celle du droit en général, et que l'analogie dans la loi pénale est permise, en tant qu'il s'agit des principes ¹⁹. Rumpf a traité spécialement de la méthode d'interprétation de la loi pénale, et en arguant de l'équivoque des textes de la loi, il soutient la liberté de l'interprétation de la loi pénale. Il prétend même que l'article 2 du Code pénal allemand, qui exprime le principe *nulla poena sine lege*, ne défend pas l'analogie ²⁰. Le Prof. Makino, l'éminent criminaliste japonais, qui lutte ardemment pour la « Frei-rechts »-théorie, critique le principe *nulla poena sine lege*, et il soutient aussi la liberté de l'interprétation et l'admissibilité de l'analogie dans la loi pénale ²¹.

Aujourd'hui la justice pénale n'a pas comme seule tâche de garantir la liberté de l'individu. La mission du droit pénal est surtout la protection de la culture sociale. Ainsi la loi pénale doit être interprétée de manière à assurer cette mission principale. C'est un postulat de la justice pénale. Garçon l'a professé lui aussi : « Les textes répressifs, dit-il, ne doivent certainement pas être pris dans leur sens littéral et judaïque — ce qui conduirait le plus souvent à l'absurde — mais dans leur signification naturelle et raisonnable ²². » Donc, si l'interprétation doit être raisonnable, il n'y a pas de raison pour qu'elle doive être toujours restrictive.

Mais il y a, toutefois, cette différence considérable entre le droit civil et le droit pénal, à savoir qu'en droit pénal on ne peut et on ne doit pas méconnaître le principe *nulla poena sine lege*. Cela veut dire assurément, que la loi est la seule source formelle du droit pénal. En présence d'une lacune de la loi pénale, le juge criminel n'a qu'un seul devoir : acquitter le prévenu, tandis que le juge civil doit chercher une décision équitable, même à défaut de texte (art. 4 du Code civil) ²³. Cela est justifié par le fait que la peine constitue toujours un mal grave pour l'individu, et qu'il faut protéger l'individu contre l'arbitraire des fonctionnaires de l'Etat. Cette garantie de la liberté individuelle est d'autant plus importante qu'il y a, en ce moment, des divergences d'idées et d'intérêts entre la classe bourgeoise et la classe prolétaire.

Seulement, s'il y a là une justification du principe *nulla poena sine lege*, il ne faut pas exagérer sa portée. L'interprétation de la loi

pénale doit être assez libre et rationnelle. D'abord, en tant qu'il ne s'agit pas d'incrimination, l'interprétation pourrait être aussi libre qu'en droit civil. C'est pourquoi, l'on n'hésite pas, en interprétant l'article 328 du Code pénal français, qui ne mentionne que l'homicide, les blessures et les coups non justifiés par la légitime défense, à reconnaître que d'autres faits seraient aussi légitimés par le droit de défense « en vertu des principes généraux »²⁴.

Ensuite, même quant à la disposition incriminante, on ne peut pas se refuser à l'interprétation extensive ou à l'analogie, à condition que ce soit indispensable au point de vue de l'intérêt général, et que la conscience morale de la société soit assez mûre pour cela. Cela doit être certainement assez rare. Mais on pourrait en citer comme exemple le cas de vol d'électricité, constaté par la jurisprudence de la Cour de cassation de la France²⁵ et de la Taisin-in (Cour suprême) du Japon²⁶.

¹ GARRAUD, *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, I (1913), p. 113.

² GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif* (1911).

³ GÉNY, *Science et technique en Droit privé positif*, I (1922), p. 2.

⁴ GÉNY, *Science et technique*, II (1921).

⁵ AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence* (1911), II, p. 510.

⁶ GÉNY, *Science et technique*, I, p. 17.

⁷ *Op. cit.*, p. 49.

⁸ *Op. cit.*, p. 53.

⁹ *Op. cit.*, p. 57.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 64.

¹¹ GÉNY, *Science et technique*, I, p. 50.

¹² SALEILLES, *L'individualisation de la peine* (1909), p. 4.

¹³ ORTOLAN, *Eléments de Droit pénal*, I (1875), pp. 26 et suiv.

¹⁴ GARRAUD, *Traité de Droit pénal français*, I (1913), pp. 111 et suiv.

¹⁵ VIDAL et MAGNOL, *Cours de Droit criminel* (1921), pp. 13 et suiv. ; PRINS, *Science pénale et droit positif* (1899), pp. 2 et suiv.

¹⁶ GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif* (1919).

¹⁷ ROUX, *Cours de Droit pénal* (1920), p. 17 ; GARRAUD, *Précis de Droit criminel* (1926), p. 97.

¹⁸ GARÇON, dans *Les méthodes juridiques* (1911), pp. 203 et suiv. ; GARRAUD, *op. cit.*, p. 102 ; VIDAL, *Cours de Droit criminel* (1921), pp. 1063 et suiv.

¹⁹ KOHLER, *Leitfaden des deutschen Strafrechts* (1912), pp. 19-20.

²⁰ RUMPF, *Die Auslegung des Strafgesetzes*, dans *Archiv für Strafrecht und Strafprozess*, 60. Band (1913), p. 177.

²¹ MAKINO, *Zaikei-hôteisyugi to Hanzai-tyôhyôsetu* (1918), pp. 80 et suiv.

²² GARÇON, *op. cit.*, p. 204.

²³ GÉNY, *Méthode*, tome I, p. 39, 103, etc.

²⁴ GARRAUD, *Précis*, p. 279 ; cf. ROUX, *op. cit.*, p. 137.

²⁵ Cass. crim., 3 août 1912, *Rec. Sirey*, 1913, I, p. 337.

²⁶ Taisin-in, 21 mai de Meidi-36 (1903), *Hanketuroku*, IX, p. 874.

CHAPITRE IV

La questione delle fonti sp cie in rapporto al diritto penale

par Giulio BATTAGLINI,
Ordinario della R. Universit  di Pavia

SOMMARIO : 1. Le origini dell'imperativo giuridico (fonti formali) e le origini del contenuto di esso (fonti sostanziali). — 2. La fonte sostanziale razionale e le fonti sostanziali storiche. — 3. L'indirizzo tecnico-giuridico e la valutazione morale. — 4. Il diritto naturale e il diritto ideale. — 5. Le difficolt  contro il diritto naturale. — 6. Il diritto naturale come fonte sostanziale nel momento della formazione della legge (anche in rapporto all'orientamento etico-religioso dello Stato). — 7. La finestra aperta al diritto naturale nel momento dell'applicazione giudiziaria del diritto. — 8. Ricorso alle valutazioni etiche da parte del giudice, anche a prescindere da un rinvio esplicito o implicito del legislatore. — 9. L'elemento morale nell'interpretazione. — 10. L'elemento politico nel diritto penale (fonte e mezzo d'interpretazione). — 11. Il problema della consuetudine. — 12. Conclusione.

La question des sources spécialement par rapport au droit pénal

par Giulio BATTAGLINI,
Professeur à l'Université de Pavie

Traduit par F. PISSARD et Pierre QUADEN
Assistant d'Economie politique à l'Université de Liège

SOMMAIRE : 1. Les origines de l'impératif juridique (sources formelles) et les origines de son contenu (sources substantielles). — 2. La source substantielle rationnelle et les sources substantielles historiques. — 3. La Direction technique juridique et la valuation morale. — 4. Le droit naturel et le droit idéal. — 5. Les difficultés contre le droit naturel. — 6. Le droit naturel comme source substantielle, dans le moment de la formation de la loi (même en rapport à l'orientation éthico-religieuse de l'Etat). — 7. La fenêtre ouverte au droit naturel dans le moment de l'application judiciaire du droit. — 8. Recours aux valuations éthiques de la part du juge même en dehors d'un renvoi explicite ou implicite du législateur. — 9. L'élément moral dans l'interprétation. — 10. L'élément politique dans le droit pénal source et moyen d'interprétation). — 11. Le problème de la coutume. — 12. Conclusions.

1. Fa giustamente riflettere un insigne Maestro del diritto pubblico, Vittorio Emanuele Orlando, che « non sarebbe esagerata l'affermazione che la teorica delle fonti del diritto, considerata a fondo, negli elementi essenziali di essa, si connette intimamente, sino a confondersi, con le questioni più ardue di tutta la filosofia del diritto, compresa quella della natura stessa del diritto ¹ ».

Generalmente gli autori, quando parlano di fonti, si riferiscono solo ai modi di espressione del diritto positivo, o, se si vuole, alle cause produttive del precetto giuridico considerato nel suo aspetto puramente formale ².

Come è naturale, sono i cultori di teoria generale del diritto quelli che si preoccupano di più di elaborare il concetto di fonte. Taluni di essi pongono una distinzione fra *fonti interne* e *fonti esterne* ³. Fonti interne sono per essi i fattori da cui promanano le norme giuridiche, cioè il potere legislativo dello Stato, oppure quello dei soggetti, a cui lo Stato dà facoltà di formare il diritto. Si hanno così fonti interne primarie e fonti interne secondarie. Invece sono fonti esterne i modi con cui si esprime la volontà che crea il diritto.

Senonchè negli schemi di questo genere si trascura del tutto di considerare che la norma giuridica non è solo costituita di un elemento formale, ma anche di un elemento sostanziale. Elemento formale è *l'imperativo*, che, per il singolo considerato come *cittadino* e per il *magistrato*, si ricollega immediatamente o mediatamente alla *volontà dello Stato* ⁴; elemento sostanziale è *il contenuto dell'imperativo* ⁵.

1. Un maître insigne de droit public, M. Vittorio Emanuele Orlando, nous invite à la réflexion, en nous disant : « qu'il ne serait pas exagéré de dire que la théorie des sources du droit, considérée à fond, dans ses éléments essentiels, s'unit intimement jusqu'à se confondre avec les questions plus ardues de toute la philosophie du droit, y comprise celle de la nature même du droit » ¹. Généralement les auteurs, quand ils parlent de sources, se réfèrent seulement aux moyens d'expression du droit positif, ou si l'on veut, aux causes productives du précepte juridique considéré, dans son aspect purement formel ².

Comme il est naturel, ce sont ceux qui cultivent la théorie générale du droit, qui se préoccupent le plus d'élaborer la conception de la source. Certains d'entre eux, admettent une distinction entre les *sources internes* et les *sources externes*. Pour eux, les sources internes sont les facteurs qui servent à établir les normes juridiques, c'est-à-dire le pouvoir législatif de l'Etat, ou celui des sujets, auquel l'Etat donne la faculté de former le droit.

On a ainsi des sources internes primaires et des sources internes secondaires. Les sources externes sont au contraire, les moyens avec lesquels on exprime la volonté qui crée le droit. Mais cependant dans les schémas de ce genre, on néglige complètement de considérer que la norme juridique n'est pas seulement constituée d'un élément formel, mais également d'un élément substantiel. *L'impératif* est l'élément formel, qui pour le particulier, considéré comme *citoyen*, et par le *magistrat*, le relie immédiatement à la volonté de l'Etat : l'élément substantiel est le contenu de l'impératif ³.

Ora la questione delle fonti non può farsi indistintamente per i due elementi. Perciò io preferisco distinguere tra *fonti formali* e *fonti sostanziali*. Fonti formali sono per me *i modi di espressione della norma giuridica positiva*, cioè le fonti nell'unico senso tecnico possibile ; fonti sostanziali, invece, sono quelle che costituiscono *la materia a cui si attinge il contenuto del precetto giuridico* ⁶. Per ciò che attiene alla seconda categoria di fonti, l'indagine si riferisce a quegli elementi, che, dal punto di vista tecnico, si chiamano « metagiuridici ».

2. Il problema che più interessa per una revisione della dottrina delle fonti è certamente quello relativo alle fonti sostanziali. Appena ci si affaccia a trattare questo problema, si presenta subito dinanzi la lotta antica e sempre viva tra *logos* e storia. Il diritto è puramente un prodotto storico, oppure contiene anche un elemento metempirico ? Noi riteniamo che nel diritto, oltre e al disopra di tutto il suo contenuto storico relativo, vi sia una esigenza razionale perenne.

Perciò giova distinguere tra fonte sostanziale razionale e fonti sostanziali storiche.

Fonte sostanziale razionale è quel dover essere in materia di diritto, che scaturisce dalla immutabile natura razionale dell'uomo. Questa esigenza metempirica, per la quale il diritto positivo acquista la massima efficacia, perchè giunge ad obbligare anche in coscienza, è ciò che con parola tradizionale si chiama *diritto naturale*. Si

Dès lors, la question des sources ne peut pas être considérée séparément pour les deux éléments. Pour cela je préfère distinguer entre *sources formelles* et *sources substantielles*.

Pour moi, les sources formelles, ce sont *les moyens d'expression de la norme juridique positive*, c'est-à-dire les sources de l'unique sens technique possible ; et les sources substantielles au contraire, sont celles qui constituent *la matière à laquelle on puise le contenu du précepte juridique* ⁴. Pour ce qui concerne la seconde catégorie des sources, sa recherche se réfère à des éléments, qui, du point de vue technique, s'appellent *métajuridiques*.

2. Le problème qui intéresse le plus, en vue d'une révision de la doctrine des sources, est certainement celui relatif aux sources substantielles. Dès que l'on commence à examiner ce problème, il se présente à l'instant devant nous, la lutte antique et toujours vivante entre le *logos* et l'histoire. Le droit est-il uniquement un produit historique, ou contient-il aussi un élément métaempirique ? Nous retenons que dans le droit, outre et au-dessus de tout son contenu historique relatif, il y a une existence rationnelle constante. Pour cela, il est bon de distinguer entre source substantielle rationnelle et source substantielle historique.

La source substantielle rationnelle, c'est le devoir d'être, en matière de droit, qui surgit de l'immuable nature rationnelle de l'homme. Cette exigence métaempirique, par laquelle le droit positif acquiert le maximum d'efficacité, parce qu'il parvient à obliger même en conscience, est ce que dans le langage traditionnel on appelle *droit naturel*. On com-

capisce che il termine « diritto » non è qui usato nel senso tecnico dei giuristi, ma in senso filosofico.

Fonti sostanziali storiche sono gli usi sociali, le esigenze economiche, le esigenze politiche, ecc. Queste fonti vengono però sempre valutate in rapporto all'elemento razionale, cioè dal punto di vista del « diritto naturale », che è la fonte sostanziale suprema, cioè quella che illumina e dirige tutto il campo del relativo e del mutevole. L'esigenza metempirica perenne non impedisce la mutazione, l'adattamento alle più diverse circostanze, *il progresso del diritto*. Come non è necessario che la luce si muova, perchè il viandante possa fare il suo cammino.

3. Un progresso considerevole della scienza giuridica, che le permette di affinare e di perfezionare nel modo maggiore le sue indagini, è stato quello che è consistito nel distinguere con precisione l'elemento tecnico-giuridico dagli elementi morali, politici, ecc.⁷. Un tempo gli studî giuridici erano studî di diritto naturale. A questo genere appartiene anche il famoso *Programma* di Francesco Carrara.

Nel movimento di reazione al confusionismo, da parte dei giuristi si è ecceduto sino a negare l'esistenza del diritto naturale. Oggi però, *tenuto ben distinto il problema morale e di carattere razionale dal problema tecnico-giuridico*⁸, la dottrina del diritto naturale, che ha in sè una profonda e innegabile verità (costantemente espressa da tutti coloro che nella giurisprudenza, nella filosofia, nella letteratura sono voluti andare al fondo dello spirito umano), può essere utilmente ripresa in esame⁹. I rapporti fra il diritto e il mondo delle

prend que le terme de « droit » n'est pas employé ici dans le sens technique des juristes, mais dans le sens philosophique.

Les sources substantielles historiques, sont les usages sociaux, les exigences économiques, les exigences politiques, etc... Ces sources cependant sont estimées en rapport à l'élément rationnel, c'est-à-dire, du point de vue du « droit naturel » qui est la source substantielle suprême; c'est-à-dire celle qui illumine et dirige tout le champ du relatif et du mouvant. L'exigence métaempirique constante, n'empêche pas la mutation et l'adaptation aux circonstances les plus diverses, *le progrès du droit*. Comme il n'est pas nécessaire que la lumière bouge, pour permettre au passant de poursuivre son chemin.

3. Un progrès considérable de la science juridique, qui lui permet d'affiner et de perfectionner de la façon la meilleure ses recherches, est celui qui consiste à distinguer de façon précise l'élément juridico-technique des éléments moraux, politiques, etc...⁵. Dans le temps, les études juridiques ont été des études de droit naturel — le fameux *Programme* de Francesco Carrara appartient à ce genre. Dans le mouvement de réaction contre cette confusion les juristes sont allés jusqu'à nier l'existence du droit naturel. Aujourd'hui cependant, *en considérant bien distinctement l'élément moral et l'élément de caractère rationnel du problème juridico-technique*⁶ la doctrine du droit naturel, qui a en elle-même une profonde et indéniable vérité (constamment exprimée par tous ceux qui, dans la jurisprudence, dans la philosophie ou dans la littérature ont voulu atteindre le tréfonds de l'esprit humain) peut être utilement

idee morali hanno una importanza formidabile per il bene dell'uomo e della società. E la *élite* nuova, che si viene formando nel campo degli studi e della vita forense, in mezzo a tanti nuovi avvenimenti, torna ad aver sete di queste discussioni. Esse s'inquadrano nella *tendenza al ritorno alla metafisica e all'obiettività*.

4. Il diritto naturale è altra cosa dal *diritto ideale*, di cui parlano taluni giuristi ¹⁰. Il diritto ideale risponde ad una *concezione del tutto soggettiva* in ordine al dover essere del diritto ; così per Enrico Ferri sarebbe stato un diritto penale ideale quello conforme ai postulati della scuola positiva. Se accanto al diritto positivo non ci fossero che tanti diritti ideali, mancherebbe una base oggettiva a sostenere il diritto e fra i diversi ideali giuridici non deciderebbe che la forza. Invece non è così. Il diritto positivo ha per suo fondamento *un complesso di regole morali oggettive e immutabili*, il quale fornisce anche il criterio più alto per la valutazione di esso. Questo particolare complesso di regole morali è il così detto *diritto naturale*.

Si noti che il diritto naturale non si identifica con la *morale sociale*. Esso forma solo una parte della morale sociale ; quella che si limita al campo della *giustizia*. Nel campo della giustizia rientrano solo le esigenze essenziali della vita in società ; quelle cioè *strettamente necessarie*, perchè la società possa esistere utilmente ¹¹.

E' vero che la ricerca dell'essenza intima del diritto è compito soprattutto filosofico. Quel grande pratico del diritto, gloria del

reprise en examen ⁷. Les rapports entre le droit et le monde des idées morales, ont une importance formidable pour le bien de l'homme et de la société. Et l'*Elite* nouvelle qui est en train de se former dans le champ des études et de la vie du barreau, au milieu de tant d'événements, reprend à avoir soif de ces discussions. Elles s'encadrent dans la *tendance au retour à la métaphysique et à l'objectivité*.

4. Le droit naturel est autre chose que le *droit idéal*, dont parlent certains juristes ⁸. Le droit idéal répond à une *conception totalement subjective* quant à ce qui doit être le droit ; ainsi pour Enrico Ferri, le droit pénal idéal, aurait été le droit conforme aux postulats de l'Ecole positive. Si, à côté du droit positif, il n'y avait que tant de droits idéaux, il manquerait une base objective à soutenir le droit, et entre les divers idéaux juridiques, il n'y aurait que la force pour décider. Mais il n'en est pas ainsi ; le droit positif a pour fondement, un *ensemble de règles morales, objectives et immuables*, lequel fournit également le critère le plus haut, pour son estimation même. Cet ensemble particulier de règles morales est ce qu'on nomme *droit naturel*.

On doit remarquer que le droit naturel, ne s'identifie pas avec la morale sociale. Celui-ci forme seulement une partie de la morale sociale, celle qui se borne au champ de la *justice*. Dans le champ de la justice, rentrent seulement les exigences essentielles de la vie en société, c'est-à-dire, celles strictement nécessaires, pour que la société puisse exister utilement ⁹.

Il est vrai que la recherche de l'essence intime du droit, est une tâche, surtout philosophique. Et ce grand praticien du droit, gloire du

mondo antico, che risponde al nome di Cicerone, quando si fa ad indagare l'origine profonda del diritto, non omette di rilevare che si tratta di « *aliquid uberius quam forensis usus desiderat* »¹². Tuttavia la questione è di grande importanza anche per il giurista. Perchè il giurista, specie nel diritto penale, non può, se vuol fare opere feconde, non tener presente, come necessaria integrazione del suo lavoro, anche il contenuto della legge. Se forma e contenuto logicamente si distinguono, tuttavia rimangono legati da nessi insopprimibili. In diritto penale *non può esser trascurato il riferimento alla materia etico-sociale e politica della legge*; altrimenti il metodo tecnico-giuridico si presta facilmente all'accusa di insufficienza e di sterilità¹³. Purchè però non si pretenda che il metodo giuridico dia fondo all'universo!

5. A malgrado delle diverse tendenze del pensiero di oggi, la dottrina del diritto naturale incontra sempre fra i giuristi ostacoli e obiezioni.

Prima di tutto viene la questione se il diritto abbia o no il suo fondamento nell'etica. Quanto a questo punto, autorevolissimi giuristi sono d'accordo nel ritenere che il nucleo essenziale del diritto sia dato dal *minimo etico*¹⁴. Fra i penalisti, il Manzini dà alla teoria del minimo etico specialissimo rilievo e la chiama senz'altro una « induzione solida quanto ben poche altre nelle scienze nostre »¹⁵. E allora la questione non è che di parole.

L'obiezione più grave è quella che si fa contro l'immutabilità

monde ancien, qui répond au nom de Cicéron, quand il recherche l'origine profonde du droit, n'omet pas de remarquer qu'il s'agit de *aliquid uberius quam forensis usus desiderat*.

Cependant la question est d'une grande importance, même pour le juriste. C'est pourquoi le juriste, surtout en droit pénal, ne peut pas, s'il veut faire œuvre féconde, ne pas considérer comme un élément nécessaire de son travail, le contenu même de la loi. Si logiquement, la forme et le contenu se distinguent, cependant ils restent liés par des attaches que l'on ne peut pas supprimer.

En droit pénal, *on ne peut pas négliger le rapport à la matière éthico-sociale et politique de la loi*; autrement la méthode technique juridique se prête facilement à l'accusation d'insuffisance et de stérilité¹⁰.

Cela reviendrait à prétendre que la méthode juridique donne fond à l'univers!

5. Malgré les diverses tendances de la pensée, la doctrine du droit naturel rencontre toujours chez les juristes, des obstacles et des objections. Tout d'abord, la question se pose de savoir, si le droit a ou non son fondement dans l'éthique. Sur ce point, de très remarquables juristes sont d'accord pour croire que le noyau essentiel du droit est donné par le *minimum éthique*¹¹. Parmi les pénalistes, Manzini donne à la théorie du *minimum éthique* un relief spécial et l'appelle sans plus « une induction solide » plus que bien d'autres, dans nos sciences¹². Dans ce cas la question ne roule que sur des mots. L'objection la plus grave, est celle que l'on dirige contre l'immutabilité du droit naturel. Cette

del diritto naturale. Obiezione che dal pensiero greco in poi sempre si rinnova in questo dibattito. Pur ammessa la sfera delle regole morali di giustizia alla base del diritto, si afferma che tale sfera risulta di elementi del tutto variabili e contingenti ¹⁶.

Oltre i principî universalissimi di giustizia (dà a ciascuno il suo ; fa il bene ed evita il male), vi sono precetti concreti, che da essi si derivano immediatamente, e che sono invariabili, perchè intimamente connessi con l'essenza razionale dell'uomo. Per esempio, non uccidere, non rubare, non commettere adulterio, ecc. Le pretese eccezioni, che si afferma sussistano per taluni di questi precetti, e che sarebbero date dalla legittima difesa, dallo stato di necessità e simili, *non sono eccezioni*, ma circostanze che delimitano, nella sua precisa portata, il valore dei precetti stessi. Difatti, nel caso di legittima difesa o di stato di necessità *la materia è diversa* e i precetti di cui si tratta non sono più violati ¹⁷.

Si oppone anche che la coscienza della moralità o immoralità di certi atti è diversa da popolo a popolo. Per esempio, il Croce afferma che gli antropofagi mangiano il loro simile con la coscienza assoluta di sentirsi onestissimi e che compiono tale atto con la stessa tranquillità con cui noi mangiamo un pollo arrosto ¹⁸. Ma qui si confonde la legge naturale con la sua espressione nella coscienza. Le due cose son talmente distinte che è possibilissimo che la coscienza si sbagli e prenda per vera una massima falsa. La legge naturale è qualche cosa di obiettivo e di assoluto ; *la sua espressione nella*

dernière objection, se renouvelle toujours, dans ce débat, depuis la pensée grecque. Tout en admettant la sphère des règles morales de justice à la base du droit, on affirme qu'une telle sphère résulte d'éléments totalement variables et contingents ¹³.

Outre les principes très universels de justice (donne ce qui lui est dû à chacun, fais le bien et évite le mal), il y a d'autres préceptes concrets, qui dérivent immédiatement d'eux, et qui sont invariables, parce qu'ils sont intimement connexes avec l'essence rationnelle de l'homme. Par exemple : ne pas tuer, ne pas voler, ne pas commettre d'adultère. Les prétendues exceptions, dont on affirme l'existence pour certains préceptes, et qui seraient données par la légitime défense, par l'état de nécessité et d'autres encore, *ne sont pas des exceptions*, mais des circonstances, qui délimitent dans sa portée précise, la valeur des préceptes mêmes. En effet, dans le cas de légitime défense ou dans le cas de nécessité, *la matière est différente*, et les principes dont il s'agit, ne sont plus violés ¹⁴.

On oppose également que la conscience de la moralité ou de l'immoralité de certains actes, est bien diverse de peuple à peuple. Par exemple, M. Croce affirme que les anthropophages mangent leur semblable avec la conscience absolue d'être très honnêtes, et qu'ils accomplissent un tel acte, avec la même tranquillité, avec laquelle nous mangeons un poulet rôti ¹⁵.

Mais ici, on confond la loi naturelle, avec son expression dans la conscience. Les deux choses sont tellement distinctes, qu'il est très possible que la conscience se trompe et prenne pour vraie, une maxime fausse. La loi naturelle est quelque chose d'objectif et d'absolu : son

coscienza non è che un fatto psicologico, condizionato dalla umana limitazione.

Insomma vi sono norme che si impongono per una esigenza razionale e che hanno valore in sè e per sè. Esse rimangono come qualche cosa di fisso e di immobile al disopra di tutto ciò che è contingente, relativo, storico. Se queste norme non ci fossero, l'umanità mancherebbe di una direzione ferma e non saprebbe dove andare ; noi non avremmo un criterio per misurare e valutare la maggiore o minore perfezione di un ambiente o di un'epoca.

E' inutile che io insista ancora nel ricordare che non si devono confondere i principî di giustizia con *le particolari applicazioni*, che di essi si fanno nel diritto positivo. Queste particolari applicazioni non appartengono all'elemento stabile e metempirico del diritto, ma sono del tutto sul terreno storico ; quindi sono contingenti e variabili. Così un codice penale può punire anche il furto minimo ; un altro può stabilire che sia perseguito solo a querela di parte ; un altro ancora stabilire espressamente che in tal caso l'autore del fatto vada esente da pena. *Le particolari applicazioni della legge naturale costituiscono l'aspetto caratteristico della legge positiva*, la quale determina ogni cosa minutamente. Si capisce che il diritto positivo contiene anche disposizioni indifferenti dal punto di vista del diritto naturale (le quali però in casi concreti possono diventare moralmente rilevanti) e talora, in pura linea di fatto, anche contraddittorie al principio morale.

Qualche autore obietta anche essere il diritto naturale un non esistente, una mera immaginazione, un fantasma, perchè nella

expression dans la conscience, n'est qu'un fait psychologique, conditionné par des limites humaines.

En somme, il y a des normes qui s'imposent par une exigence rationnelle et qui ont une valeur en elles et pour elles. Celles-ci restent comme quelque chose de fixe et d'immobile au-dessus de tout ce qui est contingent, relatif, historique. Si ces normes n'existaient pas, l'humanité manquerait d'une direction ferme et ne saurait plus où aller : nous n'aurions pas un critère pour mesurer et estimer la plus grande ou la moindre perfection d'un milieu ou d'une époque. Il est inutile que j'insiste encore en rappelant qu'on ne doit pas confondre les principes de justice avec les *applications particulières* que l'on fait d'eux en droit positif. Ces applications particulières n'appartiennent pas à l'élément stable et métaempirique du droit, mais elles sont totalement sur le terrain historique ; donc, elles sont contingentes et variables. Ainsi un code pénal peut punir un vol même minime, un autre code peut établir, que dans ce cas, on ne sera poursuivi qu'à la suite d'une plainte et un autre encore qu'un tel fait ne sera pas punissable. *Les applications de la loi naturelle constituent l'aspect caractéristique de la loi positive* laquelle détermine toute chose minutieusement. On comprend que le droit positif contienne également des dispositions indifférentes du point de vue du droit naturel (lesquelles cependant dans les cas concrets, peuvent devenir moralement relevantes) et parfois en pure ligne de fait, même contradictoires au principe moral. Certains auteurs nient l'existence du droit naturel et le considèrent de pure imagination, un

realtà non esistono che tanti diritti positivi ¹⁹. E' verissimo che nella realtà non esistono che i varî diritti positivi. Ma in tutti i varî diritti positivi più o meno si riscontrano elementi comuni. Ciò avviene perchè tali elementi comuni sono indipendenti dai singoli ordinamenti giuridici positivi e si ricollegano, invece, all'esigenza razionale, per cui certe norme *debbono* essere. Non do, si badi, una immutabilità speciale alle norme del diritto naturale ; do ad esse *quella immutabilità che si dà alle norme razionali*. Certamente una filosofia che non ammette la immutabilità delle norme razionali non può riconoscere nel diritto una esigenza metempirica di carattere perenne. Per una simile filosofia la giustizia non esiste per sè stessa ; è il risultato dell'opinione, del costume, dell'interesse. Ma noi tutti sentiamo che con questa concezione scricchiolano le basi stesse della legge, della società, del dovere, dell'autorità.

Nessuno può contestare che l'uomo ha da natura una essenza razionale. Malgrado tutte le dissimiglianze che possono esistere fra gli uomini, elemento comune a tutti è la ragione. E questa è una caratteristica perenne dell'uomo. Ma l'uomo è un essere socievole, e la società esige vincoli e limitazioni. Questi vincoli e queste limitazioni, nella umana società, non possono non essere governati dalla ragione. Siccome la ragione è immutabile, *i vincoli sociali essenziali* debbono necessariamente consistere in massime immutabili.

6. Essendo una caratteristica delle fonti sostanziali quella di costituire la materia a cui si attinge il contenuto del precetto giuri-

vrai fantôme, parce que dans la réalité il n'existe que des droits positifs ¹⁶.

Il est très vrai que dans la réalité, il n'existe que divers droits positifs, mais dans tous les droits positifs, on rencontre plus ou moins des éléments communs, qui sont indépendants des ordres juridiques particuliers positifs, et se réunissent au contraire dans l'exigence rationnelle parce que, certaines normes *doivent être* ; je ne donne pas, on le remarquera, une immuabilité spéciale aux normes du droit naturel, je ne leur donne que *l'immuabilité qu'on donne aux normes rationnelles*. Il est certain, qu'une philosophie qui n'admet pas l'immuabilité des normes rationnelles, ne peut reconnaître dans le droit une exigence métémpirique de caractère perpétuel. Pour une semblable philosophie, la justice n'existe pas pour elle-même, mais elle est le résultat de l'opinion, de la coutume, de l'intérêt. Mais nous nous apercevons, qu'avec cette conception, les bases de la loi, de la société, du devoir, et de l'autorité, sont bien fragiles. Personne ne peut contester, que l'homme a de par sa nature une essence rationnelle ; et ceci malgré les dissemblances existantes entre les hommes, dont l'élément commun à tous, est la raison. Et celle-ci est une caractéristique constante de l'homme. Mais l'homme est un être sociable et la société exige des limitations et des liens. Ces liens et ces limitations, dans la société humaine, ne peuvent pas être gouvernés par la raison seulement. La raison étant immuable, les liens sociaux essentiels doivent nécessairement consister en maximes immuables.

6. Une des caractéristiques des sources substantielles, étant celle de constituer la matière dans laquelle on puise le contenu du précepte

dico, non c'è dubbio che il diritto naturale, o esigenza di giustizia che dir si voglia, debba riguardarsi come fonte sostanziale nel momento della formulazione legislativa del diritto. Certamente per il legislatore il diritto naturale non è causa produttiva del diritto, perchè causa che pone il diritto (in senso tecnico) è solo la volontà del legislatore ²⁰. Ma il legislatore può fare quello che vuole sino ad un certo punto ; egli non può non essere vincolato nella sua attività ai dettami profondi della coscienza morale. L'esperienza della storia insegna che il diritto sradicato dalle sue basi etiche, per un capriccio o per un arbitrio dei governanti, si riduce ad essere un imperativo sterile e nullo, destinato prima o poi a cadere.

E' evidente, inoltre, che l'attuale *orientamento etico-religioso dello Stato* non può fare a meno di imporre al legislatore di ricorrere più spesso di prima, e con maggior convinzione di prima, all'elemento morale, come fonte sostanziale delle norme giuridiche.

Ma specialmente in diritto penale assume rilievo il contenuto etico del diritto. C'è tutta una classe di reati, la quale è costituita da fatti che, oltre l'imperativo giuridico, violano norme morali fondamentali, scritte nella coscienza di ognuno, e accolte dal legislatore anche senza una particolare elaborazione tecnica (come avviene, per esempio, nell'omicidio). In questi casi *la legge penale, in sostanza, non è che sanzionatoria di norme etiche fondamentali*. E perciò l'accadimento dei fatti in esame suscita una intensa reazione morale nella coscienza del popolo ; reazione, la quale si manifesta talvolta in forme così violente che il reo a stento può esser messo in salvo dagli agenti della forza pubblica ²¹.

juridique, il n'y a pas de doute, que le droit naturel, ou l'exigence de justice comme on pourrait l'appeler, doit être considéré comme une source substantielle dans le moment de la formulation législative du droit. Il est certain que pour le législateur, le droit naturel n'est pas une cause productive du droit, parce que, au sens technique, la seule cause du droit n'est rien d'autre que la volonté du législateur ¹⁷. Mais le législateur, ne peut faire ce qu'il veut que jusqu'à un certain point, car il ne peut pas se délivrer dans son activité des inspirations de sa conscience morale.

L'expérience de l'histoire nous enseigne, que le droit, privé de ses bases éthiques, par un caprice ou par l'arbitraire des gouvernants, se réduit à être un impératif stérile et nul, destiné à disparaître, tôt ou tard. Il est évident en outre, que l'orientation actuelle, éthico-religieuse de l'Etat, ne peut qu'imposer au législateur, de recourir plus souvent que par le passé et avec une plus grande conviction, à l'élément moral, comme source substantielle des normes juridiques.

C'est surtout en droit pénal, que le contenu éthique du droit, prend relief. Il y a toute une classe de délits, qui est constituée par des faits, qui, outre l'impératif juridique, violent également des normes morales fondamentales, écrites dans la conscience de chacun et accueillies par le législateur sans une spéciale élaboration technique, comme il arrive par exemple pour l'homicide. Dans ces cas, la loi pénale en substance, n'est que le sanctionnement de normes éthiques fondamentales. Et c'est pour cela que la survenance de ces faits et même la mise en examen de leur existence suscitent une intense réaction morale dans la conscience du

Questi reati hanno generalmente per il giurista il nome stesso che dà loro l'uomo del popolo e il vocabolario comune : omicidio, furto, ecc. Sono essi che formano la parte tipica e permanente del diritto penale. Si noti però che i precetti morali hanno un carattere generale ; onde accade che sul terreno giuridico uno solo di essi può prestare il contenuto a molteplici incriminazioni specifiche. Così il settimo comandamento del Decalogo non dà materia solo al divieto del furto, ma anche al divieto dell'appropriazione indebita, del peculato, ecc.

7. Più interessante è l'indagine che concerne la funzione delle fonti sostanziali nel momento dell'applicazione giudiziaria del diritto.

Limitando l'osservazione e la ricerca al diritto penale, è noto che — fatta eccezione per l'Inghilterra e per qualche altro paese di minore importanza — nello stadio attuale dell'evoluzione storica tale branca del diritto ha raggiunto un carattere di spiccata legalità ; è costituita di formule minute, scrupolosamente circostanziate, di tipo piuttosto rigido.

Sembrerebbe così che nelle fonti formali del diritto punitivo fosse tutto dettagliatamente preveduto, per modo che il giudice non avrebbe che il compito quasi meccanico della pura e semplice applicazione delle leggi e dei regolamenti, senza aver mai bisogno di ricorrere a fonti sostanziali. Invece un esame più approfondito della realtà ci dimostra che anche nelle nostre legislazioni penali moderne rimane una finestra aperta al diritto naturale come fonte sostanziale

peuple, réaction qui se manifeste parfois en des formes si violentes, que le délinquant, doit être protégé par les agents de la force publique ¹⁸.

Ces délits ont pour le juriste, le même nom qui leur est donné par l'homme du peuple et le dictionnaire commun : homicide, vol, etc... Ce sont eux qui forment la partie typique et permanente du droit. Remarquons cependant que les préceptes moraux ont un caractère général ; d'où il arrive que sur le terrain juridique, un seul d'entre eux peut prêter son contenu, à des multiples incriminations spécifiques. Aussi le septième commandement du décalogue ne défend pas seulement le vol, mais également l'appropriation indue, le péculet, etc...

7. La recherche qui concerne la fonction des sources substantielles dans le moment de l'application judiciaire du droit, est plus intéressante.

En limitant l'observation et la recherche au droit pénal, il est notoire que, à l'exception de l'Angleterre et de quelques autres pays, de moindre importance, dans le stade actuel de l'évolution historique, une telle branche du droit est parvenue à un caractère de légalité très marquée. Elle est constituée de formules, scrupuleusement circonstanciées, d'un type plutôt rigide. Il semblerait ainsi que dans les sources formelles de droit punitif, tout a été prévu en détail, de manière que le juge n'aurait plus que la tâche presque mécanique de la simple application de la loi et des règlements, sans avoir jamais besoin de recourir aux sources substantielles. Mais après un examen approfondi de la réalité, on voit, que même dans nos législations pénales modernes, il y a toujours une fenêtre ouverte sur le droit naturel, comme source sub-

di diritto ²². Quantunque la legge sia minuta e dettagliata, non può non rilasciare un margine ai poteri discrezionali del giudice ; margine, che nella evoluzione del diritto penale tende ad ampliarsi, come ne fa prova anche il progetto Rocco. E' chiaro che, entro la sfera di questi poteri discrezionali, il giudizio deve servirsi per la sua decisione di un criterio che non è contenuto nella legge, cioè *di un principio che non è giuridico in senso tecnico*. Formalmente è la volontà dell'organo dello Stato che decide ; in forza di questa volontà ciò che è ritenuto giusto nel caso concreto acquista il carattere della imperatività giuridica. Ma non c'è dubbio che la fonte, a cui si attinge il contenuto di questa concreta decisione, sia il principio morale di giustizia, che sta a fondamento del diritto.

Il legislatore, affidando al giudice un potere discrezionale, dà a questi facoltà di valersi di quella stessa fonte sostanziale, di cui esso legislatore si vale allorchè pone le norme giuridiche. Ciò, si capisce, quando la discrezionalità implichi un appezzamento di carattere morale (discrezionalità pura), non di carattere tecnico (discrezionalità tecnica ; es. art. 205 cod. proc. pen.) ²³. Nel caso della discrezionalità pura, è rimesso al giudice di dire non solo ciò che è conforme alla legge, ma, per di più, ciò che è giusto nella specie sottoposta al suo esame.

In materia penale l'esempio più saliente di discrezionalità pura è dato dalla facoltà che ha il giudice di determinare in concreto la pena entro la latitudine che la legge consente.

8. Fin qui si tratta di casi in cui è il diritto positivo che con-

stantielle de droit ¹⁹. Quelque détaillée et minutieuse que soit la loi, on ne peut priver les juges de certains pouvoirs discrétionnels et cette dernière prérogative du magistrat a, dans l'évolution actuelle du droit pénal, une certaine tendance à l'amplifier, comme le démontre d'ailleurs le récent projet de M. Rocco. Il est clair que, dans la sphère des pouvoirs discrétionnaires, le juge doit se servir pour sa décision, d'un critère qui n'est pas contenu dans la loi c'est-à-dire d'un *principe*, qui au *sens technique*, *n'est pas juridique*. Formellement, c'est la volonté de l'organe de l'Etat qui décide: et par la force de cette volonté, ce qui a été retenu pour juste dans le cas concret, acquiert l'impératif juridique. Mais il n'y a pas de doute, que la source à laquelle on puise le contenu de cette décision concrète soit le principe moral de la justice, qui est le fondement du droit. Le législateur en confiant au juge un pouvoir discrétionnaire, lui donne la faculté de faire valoir cette même source substantielle, dont le législateur s'est servi lui-même pour donner des normes juridiques. Ceci se comprend, quand la discrétionnalité implique une appréciation de caractère moral (discrétionnalité pure) non de caractère technique (discrétionnalité technique, par exemple les articles 205 du code de proc. pénale) ²⁰. Dans le cas de la discrétionnalité pure, il est au pouvoir du juge de dire non seulement ce qui est conforme à la loi, mais en plus ce qui est juste dans le cas soumis à son examen.

En matière pénale, l'exemple le plus marquant, de la discrétionnalité pure, est donné par la faculté qu'a le juge de déterminer la peine, dans la latitude que la loi concède.

8. Jusqu'ici, il s'agissait de cas, où c'est le droit positif qui confère

ferisce al giudice il potere di fare valutazioni di giustizia e di equità. Ma il giudice potrà ricorrere alla ragione naturale, a prescindere da un rinvio esplicito o implicito da parte del legislatore ?

Qui la questione si fa più difficile. Ma, se non si vuol rimanere in un campo del tutto astratto (posizione che molti scrittori tedeschi bollano col nome di *Weltfremdheit der Juristen*), bisogna rispondere che ciò talvolta avviene, perchè il magistrato, dovendo esplicitare praticamente l'attività di giustizia, non può fare a meno di vivere e tradurre nella realtà quella che è l'idea animatrice e la sostanza eterna del diritto.

Mi fermo a rapidi cenni, perchè la discussione viene qui a toccare punti che sarebbero suscettibili di ampî sviluppi.

In materia penale, dato il carattere di stretta legalità a cui essa è improntata, non ritengo possibile che il giudice possa colmare lacune del diritto in base alla *naturalis ratio* ²⁴ ; ma possono ben aversi decisioni solo in apparenza (per un artificio di metodo) conformi al testo di legge, e persino decisioni contro la legge.

Un esempio del primo caso lo può offrire, fra i molti, un'assoluzione per furto minimo, a cui il magistrato è costretto dalla sua coscienza, per le circostanze speciali che accompagnano il fatto. La sentenza si fonderà, sì, sulla mancanza di questo o di quell'estremo richiesto dall'art. 402 cod. pen., oppure sul difetto del dolo, oppure sull'esistenza di uno stato di necessità ; ma in realtà sarà stato il *bonum et aequum*, cioè il diritto naturale, la fonte a cui il legislatore avrà attinto, prima di richiamarsi in un modo o nell'altro alla legge ²⁵.

au juge le pouvoir de faire des estimations de justice et d'équité. Mais le juge pourra-t-il recourir aussi à la raison naturelle, en dehors d'un renvoi explicite ou implicite de la part du législateur ? Ici la question devient plus difficile, mais si on veut rester dans un champ strictement abstrait (position que beaucoup d'auteurs allemands qualifient du nom de *Weltfremdheit der Juristen*), il faut répondre que parfois il arrive que le magistrat devant réaliser pratiquement l'activité de la justice, ne peut pas faire autrement que traduire dans la réalité l'idée animatrice, qui est la substance éternelle du droit. Je me borne à donner des indications sommaires, parce que la discussion arrivée à ce point demanderait de trop amples développements. En matière pénale, en considération du strict caractère de légalité dont cette matière est imprégnée, je ne crois pas possible que le juge puisse combler des lacunes du droit sur la base de la *naturalis ratio* ²¹, mais je crois qu'on peut prendre des décisions qui ne sont qu'en apparence, conformes à la loi (par un artifice de méthode) et même des décisions contre la loi. Ce qui pourrait être un exemple pour le premier cas, parmi les nombreux qu'on pourrait choisir, c'est l'acquiescement pour un vol minime, auquel le magistrat est contraint par sa conscience, en considération des circonstances spéciales qui accompagnent le fait. Le jugement se basera il est vrai, sur l'absence de l'un ou l'autre des éléments, requis par l'article 402 du code pénal, ou sur l'absence de fraude, ou sur l'existence d'un état de nécessité, mais en réalité il aura établi le *bonum et aequum*, c'est-à-dire le droit naturel, la source à laquelle aura puisé le législateur, avant de se relier à la loi par l'un ou l'autre des détours indiqués ²².

Di decisioni addirittura contro il diritto in materia penale ne offrono così non infrequenti i giudizi di Assise. E' vero che la riforma in corso, dovuta all'opera illuminata e indefessa del Ministro Rocco, vi porrà rimedio ; ma ciò non toglie che, come realtà di fatto, noi possiamo prendere la cosa in considerazione. Per fare un esempio, dirò che anche nella mia esperienza professionale mi è capitato che i giurati abbiano riconosciuto la sussistenza della corruzione di minorenni (art. 335 cod. pen., cpv.), invece degli atti di libidine (art. 333 cod. pen., cpv.), pur essendo la parte lesa minore di dodici anni (violenza presunta), sol perchè, essendo il fatto aggravato per la qualità personale dell'imputato (maestro elementare), date anche le speciali circostanze concrete, sembrava loro che le conseguenze giuridiche fossero troppo forti.

9. Diversa dall'influenza che l'elemento morale esercita nel diritto come origine del contenuto dell'imperativo giuridico è l'influenza che all'elemento medesimo spetta come mezzo di interpretazione.

Quantunque il fenomeno si verifichi in ogni ramo del diritto (i pratici sanno bene l'importanza che ha il così detto *fondo morale* della causa), forse in diritto penale esso assume una importanza del tutto caratteristica. Ciò perchè in questo campo, come ho già dimostrato, i nessi fra la norma giuridica e il mondo morale sono in ispecial modo profondi ²⁶.

De décisions totalement contraires au droit, en matière pénale, on trouve couramment des exemples dans les jugements de la Cour d'Assise. Il est vrai que la réforme en outre, due à l'œuvre éclairée et infatigable du ministre Rocco, y mettra remède : mais cela n'empêche, que nous pouvons les prendre en considération, comme réalité de fait. Pour donner un exemple, je dirai que même dans mon expérience professionnelle il m'est arrivé dans un cas, que les jurés, ayant reconnu l'existence de la corruption d'enfant mineur (article 335, code pénal, c. p. v.) et tout en ne le considérant pas comme un acte de lascivité (article 333, code pénal, c. p. v.) la partie lésée étant jeune de douze ans (violence présumée) le fait étant aggravé par la qualité personnelle de l'accusé (instituteur primaire) et étant données les circonstances concrètes spéciales, ils ont adopté la deuxième version contre la loi, uniquement dans la crainte, que les conséquences juridiques de la première fussent trop graves.

9. L'influence que l'élément moral exerce dans le droit, comme origine du contenu de l'impératif juridique est bien différente de l'influence de ce même élément comme moyen d'interprétation. Quoique ce phénomène se vérifie dans toutes ces branches du droit (les praticiens savent bien, l'importance qu'exerce le *fond moral* de la cause) il se peut qu'en droit pénal il ait une importance plus caractéristique. Et ce, parce que dans ce champ, comme je l'ai déjà démontré, les connexions entre la norme juridique et le monde moral sont d'une façon spéciale plus profondes.

Etant donné, la matière morale à laquelle la loi répressive se réfère

Ora, data la materia morale a cui la legge repressiva in gran parte si riferisce, è naturale che il giudice penale debba fare valutazioni etiche nel suo lavoro di interpretazione e di applicazione. Se ciò avviene sempre e dovunque, tanto più aumenta l'importanza di tali valutazioni etiche, quando lo Stato abbia (ed è precisamente ciò che si verifica oggi in Italia, per la restaurazione dei valori morali operata dal Fascismo) un netto orientamento etico-religioso.

10. Sulle questioni attinenti alle fonti sostanziali storiche non posso che soffermarmi brevemente, perchè se no andrei oltre i limiti che la pazienza del lettore può consentirmi.

Come fonte sostanziale storica, in diritto penale ha particolare importanza *l'elemento politico*. Ogni codice penale ha il suo caratteristico sfondo politico. Basta confrontare il codice sardo del 1859 col codice Albertino del 1839, il progetto Rocco col codice Zanardelli. Dipende dalla politica che vi siano o no certe figure di reati, che il campo d'applicazione delle misure di sicurezza sia più ampio oppure più ristretto, ecc. ecc. Lo stesso contrasto fra le « scuole » si compone in un modo o in un altro, a seconda delle soluzioni d'ordine politico, dalle quali si procede.

Dato questo substrato politico del diritto punitivo, l'elemento politico assume anche un ufficio notevole come mezzo d'interpretazione della legge penale ²⁷.

en grande partie, il est naturel que le juge pénal, doive faire des estimations éthiques dans son travail d'interprétation et d'application. Si ceci arrive toujours et partout, l'importance des estimations éthiques augmente encore beaucoup plus quand l'Etat a une orientation nettement éthique-religieuse (comme c'est le cas aujourd'hui en Italie par suite de la restauration des valeurs morales, réalisée par le fascisme)

10. Sur les questions relatives aux sources substantielles historiques, je ne peux en parler que brièvement, car dans le cas contraire, je craindrais dépasser les limites de la patience que le lecteur de ces lignes aura bien voulu m'accorder.

Comme source substantielle historique en droit pénal, l'élément politique a une importance particulière. Il suffit d'ailleurs, de comparer le code sarde de 1859 avec le code albertinien de 1839 et le projet Rocco avec le code de Zanardelli.

Cela dépend de la politique, si l'on considère plus ou moins certains délits, à des moments donnés, ou si le champ d'application des mesures de sûreté est plus ample ou plus restreint, etc...

Le même contraste se dessine entre les « Ecoles » d'une façon ou d'une autre, selon les solutions d'ordre politique dont elles procèdent. Etant donné ce substratum politique du droit répressif, il en ressort également que l'élément politique joue un rôle notable comme moyen d'interprétation de la loi pénale ²⁸.

11. La consuetudine è una fonte formale oppure una fonte sostanziale ?

La questione delle fonti formali o sostanziali *giuridicamente* deve tutta risolversi sulla base del concetto del diritto in senso tecnico. Fonti formali sono quelle da cui nasce il diritto positivo ; fonti sostanziali quelle da cui deriva o può derivare il contenuto del diritto positivo.

Il concetto di diritto positivo si riconnette a quello di autorità. Ma che caratteristiche deve avere questa autorità ? Qui è il nocciolo del problema. Perchè la norma abbia una forza obbligatoria assoluta, e cioè sia *diritto*, essa deve esser posta da una autorità, la quale, entro i limiti della sua competenza e sotto l'aspetto giuridico-formale, sia dotata di un *potere incondizionato, massimo, assoluto*. Un' autorità, che abbia queste caratteristiche, può anche non esser lo Stato. Secondo me (come ho accennato da principio, in nota), elemento specifico del diritto positivo è la espressione della volontà dello Stato o di un potere ad esso equivalente.

La forma scritta non è essenziale al diritto positivo, come è dimostrato dalla storia e dallo studio della vita sociale dei diversi popoli. Però la consuetudine nel diritto civile, commerciale, ecc. ²⁸ non è posta dalla *volontà dello Stato* ²⁹. Questo fa solo rinvio alla consuetudine nel diritto positivo, come potrebbe farlo per il diritto naturale ³⁰ a per le valutazioni politiche. Perciò la consuetudine è una fonte sostanziale ³¹.

12. In conclusione, queste mie modeste riflessioni sulle fonti del

11. La coutume est-elle une source formelle ou une source substantielle ?

La question des sources formelles ou substantielles juridiquement doit se résoudre en totalité sur la base du concept du droit au sens technique. Les sources formelles sont celles qui donnent naissance au droit positif et les sources substantielles celles dont dérive ou peut dériver le contenu du droit positif. Le concept du droit positif coïncide avec celui d'autorité. Mais quelle caractéristique cette autorité doit-elle avoir ? Voilà le noyau du problème. Pour que la norme ait une force obligatoire absolue, c'est-à-dire pour qu'elle soit du droit, elle doit être imposée par une autorité, qui, entre les limites de sa compétence, et sous l'aspect juridique formel, soit douée d'un pouvoir inconditionné, maximum, absolu. Une autorité, qui a ces caractéristiques, peut ne pas être l'Etat. A mon avis, (comme je l'ai déjà indiqué en note) l'élément spécifique du droit positif, est l'expression de la volonté de l'Etat ou d'un pouvoir lui équivalent. La forme écrite, n'est pas essentielle au droit positif, comme il est démontré par l'histoire et par l'étude de la vie sociale des différents peuples. En effet la coutume en droit civil, commercial, etc... ²⁴ n'est pas sortie de la volonté de l'Etat ²⁵. Celui-ci renvoie seulement à la coutume dans le droit positif, comme il pourrait le faire pour le droit naturel ²⁶ ou pour les estimations politiques. Donc la coutume est une source substantielle ²⁷.

12. En conclusion, mes modestes réflexions sur les sources de droit,

diritto dimostrano quanto siano vere le parole dell'Orlando, da cui sono partito. Sol che voglia andare un po' a fondo, l'indagine del giurista tocca inevitabilmente il campo delle grandi questioni, in cui il mondo del pensiero più che mai *scinditur incertus studia in contraria* ! Una soluzione dev'essere comunque data, a malgrado delle nebbie e delle bufere, che in certe altezze s'incontrano. Essa è *un presupposto di tutto il lavoro tecnico del giurista* ³². Per questo nessun giurista può prescindere da considerazioni filosofiche. Il determinare i principî filosofici, di cui il giurista ha bisogno, è appunto l'ufficio della filosofia del diritto.

Disciplina, questa, che, se da parte dei giuristi cade giustamente in dispregio, quando cavalca le nuvole o procede senza rigore di pensiero o parla un linguaggio incomprensibile ai miseri mortali ; adempie, invece, una funzione indispensabile, quando è severa nelle indagini e rimane aderente alle esperienze e in bisogni, di cui la vita del diritto è intessuta.

démontrent combien les paroles d'Orlando que j'ai citées au début de ce texte sont vraies.

La recherche du juriste, pour peu qu'elle veuille aller au fond des choses, touche inévitablement le champ des grandes questions, où le monde de la pensée plus que jamais : *scinditur incertus studia in contraria*.

Une solution doit quand même être trouvée et ce, malgré les nuages et les tourmentes qu'on rencontre à certaines hauteurs. La conclusion est un *présupposé de tout le labeur technique du juriste* ²⁸. Et c'est pour cela, qu'aucun juriste ne peut faire abstraction des considérations philosophiques. La détermination des principes philosophiques, dont le juriste a besoin est une tâche qui revient à la philosophie du droit. Cette discipline, qui inspire du mépris au juriste, quand elle chevauche les nuages, ou procède sans rigueur de pensée, ou quand elle parle un langage incompréhensible aux misérables mortels, accomplit, au contraire, une fonction indispensable, quand elle est sévère dans la recherche et reste adhérente aux expériences et aux besoins, dont la vie du droit est tissée.

¹ ORLANDO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Trattato di dir. amm.*, vol. I, p. 1043.

² Così il Gareis definisce la fonte in senso tecnico come « die einen Rechtssatz als Satzhervorrufende Ursache, die *causa efficiens* einer aufgestellten Vorschrift » (GAREIS-WENGER, *Rechtsenzyklopädie und Methodologie*, 5 ed., Roth, Giessen, 1920, § 9, p. 49).

³ V. recentemente in questo senso Felix SOMLO, *Juristische Grundlehre*, 2 ed., Meiner, Lipsia, 1927, pp. 330 e segg.

¹ ORLANDO, *Le Fonti del diritto amministrativo*, in *Trattato di dir. amm.*, vol. I, p. 1043.

² Gareis définit ainsi la source au sens technique, comme « die einen Rechtssatz als Satzhervorrufende Ursache, die *causa efficiens* einer aufgestellten Vorschrift » (GAREIS-WENGER, *Rechtsenzyklopädie und Methodologie*, 5^e éd., Roth, Giessen, 1920. 9, p. 49).

³ Voir en ce sens, récemment Félix SOMLO, *Juristische Grundlehre*, 2^e éd., Meiner, Leipzig, 1927, pp. 330 et suiv.

* Il diritto, considerato nella sua intima essenza, non è qualche cosa che cada sotto i sensi. Da un punto di vista razionale, per me il diritto è l'esigenza di ciò che è strettamente dovuto nei rapporti sociali (giustizia, minimo etico). Si distingue l'esigenza metempirica perenne, o diritto naturale, dal diritto positivo. Non è tanto facile determinare che cosa sia il diritto positivo; si tratta di un problema che è sempre oggetto di discussione. Diritto e Stato sono termini correlativi? Il diritto canonico è un diritto vero e proprio? La consuetudine rientra nel diritto positivo? Non si può dire che dovunque ci sia una società organizzata, ivi si trovi anche il diritto (così, per esempio, N. COVIELLO, *Manuale di diritto ecclesiastico*, a cura di V. DEL GIUDICE, vol. 1, 2 ediz., Roma, Athenaeum, 1922, pp. 3 e seg.), perchè una simile dottrina conduce a risultati inaccettabili. Secondo la mia opinione, il diritto positivo è la norma che regola i rapporti indispensabili alla vita sociale, come *espressione della volontà dello Stato o di un potere ad esso equivalente*. Con ciò voglio dire che il diritto deve ricollegarsi ad un potere, che, al pari di quello dello Stato, sia non solo supremo, ma originario, e, nell'ambito della competenza e sotto l'aspetto giuridico-formale, incondizionato (cf. anche ROVELLI, *Su la statualità del diritto e la distinzione fra diritto e morale*, estratto dagli *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranelletti*, Padova, Cedam, 1930). Osserva il RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, vol. I, Pierro, 1912, n. 82, p. 119: « Di fronte allo Stato, nel suo interno, non vi sono poteri, che siano limiti insuperabili della sua potestà. » Esattissimo; ma non si può dire lo stesso anche della Chiesa?

L'opinione corrente, secondo la quale il diritto si ricollega allo Stato, dipende dalla importanza storica grandissima che ha modernamente assunto lo Stato; per modo che la maggior parte dei giuristi solo del diritto dello Stato si occupa.

Sulla questione se diritto e Stato siano o no correlativi v. in vario senso: CALAMANDREI, *Regole cavalleresche e processo*, in *Riv. di dir. prov. civ.*, 1929, I, pp. 155 e segg.; DEL GIUDICE (V.), *Il diritto dello Stato nell'ordinamento canonico*, in *Archivio Giuridico*, vol. XCI, fasc. 1 (nota a pp. 4 e segg. dell'estratto); DEL VECCHIO, *Sulla statualità del*

⁴ Le droit considéré dans son essence intime, n'est pas quelque chose qui tombe sous les sens. Au point de vue rationnel, pour moi, il est l'exigence de ce qui est strictement dû dans les rapports sociaux (justice, minimum éthique). On distingue l'exigence méta-empirique perpétuelle, ou droit naturel, du droit positif. Il n'est pas si facile de déterminer ce qu'est le droit positif. Droit et Etat, sont-ils des termes corrélatifs? Le droit canon est-il un droit vrai et propre? La coutume fait-elle partie du droit positif? On ne peut pas dire que partout où il y a une société organisée, il existe un droit (ainsi par exemple, N. COVIELLO, *Manuale di diritto ecclesiastico*), dit V. DEL GIUDICE, vol. I, 2^e éd., Roma, Athenaeum, 1922, pp. 3 et suiv., parce que, une doctrine semblable, conduit à des résultats inacceptables; à mon avis, le droit positif est la norme qui règle les rapports indispensables à la vie sociale, comme *expression de la volonté de l'Etat ou d'un pouvoir équivalent à ce dernier*. Par cela, je veux dire que le droit doit se rattacher à un pouvoir qui, comme celui de l'Etat, soit non seulement suprême, mais originaire et dans les limites de sa compétence et sous l'aspect juridique formel, inconditionné (cf. anche ROVELLI, *Su la statualità del diritto e la distinzione fra diritto e morale*, extrait des *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranelletti*, Padova, Cedam, 1930). RANELLETTI observe dans *Principi di diritto amministrativo*, vol. I, Pierro, 1912, n. 82, p. 119, que « vis-à-vis de l'Etat et au point de vue intérieur, il n'y a pas de pouvoir qui limite le sien ». Très exact; est-ce qu'on ne peut pas dire la même chose pour l'Eglise?

L'opinione corrente, selon laquelle le droit se rattache à l'Etat, dépend de la très grande importance historique que l'Etat a prise dans les temps modernes et, la plupart des juristes ne s'occupent que du droit de l'Etat. Sur la question de corrélation entre le Droit et l'Etat voir en différents sens, CALAMANDREI, *Regole cavalleresche e processo*, in *Riv. di dir. proc. civ.*, 1929, I, pp. 155 et suiv.; DEL GIUDICE (V.), *Il diritto dello stato nell'ordinamento canonico*, in *Archivio Giuridico*, vol. XCI, fasc. I (notes de la p. 4 et suiv. de l'Extrait);

diritto, in *Rivista internaz. di fil. del dir.*, anno IX, 1929, fasc. 1 ; LESSONA (Silvio), *Rapporti fra Stato e associazioni di lavoro nello Stato fascista*, in *Diritto del lavoro*, anno III, 1929, parte I, pp. 574 e seg. ; MERKEL, *Juristische Encyklopädie*, § 849, nota (per la questione del diritto canonico) ; RANELLETTI, *op. cit.*, I, n. 39, pp. 61 segg. ; Id., in *Riv. internaz. di fil. del dir.*, anno X, 1930, p. 318 ; ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917-1918 ; ORLANDO, *Recenti indirizzi circa i rapporti fra diritto e Stato*, in *Riv. di dir. pubblico*, 1926, parte I, p. 273 ; ecc., ecc.

⁵ Si capisce che io qui mi attengo alla dottrina che ritiene il diritto obiettivo un complesso di imperativi e sono ben lontano dall'accettare dottrine, come, per esempio, quella del VON LAUN (*Kategorische und disjunktive Normen*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 34, p. 162), per il quale le prescrizioni del legislatore sono in certo qual modo soltanto progetti od offerte, che necessitano dell'assentimento dei destinatari. Per un esame di talune dottrine contrarie alla imperatività del diritto v. anche BATTAGLINI, *Sul valore imperativo delle norme giuridiche*, Perugia, Guerra, 1911.

⁶ Elaboro qui maggiormente quanto ho già accennato altrove. Cf. BATTAGLINI, *Principi di diritto penale in rapporto alla nuova legislazione*, I, Milano, Istituto Editoriale Scientifico, 1929, pp. 175 e seg., p. 209 e *passim*. Avverto che la distinzione tra fonti formali e fonti sostanziali è presa da me in senso diverso da quello, con cui è adottata da alcuni cultori di diritto ecclesiastico e canonico. V., per esempio, KOENIGER, *Katholisches Kirchenrecht*, Freiburg im Breisgau, 1926, p. 120. Per un breve cenno alla distinzione nel senso da me attribuito, v. anche GIROLA, in *Studi Urbinati*, 1929, p. 87.

⁷ Per questa impostazione metodica nel campo del diritto penale è stato soprattutto significativo in Italia lo scritto di Arturo Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. di diritto e proc. pen.*, 1910.

⁸ Il problema della distinzione e della saldatura fra il tecnicismo giuridico e l'al di là del diritto positivo è passo in esame anche dal

DEL VECCHIO, *Sulla statualità del diritto*, in *Rivista internaz. di fil. del dir.*, anno IX, 1929, fasc. I ; LESSONA (Silvio), *Rapporti fra Stato e associazioni di lavoro nello Stato fascista*, in *Diritto del lavoro*, anno III, 1929, 1^{re} partie, pp. 574 et suiv. ; MERKEL, *Juristische Encyklopädie*, 849, note (pour la question du droit canon : RANELLETTI, *op. cit.*, I, n. 39, pp. 61 et suiv. ; Id. in *Riv. Internaz. di fil. del dir.*, anno X, 1930, p. 318 ; ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917-1918 ; ORLANDO, *Recenti indirizzi circa i rapporti fra diritto e Stato*, in *Riv. di dir. pubblico*, 1926, 1^{re} partie, p. 273, etc.).

⁵ On comprendra qu'ici, je m'en tiens à la doctrine qui comprend le droit objectif comme un complexe d'impératifs, et je suis bien loin d'accepter des doctrines comme celle par exemple de VAN LAUN, *Kategorische und disjunktive Normen*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 34, p. 162, pour lequel les prescriptions du législateur ne sont que des offres et des projets, qui nécessitent l'accord des destinataires. Pour l'examen de certaines doctrines, contraires au caractère impératif du Droit, voir également BATTAGLINI, *Sul valore imperativo delle norme giuridiche*, Perugia, Guerra, 1911.

⁶ J'élabore ici spécialement ce que j'ai déjà indiqué ailleurs. Cf. BATTAGLINI, *Principi di diritto penale in rapporto alla nuova legislazione*, I, Milano, Istituto Editoriale Scientifico 1929, pp. 175 et suiv., p. 209 et *passim*. Je préviens que la distinction entre sources formelles et sources substantielles est acceptée par moi dans un autre sens que celui avec lequel elle est acceptée par ceux qui pratiquent l'étude du droit ecclésiastique et canon, voir par exemple, KOENIGER, *Katholisches Kirchenrecht*, Freiburg im Breisgau, 1926, p. 120. Et pour une brève indication dans le sens que je lui attribue, voir également GIROLA dans *Studi Urbinati*, 1929, p. 87.

⁷ Au sujet de cette solution méthodique, dans le champ du droit pénal, a été surtout significatif en Italie, l'écrit de Arturo Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. di diritto e proc. pen.*, 1910.

⁸ Le problème de la distinction et de la liaison entre la technique juridique et l'au delà

PERGOLESI, *Diritto penale e filosofia del diritto*, in *Riv. internaz. di fil. del dir.*, anno IX, 1929, pp. 659 e segg.), che accetta le mie soluzioni.

⁹ Esattissime e più vive che mai oggi le parole di Giorgio DEL VECCHIO, *Sulla positività come carattere del diritto*, Prolusione, Modena, 1911, pp. 22 e seg.): « L'esigenza del diritto naturale permane, nonostante la negazione positivista e le attenuazioni di un equivoco storicismo ; permane, nonostante gli errori, assai più nocivi, di coloro stessi che la sostennero con espressioni inadeguate e metodi impropri. Il diritto naturale esiste, ossia vale, per ciò che esiste e vale l'essere umano, del quale è attributo non separabile. ».

¹⁰ V., per esempio, G. JÈZE, *Cours de droit public* (1920-1921), Parigi, 1921, pp. 34 e segg. ; G. MAY, *Introduction à la science du droit*, Parigi, Giard et Brière, 1920, pp. 107 e segg.

¹¹ La distinzione è fatta anche da Jellinek, il quale ritiene che contenuto obiettivo dell'etica sociale sono tutte le norme che prescrivono un modo di agire di fronte ai nostri simili ; mentre, invece, il contenuto del diritto è dato dalle norme stesse ristrette in minor numero, cioè da quelle indispensabili al mantenimento « di un determinato stato sociale » (JELLINEK, *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Wien, 1878, p. 42). Per esempio, gli obblighi di riconoscenza, di amicizia sono di etica sociale, ma non rientrano nel territorio proprio del diritto. Il SIOTTO-PINTOR, al contrario, invece (*La funzione del diritto naturale nella dottrina del diritto pubblico interno*, in *Riv. internaz. di fil. del diritto*, anno IV, 1924, fasc. 1, p. 6 dell'estratto) considera il diritto naturale come « un sistema di principi ideali di giustizia e di equità sostanzialmente indifferenziato dalla morale sociale ».

¹² CICERONE, *De legibus*, lib. I, V.

¹³ Di ciò non si rende ben conto il Tesar, il quale ha scritto recentemente un libro, per propugnare che le costruzioni giuridiche dovrebbero essere « lediglich Produkte methodischer Denkarbeit, die sich von der raum-zeitlichen Bedingtheit sozialer Strebungen freihält » (Ottokar TESAR, *Die Ueberwindung des Naturrechts in der Dogmatik des Straf-*

du droit positif a été examiné par PERGOLESI dans *Diritto penale e filosofia del diritto*, in *Riv. Internaz. di fil. del dir.*, anno IX, 1929, pp. 659 et suiv., qui accepte mes solutions.

⁹ Les paroles de Giorgio DEL VECCHIO, sont aujourd'hui très exactes et plus vivantes que jamais (*Sulla positività come carattere del diritto*, Prolusione, Modena, 1911, pp. 22 et suiv.): « L'exigence du droit naturel n'a pas disparu, nonobstant la négation positiviste et les atténuations d'un historicisme équivoque, elle existe et ce, malgré les erreurs assez peu nuisibles de ceux qui la soutinrent avec des expressions inadéquates et des méthodes impropres. Le droit naturel existe et vaut par là même qu'existe et vaut l'être humain, duquel il est l'attribut inséparable. »

¹⁰ Voir par exemple, G. JÈZE, *Cours de droit public* (1920-1921), Paris, 1921, pp. 34 et suiv. ; G. MAY, *Introduction à la science du droit*, Paris, Giard et Brière, 1920, pp. 107 et suiv.

¹¹ La même distinction est faite par Jellinek, qui croit que toutes les normes, qui prescrivent une façon d'agir vis-à-vis de ses semblables, constituent l'objectif de l'éthique sociale, et que, contrairement à ceci, le contenu du droit est donné seulement par les normes mêmes, restreintes et en nombre inférieur, qui sont indispensables au maintien d'un état social déterminé (JELLINEK, *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Wien, 1878, p. 42). Par exemple, les obligations de reconnaissance, d'amitié, appartiennent à l'éthique sociale, mais ne rentrent pas dans le domaine du droit. SIOTTO PINTOR dans *La funzione del diritto naturale nella dottrina del diritto pubblico interno*, in *Riv. Internaz. di fil. del diritto*, anno IV, 1924, fasc. 1, p. 6 du tiré à part considère au contraire le droit naturel comme un système de principes idéaux de justice et d'équité substantiellement identiques à la morale sociale.

¹² CICERO, *De legibus*, lib. I, V.

¹³ Tesar ne se rend pas bien compte de ceci et il a écrit récemment un livre dans lequel il défend la thèse, que les constructions juridiques devraient être « lediglich Produkte methodischer Denkarbeit, die sich von der raumzeitlichen Bedingtheit sozialer Strebungen freihält » (Ottokar TESAR, *Die Ueberwindung des Naturrechts in der Dogmatik des Strafrechts*,

rechts; Halle, éd. Max Niemeyer, 1928, prefazione). Una considerazione dell'ordinamento giuridico recisa in modo assoluto dagli elementi morali e storici può certo avere un valore metodico, ma non un valore reale.

¹⁴ JELLINEK, *op. cit.*; MANZINI, *Trattato di dir. pen.*, I, 2 ed., pp. 21 e seg.; RANELLETTI, *op. cit.*, vol. I, p. 58, ecc.

¹⁵ MANZINI, *op. cit.*, p. 22, nota 2.

¹⁶ Così anche il RANELLETTI, in *Riv. internaz. di fil. del dir.*, X, p. 317. Il SABATINI osserva (*Scuola penale unitaria*, anno III, 1929, p. 109) che Aristotele annoverò fra le verità eterne il principio che alcuni uomini sono nati a comandare ed altri a servire, a giustificazione della schiavitù. Ciò è verissimo, ma non è detto che tutti coloro che speculano sul diritto naturale raggiungano la verità obiettiva. Questa è spesso oscurata, oltre che dai difetti della mente umana, dalle abitudini sociali, dall'ambiente, ecc.

¹⁷ Per il BRUNETTI, *Il diritto naturale nella legislazione civile*, in *Scritti giuridici vari*, vol. IV, Torino, Utet, 1925, pp. 52 e seg., « se alcuni generalissimi principî sono immutabili, se alcuni si modificano lentissimamente, altri sono essenzialmente variabili col naturale evolversi della società umana ». Ma crede forse l'illustre civilista che il divieto dell'omicidio e del furto — che non sono principî universalissimi, ma precetti concreti — siano suscettibili di esser soppressi in una società... di « civiltà » più avanzata? Pur restando fermi i principî universalissimi e le conseguenze necessarie di essi (entrambi collegati in modo assoluto con la assenza razionale dell'uomo), è possibile qualsiasi progresso del diritto. Chi può negare il modificarsi delle circostanze? Ma gli è che le esigenze di ragione sono capaci di applicazione alle più diverse e impensate circostanze. La verità è lontana tanto dal giusnaturalismo rigidamente codificato (in voga nei secoli XVII e XVIII) quanto dal formalismo totale alla Stammler.

¹⁸ CROCE, *Filosofia della pratica*, 3 ed., Bari, Laterza, 1923, p. 326.

¹⁹ V., per esempio, GUMPOVICZ, *Allgemeines Staatsrecht*, p. 26.

Halle, éd. Max Niemeyer, 1928, préface). Une considération de l'ordre juridique inspirée d'une manière absolue, par les éléments moraux et historiques, peut certes, avoir une valeur méthodique, mais non une valeur réelle.

¹⁴ JELLINEK, *op. cit.*; MANZINI, *Trattato di dir. pen.*, I, 2^e éd., pp. 21 et suiv.; RANELLETTI, *op. cit.*, vol. I, p. 58, etc.

¹⁵ MANZINI, *op. cit.*, p. 22, note 2.

¹⁶ Ainsi même RANELLETTI, dans *Riv. Internaz. di fil. del dir.*, X, p. 317; SABATINI observe (*Scuola penale unitaria*, anno III, 1929, p. 109), que Aristote inscrivit parmi les vérités éternelles, le principe que certains hommes sont nés pour commander et d'autres pour servir et ce, pour justifier l'esclavage. Ce qui d'ailleurs est très vrai, mais qui ne veut pas dire que tous ceux qui spéculent sur le droit naturel, atteignent la vérité objective; cette dernière est souvent obscurcie par le cerveau humain, par les habitudes sociales, par l'ambiance, etc.

¹⁷ Pour BRUNETTI, *Il diritto naturale nella legislazione civile*, in *Scritti giuridici vari*, vol. IV, Torino, Utet, 1925, pp. 52 et suiv., si certains principes généraux sont immuables, si d'autres se modifient très lentement, d'autres encore, sont essentiellement variables et ce, à cause de l'évolution de la société humaine. Mais l'illustre civiliste peut-il croire que la défense de commettre un homicide et celle de voler, qui sont des principes universels, et des préceptes concrets, soient susceptibles d'être supprimés dans une Société de « Civilisation » plus avancée? Mais la fixité de ces principes très universels et de leurs conséquences (tout deux liés d'une façon absolue à l'essence rationnelle de l'homme), peut-on concilier les possibilités de la progression du droit? Qui peut nier la modification des circonstances? Mais il est un fait que les exigences de la raison sont susceptibles d'application dans les circonstances les plus diverses et les plus inattendues. La vérité est tout aussi lointaine du droit naturel, rigidement codifié (en vogue aux xv^e et xviii^e siècles) que du formalisme total appliqué à la Stammler.

¹⁸ CROCE, *Filosofia della pratica*, 3^e éd., Bari, Laterza, 1923, p. 326.

¹⁹ Voir par exemple GUMPOVICZ, *Allgemeines Staatsrecht*, p. 26.

²⁰ Ove si tengano ben distinti i diversi concetti di fonte, mi pare non abbia ragion d'essere il dubbio affacciato dal DE FRANCESCO (recensione ai miei *Principi*, in *Monitore dei Tribunali*, 1929, n. 8) circa il carattere di fonte del diritto naturale nel momento della formulazione legislativa.

²¹ Questi rapporti fra il diritto penale e la morale non sono sconosciuti neppure da Enrico Ferri. Egli osserva che « i veri e propri delitti sono atti contrari alle *permanenti ed elementari* condizioni di esistenza sociale e per ciò sono *quasi sempre profondamente immorali per se stessi*, costituenti un effettivo pericolo sociale come espressione di personalità anormale e recanti quasi sempre un danno personale e *accompagnati sempre da una intensa riprovazione della pubblica coscienza* » (FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, Utet, 1928, p. 122). A parte la questione se in ciò possa realmente trovarsi la differenza sostanziale fra delitti et contravvenzioni, reste comunque importante, da parte del capo della scuola positiva, la constatazione di tali qualità e di tali conseguenze, nei reati fondamentali, nonchè... l'ammissione di esigenze razionali immutabili nel diritto!

Il contenuto profondamente immorale dei reati maggiori e permanenti è posto bene in luce anche dallo STEPHEN, *History of the criminal law of England*, vol. II, Londra, 1883, pp. 75 e segg.

²² A torto il CATHREIN, *Filosofia morale* (trad. ital. Firenze, Libreria ed. fiorentina), vol. I, p. 617, ritiene che nel diritto penale il diritto naturale non sia fonte (s'intende, sostanziale) di diritto.

²³ Sulla distinzione fra discrezionalità pura e discrezionalità tecnica v. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. ital.*, 1910, n. 1; RANELLETTI, *op. cit.*, vol. I, pp. 368 e segg.; RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice civile*, vol. I, Padova, Milani, 1927, pp. 33 e segg.; DE FRANCESCO, *Sulla competenza del giudice ordinario a sindacare l'attività tecnica della pubblica amministrazione collegata con l'attività amministrativa*, in *Monitore dei Tribunali*, 1927, n. 22.

²⁰ Si l'on considère bien distinctement les divers concepts de source, il me semble qu'il n'y a pas lieu d'approuver le doute présenté par De Francesco (recension à mes *Principes*, dans le *Moniteur des Tribunaux*, 1929, n° 8) au sujet du caractère de source du droit naturel, dans le moment de la formation législative.

²¹ Ces rapports entre le droit pénal et la morale ne sont pas méconnus, même pas par Enrico Ferri. Ce dernier observe que : les délits vrais et propres sont des actes contraires aux conditions *permanentes et élémentaires* d'existence sociales, et pour ce, ils sont *presque toujours profondément immoraux de par eux-mêmes* et constituent un vrai danger social, comme expression de personnalité anormale, causant presque toujours un dommage personnel, et inspirant par ce fait, une réprobation intense de la conscience publique (FERRI, *Principii di diritto criminale*, Torino, Utet, 1928, p. 122). A part la question de savoir, si dans ce qui précède, on doit trouver la différence substantielle entre délits et contraventions, il est assez important de constater que le chef de l'Ecole positive reconnaît ces qualités et ces conséquences aux délits fondamentaux, ainsi que l'admission en droit des exigences rationnelles immuables.

Le contenu profondément immoral des délits graves, et permanents, est également très bien mis en lumière par STEPHEN, *History of the criminal law of England*, vol. II, Londres, 1883, pp. 75 et suiv.

²² A tort CATHREIN, *Filosofia morale* (trad. ital. Firenze, Libreria ed. fiorentina), vol. I, p. 617, croit qu'en droit pénal, le droit naturel ne soit pas une source (bien entendu substantielle) de droit.

²³ Sur la distinction entre discrétion pure et discrétion technique, voir PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica* in *Giur. ital.*, 1910, n. 1; RANELLETTI, *op. cit.*, vol. I, pp. 368 et suiv.; RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice civile*, vol. I, Padova, Milani, 1927, pp. 33 et suiv.; DE FRANCESCO, *Sulla competenza del giudice ordinario a sindacare l'attività tecnica della pubblica amministrazione collegata con l'attività amministrativa*, in *Monitore dei Tribunali*, 1927, n. 22.

²⁴ Per la questione in diritto privato, vedi, fra i molti, REICHEL, *Gesetz und Richterspruch*, Zurigo, 1915, pp. 92 e segg.

²⁵ Queste sentenze, in cui il magistrato, sia pure per mezzo del codice, è costretto ad andare *al di là del codice*, finiscono per imporre del diritto positivo. Cf. per il furto minimo l'art. 641, n. 2, del progetto definitivo di codice penale del 1929, anno VII.

²⁶ Questo concetto mi veniva ripetuto anche in una lettera di un illustre giurista tedesco, il prof. Beling dell'Università di Monaco, nei termini seguenti : « Ihre Ausführungen über den engen Zusammenhang zwischen positiven Strafrecht und Ethik (Naturrecht, Moral) meinen vollen Beifall haben... Das Strafgesetz erscheint in die ethische Gedankenwelt eingebaut, es hat nach Ihren treffenden Ausdruck *una finestra aperta* dorthin ». Difatti il diritto penale senza base etica non può esistere. Negata questa base, non può aversi che una legge di carattere sanitario contro la delinquenza (diritto amministrativo).

²⁷ V. in proposito ROMANO DI FALCO, *L'elemento politico nella interpretazione delle leggi penali*, in *Rivista italiana di diritto penale*, anno I, 1929 (VII), n. 9.

²⁸ Nel diritto penale la consuetudine non ha valore come fonte di diritto, ma solo come mezzo d'interpretazione. In senso contrario v. Cass., 1 sez., 24 febbraio 1928, in *Rassegna Penale*, 1928, pp. 350 e seg. Questa sentenza sostenne fondarsi la impunità per la uccisione nelle gare atletiche in una norma di diritto consuetudinario.

²⁹ Anche il RANELLETTI, *Principii di dir. amm.*, vol. II, Napoli, Piero, 1915, pp. 16 e seg., osserva : « Nel nostro ordinamento giuridico la consuetudine non ha per sé il carattere di fonte del diritto, ma lo attinge dalla legge positiva. »

³⁰ La legge sulle fonti del diritto della Città del Vaticano (7 giugno 1929), all'art. 22 stabilisce : « Quando una controversia civile non si possa decidere con una precisa norma giuridica contenuta nelle fonti indicate nei precedenti articoli, anche perchè la legislazione del Regno

²⁴ Pour cette question en droit privé, voir parmi les nombreux auteurs, REICHEL, *Gesetz und Richterspruch*, Zürich, 1915, pp. 92 et suiv.

²⁵ Ces jugements, dans lesquels le magistrat même au moyen du Code est contraint à aller *au delà du code*, finissent par établir du droit positif. Cf. pour le vol minime, l'article 641, n° 2 du projet définitif du Code pénal de 1929, année VII.

²⁶ Ce concept m'a déjà été répété dans une lettre que m'a adressée un célèbre juriste allemand, le professeur Beling, de l'Université de Munich, dans les termes suivants : « Ihre Ausführungen über den engen Zusammenhang zwischen positiven Strafrecht und Ethik (Naturrecht, Moral) meinen vollen Beifall haben... Das Strafgesetz erscheint in die ethische Gedankenwelt eingebaut, es hat nach Ihren treffendem Ausdruck *una finestra aperta* dorthin. » En effet le droit pénal ne peut exister sans une base éthique. En niant cette base, il ne peut subsister qu'une loi de caractère sanitaire contre la tendance à commettre des délits (droit administratif).

²⁷ Voir à ce propos, ROMANO DI FALCO, *L'elemento politico nella interpretazione delle leggi penali*, in *Rivista italiana di diritto penale*, anno I, 1929 (VII), n. 9.

²⁸ En droit pénal, la coutume n'a pas la valeur d'une source de droit, mais c'est seulement un moyen d'interprétation. En sens contraire, voir Cassation, 1^{re} section, 24 février 1928, dans *Rassegna Penale* 1928, pp. 350 et suiv. Dans ce jugement, on soutient que l'impunité de l'homicide involontaire dans le concours athlétique, est une norme de droit coutumier.

²⁹ Même RANELLETTI, *Principii di dir. amm.*, vol. II, Napoli, Piero, 1915, pp. 16 et suiv. : « Dans notre ordre juridique, la coutume n'a pas d'elle-même le caractère d'une source de droit, mais elle le puise de la loi positive. »

³⁰ La loi sur les sources de droit, de la Cité du Vatican (7 juin 1929), à l'article 22, établit : « Quand une controverse civile ne peut être tranchée par une norme juridique précise contenue dans les sources indiquées dans les articles précédents, et aussi parce que la législation du Royaume d'Italie rappelée en voie supplétive est inapplicable pour n'importe quel motif, le juge en rappelant les *préceptes de droit naturel*, ainsi que les

d'Italia richiamata in via suppletiva risulti per qualsiasi motivo inapplicabile, *il giudice, tenuti presenti i precetti del diritto naturale, nonchè i principî generali del diritto canonico, decide applicando quel criterio che seguirebbe se fosse legislatore.* »

³¹ Anche il COVIELLO, *op. cit.*, I, p. 18, per quanto riguarda la consuetudine in diritto canonico, rileva : « Se tutto deve dipendere dall'autorità ecclesiastica, se la consuetudine è permessa in quanto l'autorità ecclesiastica l'approva, non può costituire una vera fonte *distinta* di diritto. »

³² Così nota il BELING, *Le esigenze della logica e il moderno indirizzo nella scienza del diritto penale*, nel volume *Per il cinquantenario della Rivista Penale*, Città di Castello, 1925, p. 452 : « Se l'azione umana consenta che vi si applichi il concetto di colpa è indubbiamente cosa che appartiene ad una *convinzione extra-scientifica*. Ma, una volta accettata l'idea della colpa, ne discende spontaneamente il sistema scientifico penale improntato alla dottrina della retribuzione. »

principes généraux du droit, *décide en appliquant le critère qu'il prescrirait s'il était législateur...*

³² COVIELLO aussi, *op. cit.* I, p. 18, pour ce qui regarde la coutume en droit canon, remarque : « Si tout doit dépendre de l'autorité ecclésiastique, si la coutume est admise en tant que l'autorité ecclésiastique l'approuve, cela ne peut pas constituer une vraie source distincte de droit. »

³² Ainsi BELING, *Le esigenze della logica e il moderno indirizzo nella scienza del diritto penale*, dans le volume *Per il cinquantenario della Rivista Penale*, Città di Casello, 1925, p. 452 : « Si l'action humaine consent que l'on y applique le concept de culpabilité, c'est indubitablement une chose qui appartient à une *conviction extra-scientifique*. Mais une fois admise l'idée de culpabilité, il en découle spontanément le système scientifique pénal, emprunté à la doctrine de la rétribution. »

CHAPITRE V

L'interprétation littérale des lois pénales

par Maurice GÉGOUT,
Université de Nancy

Il est admis sans discussion, par presque tous les criminalistes, que le droit pénal comporte une méthode d'interprétation franchement différente de celle du droit privé. Et, pour caractériser cette méthode, en une formule simple, on dit, en général, que l'interprétation des lois pénales est, sinon restrictive, tout au moins littérale, c'est-à-dire que le juge, pour rendre une décision, doit s'en tenir au texte légal, sans pouvoir trouver dans d'autres sources les bases d'une incrimination ou d'une peine quelconque.

Une pareille formule, qui marque nettement l'originalité du droit pénal parmi les diverses branches de la science juridique, le condamne peut-être en même temps à trouver moins de ressources dans sa mise en œuvre par la jurisprudence, et c'est sans doute pourquoi beaucoup de jurisconsultes, spécialisés dans l'étude théorique de telle ou telle discipline de droit public ou de droit privé, affectent parfois quelque dédain pour le droit criminel.

Mais il n'est pas certain que l'interprétation de la loi pénale ne nous offre pas des ressources, sinon comparables à celles du droit privé, du moins assez vastes pour ne pas réduire le juge à un rôle d'automate, ni le théoricien à une fonction de collectionneur de textes répressifs. Il me semble, tout au contraire, que la question de *l'interprétation* des lois pénales est une matière riche de substances, et qu'elle mériterait, en droit français, des études qui la feraient sortir de cette sorte d'infériorité inconsciemment admise par les civilistes, pour venir prendre une place honorable dans une méthode générale des sciences juridiques. Un pareil travail exigerait des recherches approfondies et des développements considérables : je voudrais seulement, ici, m'essayer sur un point particulier de cette étude et trouver le sens du principe, très souvent affirmé, que les lois pénales sont d'interprétation littérale.

Il n'est pas de règle plus connue en droit pénal français que la maxime : *nullum crimen, nulla poena sine lege*. C'est d'elle que procède l'article 4 du Code pénal de 1810, lequel oblige le juge à ne prononcer aucune peine au cas de silence ou d'insuffisance des

textes. Seule la loi peut créer une infraction, ou édicter une peine ; et, pour répondre utilement au but de protection de la liberté individuelle qui l'inspire, ce principe doit comporter comme conséquence une interprétation littérale, qui exclut, notamment, du domaine répressif, ce que M. Gény appelle *la libre recherche scientifique* ¹.

Mais il suffit de s'échapper un peu du domaine étroit du droit français actuel pour remarquer que ces principes sont loin de s'imposer avec la force qu'on leur attribue d'ordinaire : l'ancien droit français consacrait l'arbitraire des peines ; de cet arbitraire, le juge avait fait un usage excessif et le législateur révolutionnaire n'avait fait que suivre un mouvement d'idées protecteur de l'individu, lorsqu'il avait posé les bases de la légalité des délits et des peines. Mais, ce qui est plus curieux, et moins connu peut-être en France, c'est que l'Angleterre, pays réputé par les théoriciens de l'individualisme pour son grand libéralisme, n'a pas cru devoir déroger au principe traditionnel de la création du droit par le juge et que le droit criminel continue à faire partie de la *Common Law* élaborée par le juge, aussi bien que de la *Statute Law*, émanée du Parlement ². Or, en partant de ce rapprochement avec le droit anglais, M. Ancel, piqué de curiosité, présentait récemment à la Société de Législation comparée, une étude très personnelle sur la *création des infractions par le juge « en droit français et en droit anglais comparés »* ³. Un pareil titre est fait pour étonner les juristes imprégnés de la formule traditionnelle en France depuis la fin de l'ancien régime ; il est, peut-être, au contraire, l'expression de la réalité juridique, pour peu qu'on prenne le soin de scruter comme il convient, le sens et la portée du principe de l'interprétation littérale des lois pénales.

*
* *

Il est bien certain, tout d'abord, que l'interprétation littérale ne s'imposera, dans la pensée même de ceux qui la considèrent comme l'expression d'une vérité incontestable, que lorsqu'on est en présence de dispositions légales tendant à aggraver la situation de l'inculpé, du prévenu ou de l'accusé ; c'est le sens précis qu'il faut donner au mot « lois pénales » et c'est dans ce sens, uniquement, qu'il faut l'employer désormais : tout le monde admet, par exemple, la possibilité pour le juge d'étendre, par voie d'interprétation, la portée de textes qui prévoient, dans des cas particuliers, l'existence de faits justificatifs ⁴, ou bien encore, celle de faire rétroagir une loi pénale plus douce. C'est donc seulement contre l'interprétation extensive des lois créant des infractions nouvelles ou augmentant les peines prévues que se dressent à la fois la règle *nulla poena sine lege* et celle de la non-rétroactivité des lois, ces deux règles n'étant, en somme, que deux expressions différentes de la même idée protectrice de l'individu ⁵.

Cette défiance à l'encontre du juge répressif s'explique et se justifie, par un souci d'équilibre entre la « défense sociale » et la liberté des citoyens. Mais elle peut conduire, si on la pousse dans ses conséquences avec toute la rigueur des doctrinaires du « Contrat social », à des résultats inadmissibles, dont le droit français a pu fort heureusement se dégager, sans répudier l'idée raisonnable dont elle procède.

Or, il n'est, à l'heure actuelle, je crois, soutenu par personne que le juge répressif, obligé de trouver dans un texte la base d'une condamnation à prononcer, doive par là-même, appliquer les textes « mécaniquement », sans avoir le droit de recourir à aucun procédé intellectuel pour découvrir le sens et la portée de ces textes. Ce serait pourtant l'aboutissement extrême de la tendance affirmée par les théoriciens les plus autorisés du XVIII^e siècle, tels que Montesquieu ⁶, ou Beccaria ⁷. Mais pas plus en droit pénal qu'en droit civil, on ne peut supprimer au profit d'un législateur idéal toute initiative du juge ; la loi ne peut, par sa nature même, contenir qu'un précepte général ; et le juge doit en faire application à une espèce qui lui est soumise ; la loi ne peut constituer que la majeure d'un syllogisme que le juge complète d'après les circonstances de la cause et dont il tire la conclusion ⁸.

Cette application comporte nécessairement une *interprétation*. Et, malgré la persistance d'une formule qu'on répète avec complaisance, sans toujours s'apercevoir qu'elle a depuis longtemps été combattue victorieusement par les criminalistes ⁹, on peut affirmer que cette interprétation n'est pas nécessairement restrictive : par exemple, l'article 388 du Code pénal punissant le vol *de chevaux*, il eut été absurde, bien que conforme au principe d'interprétation restrictive, d'acquitter le voleur *d'un* cheval sous le prétexte que la loi parlait de chevaux, et non pas de cheval. De même encore, quand, par suite d'une erreur manifeste de rédaction, l'article 78, 5^o du décret du 11 novembre 1917, (corrigé depuis lors par le décret du 31 janvier 1930), indiquait qu'il était interdit de monter dans les voitures de chemins de fer « lorsque le train est complètement arrêté », les tribunaux n'ont pas pu sanctionner ce texte qui aurait abouti à permettre seulement aux voyageurs de monter dans les wagons lorsque le train aurait été en marche ¹⁰.

La jurisprudence s'est donc arrêtée à une formule autre que celle de l'interprétation restrictive, et cette formule est celle d'une interprétation *déclarative* de la volonté du législateur ¹¹.

Toutefois, il faut se garder de conclure que cette recherche de la volonté des législateurs peut conférer à l'interprétation des lois pénales une souplesse comparable à celle des lois civiles ; si l'interprétation restrictive peut parfois être mise en échec par les nécessités d'une logique rigoureuse, l'interprétation extensive est condamnée, toujours, par le respect des libertés individuelles. Il ne semble pas que, sur ce point, les idées françaises aient été démenties par les législateurs étrangers les plus récents, quelles que soient

d'ailleurs, les tendances politiques générales dont se réclament leurs codifications. En tous cas, en France, l'interprétation extensive des textes répressifs est certainement prohibée, d'abord en vertu de l'article 4 du Code pénal, et aussi en vertu d'un principe général, affirmé par tout le monde : c'est que le doute doit bénéficier à la personne contre qui est exercée l'action publique.

Ce principe — *dubium pro reo*, — on se le répète de génération en génération, comme l'un des mieux établis du droit pénal, mais peut-être sans toujours se rendre un compte exact de son contenu. La faveur due à l'accusé, affirme-t-on, exige que le texte soit étendu s'il lui est propice, et restreint s'il se prononce contre lui ; les Romains disaient déjà, eux aussi : *odia restringi, et favores convenit ampliari*. Mais c'est vraiment jouer sur les mots que dire que la personne poursuivie doit bénéficier du doute ; on confond dans une même pensée de bienveillance les éléments de fait et les éléments de droit du procès répressif : en effet, s'il y a doute sur les faits, on doit acquitter, cela est bien certain, car le juge ne peut frapper que s'il est intimement convaincu de la culpabilité ; si c'est cela qu'on entend par l'aphorisme : *dubium pro reo*, on ne fait que proclamer l'évidence ; c'est, tout simplement, confondre la question de preuve, et celle de l'interprétation des lois ; la même idée s'affirme, réserve faite des différences de procédure, en matière civile, où le demandeur — *cui incumbit probatio* — perd son procès s'il n'arrive pas à réunir les éléments de conviction nécessaires pour renverser l'apparence résultant de la situation de fait existant au profit de son adversaire.

La seule portée en notre matière du brocard : *dubium pro reo*, c'est que le juge, en présence d'un texte dont l'interprétation est douteuse, doit, en principe, s'en tenir au sens le plus favorable, c'est-à-dire interpréter plutôt restrictivement qu'extensivement. Mais cette formule ne me paraît mériter d'être adoptée qu'avec la plus grande prudence : elle est l'expression, qu'on le veuille ou non, d'une vieille idée de défiance à l'encontre des lois répressives, idée qui dépasse certainement, et d'une manière inopportune, celle qui justifie la règle *nulla poena sine lege*, et l'interprétation littérale des lois pénales.

Cette idée de défiance comportant une interprétation restrictive des lois pénales, c'est celle qui classe les dispositions législatives en *favorables* et *odieuses* : la loi pénale c'est, au premier chef, une disposition odieuse ; ce caractère, elle le partage d'ailleurs avec la loi fiscale, qui, à beaucoup d'égards, est l'objet du même sentiment d'horreur instinctive de la part du public. Mais il faut quelque naïveté pour croire à la valeur scientifique d'une pareille distinction ; il était difficile aux Bartolistes de faire le départ entre les statuts favorables et les statuts odieux ; il nous est impossible, à l'heure actuelle, de classer les lois suivant qu'elles inspirent au sentiment populaire un mouvement spontané de sympathie ou de répulsion. Comment dire par exemple, sans puérilité, que la loi

fiscale contient dans son principe quelque chose d'odieux, qui justifierait un adage symétrique du nôtre : *dubium contra fiscum*? A côté de l'intérêt égoïste de chaque contribuable, il existe l'intérêt, respectable, de la collectivité bénéficiaire de l'impôt. Il en est de même, très exactement, en notre matière ; il n'y a pas à faire de faveur à l'inculpé, au prévenu ou à l'accusé : car cela reviendrait à être injuste vis-à-vis de la partie civile ou de la Société ; les lois « odieuses » au regard de l'un sont tutélaires au regard de l'autre ; si l'on adoptait l'idée des lois odieuses, on conférerait par là-même un large pouvoir d'appréciation au juge ; et celui-ci pourrait, selon qu'il serait lui-même inspiré par tel ou tel système philosophique, selon qu'il serait convaincu de la toute puissance soit de l'individu, soit de la société à défendre, regarder telle loi répressive comme odieuse ou comme favorable. Ce serait ressusciter l'arbitraire du juge, qu'on voulait précisément combattre au delà des limites raisonnables.

Ce qui reste vrai, dans cette formule de défiance à l'encontre des lois pénales, c'est que le juge ne sera pas autorisé à user, pour en étendre l'application, des mêmes procédés qui sont à sa disposition en matière civile. L'interprétation extensive reste condamnée, en matière répressive, non pas parce que toute loi pénale est une loi odieuse, mais parce que la décision qu'il doit rendre n'a pas les mêmes caractères qu'une décision civile. Ici, nous n'avons pas, en effet, de texte comparable à l'article 4 du code civil français, et cela se comprend facilement : en matière civile, il s'agit de trancher une contestation entre deux particuliers, et le juge ne peut pas s'y dérober, sous le prétexte d'obscurité ou d'insuffisance de la loi, sans manquer à sa mission ; en matière répressive, il faut seulement interpréter un texte de loi dans le sens invoqué par la partie poursuivante ou par la partie poursuivie ; et, quand le juge prononce un acquittement à la faveur d'une obscurité légale, il remplit son rôle, à peu près à la manière du juge civil qui déboute le demandeur.

Et cette observation très simple, permet de mieux saisir pourquoi la « libre recherche scientifique » est exclue, en principe, des procédés d'investigation, dont dispose le juge répressif : ce n'est pas seulement parce qu'on veut par là même donner toutes garanties à la liberté individuelle, c'est aussi parce que toute décision d'acquittement, basée sur une interprétation littérale de la loi pénale, est un acte juridictionnel qui met fin à un procès, à peu près comme y met fin, en matière civile, une décision qui déclare mal fondée la demande de l'un des plaideurs. Toutefois, il ne faut pas exagérer la portée de la formule et je crois que souvent on l'exagère, en disant que la libre recherche est *toujours* exclue en matière répressive. C'est ici que nous touchons à la difficulté principale — la seule vraiment sérieuse — de notre problème.

Evidemment, le juge ne peut guère se comporter, dans le silence de la loi, en arbitre des intérêts de l'individu et de ceux de la société ; il ne le peut pas plus que le juge civil ne pourrait s'instituer

juge d'équité et se dégager du respect des règles juridiques. Les hypothèses trop célèbres où le tribunal de Château-Thierry a cru devoir le faire, étaient d'ailleurs presque toutes des manifestations du Président Magnaud inspirées par des préoccupations démagogiques, et tendant à une application franchement restrictive des lois pénales ; au surplus, ce phénomène n'a été, suivant l'expression de M. Gény, qu'une « passade de jurisprudence »¹², et il est permis de le négliger, comme dénué de toute préoccupation scientifique. Pas plus que cette tendance, il ne faudrait approuver un désir systématique d'interpréter les textes d'une manière extensive, pour punir un acte, sous le prétexte « qu'il n'est pas possible de le laisser sans répression », « que le législateur n'a pas pu le laisser impuni », ou que « l'intérêt social exige que le prévenu soit condamné »¹³.

Mais, cela dit, le juge peut certainement, et doit même, dans son interprétation « déclarative de la volonté du législateur », faire une place à des procédés qui lui permettront de déterminer le véritable sens du texte invoqué par la partie poursuivante. Au premier rang de ces procédés, il convient de placer *l'analogie*.

C'est une idée très répandue, que l'analogie, procédé d'interprétation juridique fort employé par les civilistes, n'a pas de place en droit pénal. On fonde volontiers cette idée sur le principe de l'interprétation littérale des lois pénales, et l'on prétend que l'analogie doit être condamnée, comme étant une manifestation d'une méthode extensive, contraire à la nature propre du droit pénal. Cette opinion paraît même être acceptée par M. le Doyen Gény, qui classe l'analogie parmi les procédés de libre recherche scientifique, et qui, par ailleurs, cite les matières répressives comme étant de celles qui, par leur nature, excluent tout raisonnement par voie d'analogie¹⁴.

Voici l'opinion de l'éminent théoricien de la méthode juridique : « Le droit moderne exclut (aussi) de la sphère de l'interprétation libre, la détermination des incriminations et des pénalités. *Nullum crimen nulla poena sine lege* restent les formules intangibles de notre organisation criminelle. A défaut de la formule, le juge doit acquitter le prévenu, ou absoudre l'accusé. C'est qu'il y a, ici, un principe essentiel d'indépendance à préserver contre tout arbitraire¹⁵. »

Peut-être y a-t-il lieu cependant de faire des distinctions dans les raisonnements par analogie, et tout en répudiant l'application en matière répressive de l'analogie tirée des principes supérieurs, « des règles latentes qui animent tout l'ensemble d'un système légal », de conserver une place à une autre sorte d'analogie, celle qui « travaille sur des textes spéciaux et privés en vue d'y découvrir le germe de solutions plus amples »¹⁶.

La distinction de ces deux procédés correspond à ce que les Allemands appellent *Rechtsanalogie*, et *Gesetzesanalogie* : la première est exclue en droit pénal, car elle aboutirait à une création jurisprudentielle d'infractions, prohibée par l'article 4 du Code

pénal ; elle consisterait à dire, par exemple, qu'il n'est pas juste de laisser tel fait impuni, quand tel autre, apprécié comme moins grave par la conscience morale, est réprimé par la loi ; il y aurait lieu d'établir un certain équilibre entre des situations comparables, et de proportionner les sanctions ; un tel travail répondrait d'ailleurs, me semble-t-il, à la notion même de l'analogie, et à son caractère quasi-mathématique, qui impliquerait, de la part du jurisconsulte, un souci de respecter l'égalité des rapports entre la faute et sa sanction. Il est naturel de ne lui faire aucune place en droit pénal, car elle suppose, nécessairement, un arbitraire du juge, et elle aboutit à une création de source extra-légales du droit pénal.

Mais, à côté de cette sorte d'analogie, il en est une autre, plus modeste, qui correspond à ce que les Allemands appellent *Gesetzes-analogie*, c'est-à-dire, proprement, à une argumentation sur des textes de loi. En présence des insuffisances de rédaction d'un texte, on fait appel à la solution donnée, non par *similitude* de motifs, mais par *identité* de motifs, par un texte plus ou moins voisin que celui dont on cherche le sens. Par exemple, la définition *des armes*, donnée par l'article 101 du Code pénal français en matière de crimes contre la sûreté intérieure de l'Etat, réagit nécessairement sur l'interprétation que donne la jurisprudence du même mot dans un autre texte, l'article 385 du même code, à propos des circonstances aggravantes du vol. On est en présence de textes intervenus sur des matières différentes, mais dont certains principes ont une portée assez générale pour s'imposer à l'interprétation d'un autre texte par la jurisprudence ; on doit considérer que la loi donne une définition générale dans un texte tel que l'article 101, et il importe peu de savoir si tel autre texte, punissant l'emploi d'armes en général, est plus ou moins éloigné de celui-là, et s'il vise des hypothèses différentes de celles du crime contre la sûreté intérieure de l'Etat.

De même, il est de cas où le juge répressif sera autorisé à user de l'argumentation *a fortiori*, ou bien encore *a contrario*, pour découvrir le sens d'un texte : à vrai dire, les juristes professent, à l'encontre de la seconde surtout, une défiance légitime, aussi bien en matière civile qu'en matière pénale ; mais la jurisprudence française nous en a fourni un exemple célèbre en matière de vol : quand elle a dû préciser ce que l'article 379 du Code pénal entend par la chose d'autrui, elle a décidé que la soustraction commise par un copropriétaire, et spécialement par un cohéritier, constitue un vol ; elle a fondé cette solution sur un argument *a contrario* tiré de l'article 380, qui, instituant une immunité au profit du veuf ou de la veuve quant aux choses ayant appartenu à l'époux prédécédé, ne parle pas du cohéritier et l'exclut ainsi de la faveur qu'il réserve à l'époux survivant ¹⁷.

Dans toutes les espèces de ce genre, la jurisprudence s'est servie, moins peut-être d'arguments d'analogie proprement dite que d'arguments tirés du contexte des dispositions législatives : c'est toujours de sa part une recherche de la volonté du législateur, recherche à

laquelle elle se livre scrupuleusement, en utilisant, d'abord, les textes les plus voisins de celui sur lequel elle travaille, et aussi, s'il y a lieu, en s'aidant de textes empruntés à d'autres matières, plus lointaines en apparence, mais qui sont en rapports étroits avec la question à répondre. Par exemple, elle n'a pas hésité, en bien des cas, à faire appel à des principes de droit civil ; il y aurait à cet égard une étude bien intéressante à faire de l'influence du droit civil sur l'élaboration des règles du droit pénal. Je me borne à signaler, ici, à titre d'exemple, l'emprunt fait par les tribunaux correctionnels à la notion de compensation légale pour définir les conditions auxquelles est subordonnée l'exception de « compte à faire » en matière d'abus de confiance ; et celui, non moins curieux, fait à la notion de possession lorsqu'en matière de vol, la jurisprudence décide que la « remise nécessaire et forcée » de la chose n'empêche pas le propriétaire d'avoir conservé la possession et que le détournement de la chose ainsi remise peut constituer la *soustraction* frauduleuse de la chose d'autrui ; de même que l'espèce curieuse où la Cour de cassation, par arrêt du 29 mai 1925 (S., 1926, 1, 185, et la note critique de M. J. A. Roux) admet qu'une installation de chauffage central entre dans la catégorie des objets énumérés par l'article 437 du Code pénal dont la destruction volontaire constitue l'un des éléments du crime réprimé par cet article ; cette solution hardie est motivée, aux yeux de la Chambre criminelle, par la qualification d'immeuble conférée par l'article 523 du Code civil aux « tuyaux servant à la conduite des eaux dans une maison », ce qui permet de comprendre cet immeuble par nature dans la catégorie des « constructions appartenant à autrui » prévue par le texte répressif interprété.

A l'inverse, on pourrait citer des cas dans lesquels la jurisprudence a fondé sur des textes de droit civil une interprétation favorable au prévenu ou à l'inculpé ; ceux-là sont moins significatifs au point de vue qui nous occupe, mais ils montrent cependant la tendance qu'ont les juges à argumenter d'après des textes très lointains, en apparence, de ceux qu'ils ont à interpréter : tel est le cas, par exemple, de la jurisprudence qui décide que le fait pour un mineur de se déclarer faussement majeur ne peut, en soi, et à défaut de manœuvre, être regardé comme la fausse qualité constitutive de l'escroquerie (art. 405 du Code pénal). Cette jurisprudence se fonde sur le rapprochement des articles 1307 et 1310 du Code civil, auxquels on enlèverait toute portée pratique si l'on décidait que le fait de se déclarer faussement majeur constitue un délit correctionnel ¹⁸.

*
* *

Tout cela tend à prouver que le juge répressif, dans sa recherche du sens des textes, sur lesquels il doit fonder sa décision, n'a pas un rôle aussi médiocre que celui auquel on veut souvent le réduire. Et, si l'on conserve, par respect des formules traditionnelles, le prin-

cipe que les lois pénales sont d'interprétation littérale, on est bien obligé de préciser le sens de cette affirmation, pour y voir l'expression d'une méthode rigoureuse dans l'argumentation sur les textes, et non pas celle d'une application mécanique d'un texte pris au pied de la lettre.

Cette observation va maintenant se trouver confirmée dans toute une série de cas où le juge répressif doit, pour essayer de découvrir la portée exacte du texte qui lui est soumis, en dépasser le sens strictement littéral, ou bien comprendre dans les formules légales « tous les faits qui y sont véritablement contenus, encore que le législateur ne les ait pas précisés au moment où il a écrit le texte » ¹⁹.

Sans doute, le juge ne peut-il pas aller contre le texte de la loi, quand celui-ci est formel. Il doit le faire prévaloir contre l'esprit de la loi, révélé par l'exposé des motifs ou par les travaux préparatoires ; mais cette obligation n'a rien de spécial aux matières répressives : la jurisprudence peut bien s'armer des travaux préparatoires pour éclairer le sens d'un texte dont la portée est incertaine et obscure, mais encore faut-il que le texte lui-même fournisse une base. Les travaux préparatoires émanent d'une assemblée où des opinions personnelles ont pu être émises, sans qu'on puisse prouver qu'elles ont été adoptées dans le texte de la loi ; et, cette preuve serait-elle faite, il resterait qu'on ne peut, par voie d'interprétation, ajouter à un texte, en puisant en dehors de lui, des idées qu'il ne contient pas. Les exemples de cette idée sont nombreux. La Cour de cassation, interprétant le 25 mars 1911, (S., 1911, 1, 486), en matière d'outrage aux mœurs, l'expression « ou contraire aux bonnes mœurs » ajoutée par la loi du 16 mars 1898 à la loi du 2 août 1882, avait, malgré les paroles prononcées lors de l'élaboration de la loi, et qui indiquaient nettement la pensée du législateur d'atteindre des faits que la loi primitive ne punissait pas, jugé que l'expression ainsi ajoutée, ne contenait aucun élément juridique distinct de l'obscénité ; et si, par arrêt du 21 juillet 1928, (S., 1930, 1, 40) la Cour de cassation est revenue sur cette jurisprudence, ce n'est que par une interprétation qu'elle a faite du texte lui-même.

Dans un autre domaine, la Cour de cassation a consacré récemment une solution inspirée des mêmes principes, à propos de la loi du 1^{er} décembre 1929 sur le commerce des blés : le texte dit que les meuniers doivent déclarer leurs stocks ; malgré le sens des travaux préparatoires qui veulent appliquer la même règle aux boulangers, la Chambre criminelle a jugé que le boulanger n'est pas tenu à déclaration ²⁰.

Mais, cela dit, le juge a le droit, sans manquer de fidélité aux textes eux-mêmes, de se livrer à un travail constructif que les textes semblent l'inviter à faire. Par exemple on ne peut exiger de la part du législateur une précision minutieuse dans ses définitions ; et parfois, pour rendre son travail plus souple, il emploie à dessein des formules vagues ou imprécises, que le juge doit définir s'il veut éviter de trahir la pensée des rédacteurs de la loi. Légiférer par voie d'énu-

mérations est un procédé fréquemment employé en droit pénal ; mais il reste toujours à définir les termes de l'énumération, car celle-ci est très souvent enveloppée dans des formules générales ; les recueils de jurisprudence sont remplis de ces définitions qui concrétisent, en les précisant, les pensées du législateur : ils contiennent, par exemple, la définition du complot (art. 89, C. P.) de la contrefaçon de monnaies (art. 132, C. P.), de l'écriture dans le faux (art. 145, C. P.), de la castration (art. 316, C. P.), du viol (art. 332, C. P.), de la publicité (art. 330, C. P.), de l'habitude (art. 334, C. P.), etc...

La jurisprudence s'est ainsi trouvée dans l'obligation de préciser les limites des textes qu'elle avait à appliquer, et cela, non seulement par des définitions, mais par des constructions destinées à fixer le sens exact des règles légales. On a parfois critiqué certaines de ses initiatives : quand la Cour de cassation a frappé des peines du vol le fait de s'emparer du courant électrique ²¹, il n'est pas douteux qu'elle appliquait l'article 379 à des faits nouveaux, résultant de découvertes scientifiques qui déjouaient les prévisions du législateur ; mais cette solution était en somme beaucoup moins osée que les décisions par lesquelles la jurisprudence civile a élargi par exemple le domaine de la responsabilité du fait des choses ; car la Chambre criminelle, loin de déformer le sens de l'article 379, s'autorisait des termes imprécis de « soustraction frauduleuse de la chose d'autrui » pour définir la « chose » qui peut être volée ; le législateur entendait, par l'imprécision de la rédaction, laisser toute latitude aux juges et s'en remettre à lui du développement de la formule générale.

De même, quand, sous l'empire de la loi du 2 août 1917, et avant la loi du 12 août 1926, qui a sanctionné la jurisprudence antérieure, la Cour de cassation avait assimilé à l'émission du chèque sans provision, le blocage de la provision ²², on ne peut pas dire qu'elle étendait la loi au delà de ses termes ; elle interprétait seulement, mais en s'aidant de données empruntées à d'autres matières, le mot « disponible », de la loi de 1917, en décidant qu'une provision bloquée a été rendue indisponible ²³.

Ainsi, on peut dire que, dans ses initiatives les plus hardies, dans celles qui ont soulevé les controverses les plus vives, la jurisprudence française est restée fidèle à son devoir d'interprétation « littérale », mais à la condition d'entendre ce principe, dans un sens autrement large que le veulent la plupart des auteurs. Si certaines définitions ont pu paraître critiquables, c'est sans doute parce que la Cour de cassation a parfois procédé par voie d'affirmations, en se montrant plus soucieuse de donner à la jurisprudence des solutions précises que des formules générales appuyées sur une argumentation largement inspirée des « données » dont elle peut se servir. Par exemple, on a beaucoup contesté le bien-fondé de la jurisprudence relative aux manœuvres et surtout à la « fausse qualité » en matière d'escroquerie ; elle aurait pu s'éviter ces critiques en puisant dans des sources plus larges et plus lointaines ses affirmations por-

tant sur le sens de l'article 405. Mais à côté de quelques solutions dont on peut discuter l'opportunité, combien d'initiatives de la jurisprudence de la Cour de cassation doivent leur source à l'interprétation largement entendue des textes répressifs!

C'est ainsi que la Chambre criminelle a été amenée, dans l'interprétation des lois du 28 juillet 1894 sur les menées anarchistes, du 20 avril 1913, sur la spéculation illicite, du 31 juillet 1920, sur la propagande anticonceptionnelle, et du 12 février 1924 sur les atteintes au crédit de l'Etat, à donner des définitions du but exigé par ces lois : elle a décidé que, malgré les termes employés, le législateur n'avait pas eu en vue les mobiles éloignés de l'agent du délit, mais seulement l'intention frauduleuse ²⁴; et cela sans égard pour les critiques qui pouvaient lui reprocher de supprimer en réalité un des éléments délictueux visés par les textes en question. Et, de même, tout récemment encore, elle appliquait les peines du refus d'insertion au gérant d'un journal qui n'avait pas voulu publier une réponse, écrite à la suite de la publication, non pas de l'œuvre d'un journaliste, mais d'une décision de justice, qu'aucun commentaire n'accompagnait ²⁵.

Ce pouvoir d'interprétation dont la jurisprudence fait ainsi application, il me paraît difficile de le lui contester au nom des principes. Car si l'on veut une interprétation « littérale » des textes, il faut, de toute évidence, une interprétation qui en recherche le sens exact ; et cela ne doit pas conduire, bien au contraire, à refuser au juge le droit de se servir, au mieux des circonstances, de la « marge de discrétion » ²⁶ qui lui est volontairement laissée par le législateur.

Sans doute, je ne prétends pas que toute interprétation, quelle qu'elle soit, se présente comme exempte de dangers : en particulier, il en résulte nécessairement ce fait, que le citoyen ne sait pas, *a priori*, très exactement, ce qui lui sera défendu. Quand, par exemple, en 1837, les Chambres réunies de la Cour de cassation ont décidé que le duel tombe sous l'application de l'article 295 du Code pénal, le duelliste poursuivi, avait pu, par la foi de l'interprétation donnée auparavant par d'autres arrêts, croire qu'il ne commettait aucun délit.

Mais tout revirement de la jurisprudence présente les mêmes dangers. Et, pour qui sait combien la Cour suprême est attachée à sa jurisprudence, avec quelle prudente sagesse elle ménage les transitions et prépare les évolutions jurisprudentielles, il apparaît que cet inconvénient est aussi réduit qu'il est possible. En réalité, pareil inconvénient ne pourrait être supprimé complètement qu'en supprimant en même temps toute appréciation, toute interprétation, c'est-à-dire toute jurisprudence.

Ce serait demander au législateur l'œuvre impossible de tout régler et de tout prévoir ; ce serait exiger de lui un amoncellement de textes, de préceptes et de prohibitions aboutissant à un véritable chaos législatif, dans lequel, peut-être le juge, certainement le

citoyen, ne parviendraient guère à discerner ce qui est permis de ce qui ne l'est pas.

¹ FR. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, 3^e partie, ch. 2.

² Et Kenny commence son *Esquisse du droit criminel anglais* en remarquant que « étudiants et professeurs tiennent généralement le droit pénal pour l'un des éléments les plus intéressants de leurs études ». (KENNY, 9^e éd., trad. Paulian, p. 1.)

³ MARC ANCEL, *Bull. Société Législ. Comp.*, 1931, pp. 91 à 116.

⁴ Art. 327 et 328, c. pénal ; J. A. ROUX, *Cours de droit pénal*, n° 64.

⁵ J. DE LA MORANDIÈRE, *De la règle nulla pœna sine lege*, thèse, Paris, 1910, p. 164.

⁶ MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, livre VI, ch. 3. — « Dans le régime républicain, il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi. Il n'y a point de citoyen contre qui on puisse interpréter une loi quand il s'agit de ses biens, de son honneur et de sa vie. »

⁷ BECCARIA, *Des délits et des peines*, § IV. « Le droit d'interpréter les lois pénales ne peut appartenir aux juges criminels, par la seule raison qu'ils ne sont pas législateurs. »

⁸ FR. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, 2^e éd., I, n° 95, p. 254.

⁹ FAUSTIN-HÉLIE, *De l'interprétation de la loi pénale, revue critique*, 1854, pp. 97 et suiv. ; GARÇON, *Code pénal annoté*, sous l'article 4.

¹⁰ Trib. Corr. Lille, 9 juil. 1929, *Gaz. Pal.*, 1929, 2, 557 ; Crim. Cass., 30 déc. 1922. S., 24, 1, 283.

¹¹ A. BROCHER, *Principes gén. de l'interprétation des lois*, p. 13 ; FAUSTIN-HÉLIE, *loc. cit.*, p. 107, GARRAUD, 2^e éd., I, p. 227.

¹² GÉNY, *op. cit.*, tome II, épilogue, colonne 2.

¹³ GARÇON, *Les méthodes juridiques, leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910, de la méthode du droit criminel*, p. 204.

¹⁴ FR. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, tome II, ch. 2, p. 147, *Science et Technique en droit privé positif*, tome IV, n° 278.

¹⁵ FR. GÉNY, *Science et Technique*, tome IV, pp. 41-42.

¹⁶ FR. GÉNY, *Méthode*, II, n° 166, p. 122.

¹⁷ GARÇON, *Code pénal annoté*, art. 379, nos 358 et 359.

¹⁸ GARÇON, *Code pénal*, art. 405, n° 91.

¹⁹ J. DE LA MORANDIÈRE, *op. cit.*, p. 176 ; GARÇON, *Les méthodes juridiques, leçons faites au Collège libre des Sciences Sociales en 1910*.

²⁰ Crim. rej., 18 mars 1932, *Gaz. Palais*, 9 mai 1932.

²¹ GARÇON, *Code pénal*, art. 379, n° 261.

²² 21 mars 1922 (S., 22, 1, 388).

²³ Cf. M. ANCEL, *loc. cit.*, p. 99.

²⁴ Crim. rej., 2 févr. 1928, B. Cr., 1928, n° 42. Crim. Cass., 3 déc. et 10 déc. 1925, D. P., 1926, 1, 97, et la note de M. Nast.

²⁵ Crim. rej., 28 avril 1932, *Gaz. Pal.*, 28 mai 1932. (Vincent-Auriol c. Dépêche de Toulouse).

²⁶ M. ANCEL, *loc. cit.*, p. 95.

TITRE VIII
SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

CHAPITRE PREMIER

**Methodologische Bemerkungen zur Lehre
von den Quellen des Völkerrechts**

VON A. BAUMGARTEN, Frankfurt.a.M.

Man gelangt vielleicht am ehesten zu einer Bestimmung der Quellen des Völkerrechts, wenn man zunächst einmal die Frage aufwirft, ob und inwiefern das Völkerrecht naturrechtlichen Charakter aufweist. Zur Beantwortung dieser vielbesprochenen Frage hilft ein Vergleich zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht. Die Auffassung, dass auch dem staatlichen Recht ein naturrechtliches Element wesentlich sei, ist von niemand mit mehr Nachdruck und in überzeugenderer Weise vertreten worden als von François Génv. Will man sich über das Verhältniss unseres positiven Landesrechts zum Naturrecht klar werden, so tut man gut daran, zwischen dem sittlichen Geltungsgrund und dem naturrechtlichen Inhalt des Landesrechts zu unterscheiden.

**Observations sur les méthodes
pour l'étude des sources du droit des gens**

par A. BAUMGARTEN,
Professeur à l'Université de Francfort s. M.

Pour éclairer le problème des sources du droit international public, il importe de préciser au préalable la situation de ce droit par rapport au droit naturel. A-t-il oui ou non les caractères d'un droit naturel ? Un parallèle entre le droit des gens et le droit interne permet seul de résoudre cette question controversée. L'idée que le droit interne de l'Etat renferme lui-même essentiellement un élément de droit naturel n'a jamais été défendue avec plus de force, et de façon plus convaincante, que par François Génv ; pour éclairer les rapports entre le droit interne d'un pays et le droit naturel, il faut séparer nettement les fondements que la législation positive trouve dans les mœurs de ce pays de son contenu de droit naturel.

Wenn wir irgend einem staatlichen Recht verbindliche Kraft zusprechen so tun wir es nicht um der magischen Gewalten willen die den Gesetzen des betreffenden Staates innewohnen würden, sondern weil der Mensch gemäss seiner Natur vernünftigerweise sich der Autorität zu fügen hat, die in seinem sozialen Lebenskreis allgemeine Anerkennung findet. Wer dies natürliche Vernunftpostulat grundsätzlich ablehnt, der tritt damit für eine Anarchie ein, die vielleicht nicht notwendig ein *bellum omnium contra omnes* bedeutet, aber jedenfalls einen Kulturfortschritt irgendwelcher Art unmöglich macht. Mögen wir uns dessen bewusst sein oder nicht, wir glauben alle oder fast alle, dass der Mensch eine höhere Bestimmung hat, deren Verwirklichung er durch Kulturarbeit fördert. Daher sind wir, wenn es überhaupt so etwas giebt wie eine sittliche Verbindlichkeit, gebunden, die Voraussetzungen zu erfüllen, unter denen allein die menschliche Kulturarbeit einen gesicherten Verlauf nehmen kann. Zu diesen Voraussetzungen gehört eine sich allgemeiner Anerkennung erfreuende positive (von einer äusseren Stelle gesetzte) Lebensordnung. Eine solche Lebensordnung ist das staatliche Recht.

Das staatliche Recht beruht vorwiegend auf dem Gesetz. Rechnet man die sekundären Rechtsquellen, wie Gemeindesatzungen, Anstaltsordnungen, Vereinsstatute, Gesellschaftsverträge zum Wirkungsbereich des Gesetzes, das sie reguliert und überwacht, dann kann man ohne wesentliche Ungenauigkeit sagen, dass die vom

La force obligatoire du droit étatique ne découle pas d'une vertu magique inhérente à ce droit. Elle s'explique autrement : l'homme doit, en effet, conformément à sa nature et au bon sens, se plier aux autorités généralement reconnues dans sa sphère sociale. C'est un postulat de la raison pratique évident. L'écarter, c'est prôner une anarchie qui, sans doute, n'évoque pas forcément un *bellum omnium contra omnes*, mais rend impossible tout progrès de la civilisation humaine. De fait, que nous en ayons conscience ou non, nous croyons tous que l'homme a une haute destinée et qu'il s'attache à réaliser pleinement celle-ci par son travail de civilisation. C'est pourquoi, et pour peu qu'il existe une contrainte sociale, nous sommes obligés de remplir les conditions qui permettent à cette œuvre de civilisation de se développer en toute sécurité. Parmi ces conditions figure un ordre social universellement reconnu et positif, c'est-à-dire inspiré du dehors. Cet ordre social est le droit étatique.

Ce droit étatique repose essentiellement sur la loi. Ses sources dites secondaires, règlements municipaux ou d'établissements publics, statuts d'associations et contrats de sociétés ne sont, en effet, que des modalités d'application de la loi qui leur attribue force obligatoire et les place sous sa tutelle. L'ordre social tel qu'il est déterminé par la loi forme donc un tout autonome qui semble se suffire à lui-même. Dès lors y a-t-il encore place pour un droit naturel ? On pourrait, à la rigueur, hasarder une réponse affirmative en montrant que la loi elle-même se réfère souvent aux convenances objectives. Ce raisonnement, toutefois, ne convainc guère. Il vaut mieux chercher ailleurs ; en réalité, il est impossible d'éliminer le droit naturel du droit de l'Etat parce qu'il est impossible de rédiger la loi ou ses succédanés de telle manière qu'on en puisse déduire par voie d'interprétation exégétique la solution à appliquer à

Gesetz ausgehende Lebensordnung als ein in sich geschlossenes sinnhaftes Ganzes den Gegenstand der Wissenschaft vom Landesrecht ausmacht.

Wenn das Gesetzesrecht in sich geschlossen ist, ist dann noch Raum für das Naturrecht? Man könnte denken die Bejahung der Frage damit zu rechtfertigen, dass das Gesetz selbst bisweilen eine Verweisung auf das sachlich Angemessene giebt. Aber das ist nicht das Entscheidende. Ausschlaggebend für die Unausrottbarkeit des Naturrechts aus dem staatlichen Recht ist die Unmöglichkeit, das Gesetz oder die gesetzvertretenden Rechtsquellen, von denen soeben die Rede war, so zu fassen, dass sich die Entscheidung jedes denkbaren rechtlichen Streitfalls mit Hilfe logischer Auslegungsverfahren aus ihnen ableiten lässt. Wenn es das Ideal des Rechtspositivismus ist, das Recht in dieser Weise im Gesetz zum Ausdruck zu bringen, so bleibt die Wirklichkeit hier wie auch sonst weit hinter dem Ideal zurück. Nichts anderes besagt der Satz, dass das Gesetz Lücken hat. Im 19. Jahrhundert vertraten grosse Rechtsschulen in den verschiedenen Ländern das Dogma von der Lückenlosigkeit des Gesetzes, aber schon am Ende des 19. Jahrhunderts geriet dieser Glaube allenthalben ins Wanken und das 20. Jahrhundert hat gründlichst mit ihm aufgeräumt. Die raffinierteste Gesetzestechnik und die feinste Ausbildung der rechtspositivistischen Interpretationsmethoden kann nicht verhindern, dass das Gesetz Lücken aufweist, viele Lücken, vielleicht mehr Lücken als geschlossene Stellen. Die Geschlossenheit des Gesetzesrechts bedeutet hiernach, dass das Gesetz die Tendenz hat, eine in sich abgerundete äussere Lebensordnung aufzustellen, deren Grundriss tatsächlich entwirft, dabei aber notgedrungen unvollständig bleibt und auf eine aussergesetzliche Ergänzung angewiesen ist.

Woher kommt diese Ergänzung? Wir haben uns schon dafür ausgesprochen, dass sie durch naturrechtliche Erwägungen geliefert wird, aber das ist keineswegs die heute unbedingt herrschende Meinung. Namentlich ist die Ansicht sehr beliebt, dass die gesetzlichen Lücken durch einen Rekurs auf das Rechtsbewusstsein der Majorität der Rechtsgenossen oder, was ungefähr das gleiche besagt,

n'importe quel cas d'espèce. L'idéal des positivistes est d'exprimer le droit dans des formules qui rendent pareille méthode possible ; mais cet idéal reste bien en deçà de la réalité : la loi a forcément des lacunes.

Sans doute au cours du XIX^e siècle de nombreux auteurs soutinrent que la loi avait tout prévu, tout réglé d'avance. Mais battue en brèche dès la fin du XIX^e siècle, l'idée cesse d'exister au début du XX^e. La technique législative la plus subtile, le développement le plus ingénieux des méthodes d'interprétation positive ne peuvent empêcher que la loi présente de nombreuses lacunes, peut-être même ces lacunes sont-elles plus nombreuses que ses solutions. La théorie de la plénitude du droit légal est donc à redresser ; elle signifie seulement que la loi s'efforce de créer un ordre social se suffisant à lui-même, mais que ce faisant elle reste forcément imparfaite et suppose des compléments extralégaux.

Quels sont ces compléments ? Nous avons déjà dit qu'il s'agissait du

die herrschenden Rechts- und Kulturanschauungen ausgefüllt werden müssten. Nun bedarf es wohl keiner näheren Begründung, dass der Richter, wenn das Gesetz die Auskunft versagt, nicht seiner Privatmeinung über das, was recht und billig ist, den Vorzug geben darf vor den Diktaten des allgemeinen Rechtsbewusstseins der Zeit- und Volksgenossen. Aber in wie vielen Fällen fehlt es an einem solchen allgemeinen Rechtsbewusstsein! In diesen Fällen bleibt dem Richter gar nichts anderes übrig, als das an sich Richtige und Angemessene, das durch die Natur der Sache Geforderte, mit andern Worten die naturrechtliche Lösung zu suchen.

Geht man vom staatlichen Recht über zum Völkerrecht, so erscheint als der in unserem Gedankenzusammenhang weitaus wichtigste Unterschied, dass hier das Gesetz, der eigentliche Hort der Positivität des Rechts, in Wegfall kommt. Man wird auf den ersten Blick geneigt sein, daraus zu folgern, dass im Völkerrecht die naturrechtliche Betrachtungsweise eine noch bedeutungsvollere Rolle zu spielen berufen ist als im Landesrecht. So verhält es sich denn auch in der Tat. Indessen darf nicht verschwiegen werden, dass die meisten Völkerrechtslehrer dem Gesetz ein völkerrechtliches positivistisches Seitenstück zu geben wissen, durch das der Einfluss des Naturrechts auf ein Minimum eingeschränkt wird. Wie das Gesetz zur ausschliesslichen Basis des staatlichen Rechtes, so wird das Prinzip: *pacta servanda sunt* zur ausschliesslichen Basis des Völkerrechts gemacht. Manche gehen soweit, dass sie auch das Gewohnheitsrecht diesem Satz unterordnen. Ein Satz des Gewohnheitsrechtes soll für einen Staat nur dadurch verbindlich werden, dass er sich selbst durch gewohnheitsmässige Anwendung zu ihm bekannt

droit naturel. Mais ce point de vue ne rallie pas toutes les adhésions. En particulier l'opinion est vue avec assez de faveur qui prétend combler les lacunes de la loi en se référant au sentiment du droit de la majorité des sujets de droit ou aux idées courantes sur le droit et la civilisation. Sans doute le juge en face d'une lacune de la loi doit incliner ses conceptions juridiques ou morales personnelles devant le sentiment général du droit de son temps et de ses concitoyens. Mais dans bien des cas ce sentiment général du droit fait défaut; dès lors le juge n'est-il pas contraint de recourir à ce qui paraît juste et convenable eu égard à l'espèce en cause, c'est-à-dire au droit naturel.

Si maintenant nous passons du droit étatique au droit interétatique nous voyons que la loi, véritable base du caractère positif du droit y fait défaut. Cette constatation, qui marque à notre sens la véritable différence entre nos deux ordres de disciplines est grosse de conséquences: on peut en déduire *a priori* que le rôle du droit naturel va être plus étendu en droit international qu'en droit interne.

Il convient cependant de noter que la plupart des spécialistes du droit international public découvrent au droit international un élément positif espèce de succédané de la loi et réduisent en conséquence le rôle du droit naturel à un minimum. De même que l'on fait de la loi écrite la seule base du droit interne, de même la règle *pacta servanda sunt* est présentée comme le fondement exclusif de tout le droit des gens. On a même expliqué la coutume internationale à l'aide de ce principe: une règle coutumière lie les Etats qui la pratiquent parce qu'ils sont censés

hat. Es kann daher als Grund der gewohnheitsrechtlichen Verbindlichkeit ein stillschweigendes Pactum angesehen werden. Die wichtigste Entstehungsursache für diese Lehre vom Fundament alles Völkerrechts liegt in dem Streben der Staaten nach grösstmöglicher Freiheit von den Fesseln rechtlicher Verbindlichkeiten. Daneben mag aber doch auch die dem modernen Juristen eigene positivistische Einstellung dazu beigetragen haben, das Recht, dem die Gesetzesform fehlt, an die äussere Erscheinungsform des pactums zu binden.

Der Satz *pacta servanda sunt* ist keine tragfähige Grundlage für das gesamte Völkerrecht. Er führt nicht zu einem Völkerrecht sondern zu einer Reihe von Völkerrechten, die nach Massgabe der abgeschlossenen Verträge zwischen den einzelnen Staaten Geltung haben. Keines dieser Völkerrechte ist das, was man unter einem Recht zu verstehen pflegt. Ein Recht ist eine umfassende Lebensordnung, die angeblichen „Rechte“, die in zwischenstaatlichen Verträgen zum Ausdruck gelangen, sind jeweils Ordnungsfragmente, nicht sowohl Rechte als vielmehr Teile von solchen.

Die Anhänger der von uns bekämpften Auffassung werden erwidern, dass mehr an Völkerrecht als was auf dem Satz *pacta servanda* beruhe, eben nicht vorhanden sei und dass, wenn dies zur Konstituierung eines eigentlichen Rechtes nicht ausreiche, man entweder den bisherigen Rechtsbegriff erweitern oder darauf verzichten müsse, in dem Völkerrecht ein Recht zu sehen. Indessen lässt sich aus den Aufgaben des menschlichen Kulturlebens eine ganze Reihe ausserkontraktlicher völkerrechtlicher Normen ableiten. Wird es wohl einen internationalen Schiedsrichter geben, der die Staaten nicht zum mindesten gewissen elementaren Pflichten gegenseitiger

l'avoir acceptée tacitement. Le fondement de la force obligatoire de la coutume est ainsi ramené à une convention tacite. Les raisons originaires de l'établissement de cette doctrine comme fondement d'ensemble du droit international public tiennent en réalité au désir des Etats de s'assurer dans le monde international la plus large liberté d'action et d'être à l'abri d'obligations qui seraient imposées par des règles de droit. Peut-être faut-il aussi chercher du côté des tendances positivistes des juristes contemporains et de leur besoin de rattacher le droit auquel la forme légale fait défaut à un autre cadre matériel, celui du pacte.

La règle *pacta servanda* n'est pas une base suffisante pour le droit des gens. De fait, elle ne mène pas à un droit international public, mais à une série de réglementations isolées et exclusivement valables dans les rapports entre Etats contractants et qui ne présentent à aucun titre les caractères d'un droit véritable. De fait, le droit des gens c'est un ensemble de règles qui s'appliquent et s'étendent à tout un ordre social ; les règles contenues dans nos conventions ne saisissent que des parties de cet ordre social. Elles constituent des fragments du droit international, mais non pas le droit international.

Les partisans de l'opinion qui se trouve ici contredite riposteront : il est vrai, que les seules règles de droit international appliquées en fait sont précisément celles qui découlent des conventions internationales et que si ces règles ne suffisent pas à constituer un droit au sens traditionnel, il faut ou bien élargir cette notion classique ou bien renoncer à voir dans le droit des gens un droit véritable. On peut cependant sortir de l'impasse : des devoirs qu'impose la vie dans le cadre d'une société

Persönlichkeitsachtung unterworfen sein lässt, gleichgiltig ob sie diese Pflichten durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Willensakt anerkannt haben oder nicht? Was steht nun in Wege, die vertraglichen und die ausser-vertraglichen Normen mit einander in der Weise zu verbinden, dass sich ein Ganzes ergibt, das einigermaßen als eine Lebensordnung, als ein Recht gelten kann? Es steht entgegen, wird man uns antworten, dass nur das Völkerrecht, das auf dem Prinzip *pacta servanda sunt* beruht, positives Recht ist, während die übrigen Normen, von denen die Rede war, zur Moral oder bestenfalls zum Naturrecht gerechnet werden müssen. Aber einmal lassen sich, wie das Beispiel des staatlichen Rechtes lehrt, positivrechtliche Normen ganz wohl zu einem Ganzen zusammenfügen und sodann ist es nicht richtig, dass es kein positives *jus gentium* gäbe, das nicht Vertragscharakter trüge. Letztere Behauptung bedarf näherer Begründung.

Positivrechtlich ist eine Norm insofern sie ausgeht von einer Stelle, deren Befehle in der Mehrzahl der Fälle ausgeführt werden. Nur wenn man den Begriff des Positivrechtlichen in dieser Weise fasst erklärt sich seine verbindende Kraft: es ist im Interesse eines gesicherten Kulturfortschritts unerlässlich, dass die Menschen es als ihre Pflicht ansehen, den Autoritäten sich zu fügen, die sich im Besitz der Herrschaft finden. Das Gegenteil lehren heisst jede äussere Ordnung untergraben wollen. Nennt man die zum positiven Recht gehörige regelmässige Befolgung der Normen Geltung so wird man

civilisée. Il est, en effet, possible de déduire un ensemble de normes de droit international public d'essence extracontractuelle. De fait, aucun arbitre international ne déliera les Etats en cause devant lui du minimum d'obligations que suppose le respect réciproque de leurs personnalités sous prétexte que ces obligations ne sont pas incluses dans un acte de volonté formel ou tacite. Dès lors, pourquoi ne pas combiner les normes contractuelles et les normes extracontractuelles dans un ensemble qui ait l'allure d'une réglementation d'un ordre social, d'un véritable droit. Va-t-on objecter que seule la partie du droit des gens qui repose sur la règle *pacta servanda* est vraiment d'essence positive et que les autres normes dont il s'agit, ressortissent à la morale ou au plus au droit naturel? Mais en droit interne les règles de droit positif et les règles de droit naturel se laissent très aisément combiner en un tout harmonieux. On peut en conclure qu'il y a un droit international positif qui déborde le cadre du droit international conventionnel.

L'affirmation veut être précisée: une règle peut être qualifiée de positive lorsqu'elle émane d'une autorité dont les commandements sont exécutés dans la majorité des cas. Seule cette conception du droit positif permet d'aboutir à une explication rationnelle de sa force obligatoire: celle-ci existe parce que l'homme a le devoir imposé par les nécessités inéluctables de la civilisation et de son progrès d'obéir aux autorités investies du pouvoir. La force obligatoire des règles de droit est donc liée à cette notion d'obéissance régulière qu'implique le droit positif. Mais pareille analyse amène à douter de la force obligatoire du droit des

kaum leugnen können dass es mit der Geltung des Völkerrechtes einigermaßen bedenklich steht. Selbst für das kontraktliche Völkerrecht kann man in dieser Hinsicht keine Ausnahme machen, wenn schon zugegeben werden mag, dass die Geltung dieser Art von Völkerrecht eine relativ sichere ist. Zieht man die Geschichte des Völkerrechts zu Rate, so zeigt sich, dass auf die Erfüllung der Staatsverträge weniger Verlass ist als auf die des bürgerlichen Rechtes, hinter denen der Rechtsschutzapparat der ordentlichen Gerichtsbarkeit steht. Auch sagen sich die Staaten nicht viel schwerer also von Verträgen von alten zu Gewohnheitsrecht erstarkten Gewohnheiten los, sobald sie es zur Wahrung wichtiger Interessen für erforderlich halten. Andererseits giebt es völkerrechtliche Normen, die ganz ausserhalb des Gebiets ausdrücklichen oder stillschweigenden Paktierens liegen und doch ein gewisses Mass der Geltung aufweisen. Für Rechtssätze, die von einer ständigen Praxis der Schiedsgerichte anerkannt werden oder in der innerstaatlichen Gesetzgebung der meisten Staaten Aufnahme gefunden haben und sinngemäss auf die zwischenstaatlichen Beziehungen angewendet zu werden verdienen, besteht die begründete Aussicht, dass sich tatsächlich der Verkehr von Staat zu Staat ihrer Herrschaft nicht entziehen wird. Ein Staatsmann, der Verständnis hat für die sittliche Notwendigkeit eines positiven Völkerrechts, wird solche Rechtssätze als verbindlich anerkennen. Das Gleiche gilt, wenn mit Hilfe der wissenschaftlichen Literatur, der Tagespresse oder irgend einer Veranstaltung des sozialen Lebens ein gemeinsames internationales Rechtsbewusstsein, eine übereinstimmende öffentliche Meinung auf völkerrechtlichem Gebiet zur Aeusserung gelangt und als reale Macht auf den Gang der Ereignisse Einfluss gewinnt. Offensichtlich ist mit dem allen noch keine ge-

gens, même de celle du droit des gens conventionnel, encore que l'efficacité de ce dernier apparaisse relativement assez sûre.

De fait, il suffit de scruter l'histoire du droit des gens pour remarquer que l'exécution des pactes entre Etats est incertaine lorsqu'on la compare à celle des contrats du droit privé obtenue par tout un appareil juridictionnel. Par ailleurs et pour peu que de graves intérêts soient en jeu, les Etats n'hésitent pas à répudier leurs engagements contractuels ou même à enfreindre des règles qu'une longue pratique a promues au rang de coutumes établies. A l'inverse il existe aussi des règles internationales qui se sont développées en dehors du domaine de la convention expresse ou tacite et qui présentent néanmoins une certaine validité obligatoire. On peut citer les normes adoptées par la jurisprudence des tribunaux internationaux et celles qui sont incluses dans les législations nationales pour être appliquées dans le cadre international. En général les relations internationales seront dominées par ces règles auxquelles les gouvernants tant soit peu conscients de la nécessité sociale d'un droit des gens ne manqueront pas de reconnaître force obligatoire. Tel est aussi le cas de certaines directives imposées par de grands courants d'opinion au moyen de la littérature, de la presse : une idéologie quelconque, forte de l'adhésion d'une opinion publique quasi unanime, peut influencer

festigte positive internationale Lebensordnung aber doch immerhin der Anfang einer solchen gegeben.

Unsere Erwägungen haben uns auf zwei mögliche Gegenstände der Völkerrechtswissenschaft geführt. Man kann einmal, um dem Völkerrecht tunlichst das Moment der Geltung zu wahren, als einzige Quelle des Völkerrechts das ausdrückliche oder stillschweigende Pactum ansehen und die Wissenschaft vom Völkerrecht wesentlich in der Wiedergabe und Auslegung solcher Pacta bestehen lassen. Auch bei dieser sehr engen Fassung des Begriffs des Völkerrechts steht das Völkerrecht hinsichtlich der Geltung dem staatlichen Recht nicht völlig gleich, nähert sich ihm aber immerhin einigermaßen. Dagegen unterscheidet sich das ausschliesslich auf Vertrag beruhende Völkerrecht vom staatlichen Recht dadurch, dass es statt eine in sich gerundete Lebensordnung darzustellen, in eine Reihe einzelner Ordnungsfragmente zerfällt, die eigentlich erst in einem weiteren Normzusammenhang rechten Sinn erhalten. Man fragt sich daher, wie ein solches Völkerrecht den Gegenstand einer relativ selbständigen Disziplin der Geisteswissenschaften soll bilden können. Bei der zweiten Auffassung des Völkerrechts, von der die Rede war, erscheint das *jus gentium* als eine im Werden begriffene positive Lebensordnung, die die Wissenschaft, indem sie sie darstellt, ihrer Vollenendung anzunähern suchen muss. Jetzt sind Quellen des Völkerrechts keineswegs nur staatliche Willenserklärungen, sondern die zahlreichen, zum Teil ziemlich formlosen, schwer fassbaren Manifestationen eines in seinen Anfangstadien befindlichen internationalen Rechtsbewusstseins der zivilisierten Menschheit. Fasst man das Völkerrecht und seine Quellen in dieser Weise, dann gilt es vor allem, zwischen zwei Klippen hindurchzusteuern. Man muss sich ebenso sehr vor einem öden Positivismus, wie vor einem naturrechtlichen reinen Subjektivismus hüten. Die Äusserungen des beginnenden internationalen Rechtsbewusstseins der Menschheit auch nur mit einiger Vollständigkeit registrieren wollen, wäre ein Unternehmen, das

de façon marquante sur le cours des événements. Il y a là un germe intéressant d'un ordre international positif.

Ces réflexions ouvrent à l'étude du droit des gens une alternative : ou bien, et pour assurer au droit des gens l'élément de force obligatoire, on considère que la seule source du droit des gens, c'est le contrat formel ou implicite. L'étude de la matière se ramène alors à un commentaire des pactes. Même dans cette conception restrictive, le droit des gens ne peut être entièrement assimilé au droit interne : il s'en distingue, d'une part, par une force obligatoire moins accentuée ; d'autre part, par son allure fragmentaire : alors que le droit étatique est une réglementation d'ensemble, le droit des gens reste un amas de réglementations partielles qui ne prennent un sens véritable que si on les rapproche et les confronte à la lumière d'un ensemble de normes plus vastes. On peut se demander si le droit des gens ainsi conçu est susceptible de faire l'objet d'une étude scientifique moderne. Dans une autre conception le droit des gens apparaît comme une réglementation positive et en voie de formation de la vie intersociale. La doctrine ne doit pas seulement exposer son état actuel, mais encore l'acheminer vers son

notwendig im Sande verlaufen würde. Diese Äusserungen in ihrer Gesamtheit sind nicht etwas, das sich als fertige Gegebenheit behandeln lässt, sie müssen bei der Darstellung im Hinblick auf ein ideales Völkerrecht ausgestaltet und präzisiert werden. Der Internationalist muss im Auge behalten, dass das Völkerrecht einen stärkern naturrechtlichen Einschlag hat als das ausgereifere in festere äussere Formen gebrachte staatliche Recht. Andererseits darf doch auch der naturrechtliche Charakter des Völkerrechts nicht übertrieben werden. Das geltende Völkerrecht — und solches hat uns die Wissenschaft vom Völkerrecht vorzuführen — ist nicht ein Recht, das in nuce in der menschlichen Natur angelegt ist und dereinst einmal herrschen wird, wenn im Lauf der Entwicklung die höhere Bestimmung des Menschen zu reinem Ausdruck gelangt ist, es ist ein System von Normen, die hier und jetzt im geschichtlichen Dasein der Menschheit ihre Ausprägung finden und für eine ernstliche Chance der Verwirklichung bieten, wobei man freilich nicht vergessen darf, dass eine solche Chance zum Teil von der überzeugenden Kraft abhängt, mit der die wissenschaftliche Lehre die sachliche Berechtigung der von ihr vorgetragenen Rechtssätze darzulegen weiss. Man sieht, dass der zweite Weg der sich uns auf der Suche nach den Quellen des Völkerrechts zu öffnen schien, schmal und gefährlich ist, man wird trotzdem nicht daran zweifeln, dass er es ist, den die Wissenschaft von Völkerrecht einzuschlagen hat.

Mit dem Mangel einer regulären internationalen Gesetzgebung ist es vereinbar, dass bisweilen völkerrechtliche Bindungen durch

perfectionnement. Ses sources ne sont pas exclusivement les déclarations de volonté des Etats ; ce sont toutes les manifestations nombreuses mais vagues et difficiles à saisir du sentiment, en voie d'éclorre chez l'humanité civilisée, d'un droit international. Si l'on admet cette conception, il faut éviter deux écueils ; d'une part se garder d'un positivisme aride, d'autre part, éviter de se laisser entraîner par les tendances purement subjectives du droit naturel. A l'heure actuelle, il est, en effet, impossible d'enregistrer avec la prétention d'être complet les manifestations de ce sentiment du droit international ; ces manifestations sont des données fuyantes qu'il importe de préciser et de développer en tenant compte de l'idéal international moderne. Il ne faut pas oublier que le droit des gens est plus tributaire du droit naturel que le droit interne, discipline déjà mûrie et qui s'exprime dans des cadres très nets. Mais il ne faut pas exagérer les emprunts au droit naturel : le droit des gens n'est pas un droit qui existe à l'état latent dans la nature humaine et s'appliquera un jour comme tel dans un monde évolué et perfectionné. C'est un complexe de normes qui se manifestent à certaines occasions de l'histoire humaine et qui ont une chance sérieuse de s'imposer. Le progrès de leur efficacité est au demeurant lié à la force persuasive avec laquelle la doctrine sait commenter le fondement objectif des principes juridiques qu'elle a dégagés. Cette seconde méthode d'étudier les sources du droit des gens est barrée d'obstacles ; nous croyons cependant que la science doit l'adopter.

L'absence de législation internationale régulière explique la rareté des cas où des dispositions de droit international ont été créées par un

legislativen Akt geschaffen werden. Wir denken dabei nicht an die sog. rechtssetzenden Vereinbarungen, *traités-loi*, *law-making treaties* als solche. Bei diesen ist normaler Weise die rechtsetzende Wirkung auf die Vertragsparteien beschränkt und das *fundamentum obligationis* ist, wie bei den auf konkrete Leistungen gerichteten Verträgen, der Satz : *pacta servanda sunt*. Für die Quellenlehre erhält ein Vertrag erst dann die Bedeutung eines Gesetzes, wenn die Vertragsparteien in dem Vertrag in rechtswirksamer Weise dritten Personen Verpflichtungen auferlegen. Dass derartiges vorkommen kann, zeigt vor allem Art. 17 des Völkerbundpaktes. Wie man immer über die praktische Bedeutung dieser Quellenstelle denken mag, ihr theoretisches Interesse ist unbestreitbar. Manche Autoren sehen darin, dass die am Völkerbund beteiligten Staaten ihre dem Zweck der Kriegsverhütung dienenden Reglementierungen für Staaten verbindlich machen wollen, die nicht zum Völkerbund gehören, geradezu eine Sünde gegen den heiligen Geist des Völkerrechts. In Wahrheit werden nicht die Grundideen des Völkerrechts durch Artikel 17 der Völkerbundsakte bedroht, sondern nur der Mythos von der ausschliesslichen Fundierung der völkerrechtlichen Verpflichtung auf dem Willen des zu Verpflichtenden. Was rechtlich verpflichtet, ist nie die magische Kraft des Willens, sei es des eigenen Willens des zu Verpflichtenden oder des Willens eines Dritten, es ist in allen Fällen das Ordnungsprinzip. Wer ein gesittetes, zivilisiertes menschliches Zusammenleben will, der muss eine Friedensordnung wollen und wer eine Friedensordnung will, der muss bereit sein, den Autoritäten Gehorsam zu leisten, die den Frieden garantieren. Darauf beruht im wesentlichen die bindende Kraft des positiven Rechts. Haben die Völkerbundsstaaten den Willen und die Macht, ein der

acte législatif. Nous ne songeons pas ici aux actes-règles (*traités-lois*, *law-making-treaties*) dont la force obligatoire reste limitée aux parties contractantes et s'explique en dernière analyse comme dans les traités relatifs à des prestations concrètes par la règle *pacta servanda*. Au point de vue de l'étude des sources, une convention internationale ne prend allure de loi internationale que quand les parties en cause mettent des obligations à la charge d'Etats tiers non contractants. Tel est le cas de l'article 17 du Covenant. Quelle que soit la valeur pratique de ce texte on ne peut s'empêcher de lui reconnaître une grosse importance théorique. Certains auteurs ont prétendu que les Etats membres de la S. d. N. en imposant aux Etats non-membres toute une réglementation destinée à éviter les conflits armés avaient commis un véritable péché contre l'esprit du droit des gens. En réalité, notre texte ne contredit pas du tout les idées fondamentales du droit international ; il bat simplement en brèche ce mythe que dans les rapports entre Etats toute obligation doit être assumée volontairement par celui à qui elle s'impose. En réalité la personne qui assume une obligation quelconque est liée non point par la force magique de sa volonté ou de celle d'un tiers, mais en vertu d'un principe d'ordre qui peut s'énoncer ainsi : qui veut une vie en commun harmonieuse et féconde veut aussi un ordre pacifique et qui veut un ordre pacifique doit nécessairement obéir aux autorités chargées d'assurer le maintien de la paix sociale. Tel est au fond le vrai motif de la force

friedlichen Erledigung internationaler Streitigkeiten dienendes Verfahren auch den nicht zum Völkerbund gehörigen Staaten in der Mehrzahl der Fälle aufzunötigen, dann haben sie die Möglichkeit es für diese Staaten als positives Recht verbindlich zu machen.

obligatoire du droit positif. Le jour où les Etats membres de la S. d. N. auront la volonté et la force d'imposer aux Etats non-membres la mise en œuvre d'une procédure pacifique pour la solution des litiges internationaux, ils auront aussi la possibilité de créer du droit positif qui liera ces Etats.

CHAPITRE II

The Theory and Sources of International Law

by
Edwin M. BORCHARD
Yale University

For ages lawyers and political scientists have been struggling with the effort to make law responsive to the precise formulas of a science and yet to serve social ends. The inability to explain the nature of law, whether the product of fiat, historical growth, or social accident, has induced a superindulgence in metaphysical preconceptions, which constitute the weapons of an unending and indeterminable contest of wit and word. When volumes are written upon the question whether the State is above the law, beneath the law, or coequal with and the alter ego of law, it must be apparent that the polemics use their primary terms "State" and "law" in different senses and thus fail to meet on common ground. From the time of the Greek philosophers down to the days of Austin, Gény, Jhering, Duguit, Stammler, and Kelsen, this battle of the major premises has gone on without interruption ; and while admiration for splendid creative and speculative minds cannot be withheld, one

La théorie et les sources du droit international

par Edwin M. BORCHARD

Traduit par H. BIAUJEAUD, Docteur en droit

Les juristes et les théoriciens des sciences politiques s'efforcent, depuis des siècles, d'astreindre le droit aux formules précises d'une science et de le faire cependant servir à des fins sociales. L'impuissance à expliquer la nature du droit, qu'il soit le produit des décrets, ou du développement historique, ou des hasards sociaux, a conduit à incliner vers des conceptions métaphysiques toutes faites qui constituent les armes d'un conflit intellectuel et verbal indéterminable et sans fin. Lorsque l'on écrit des livres sur la question de savoir si l'Etat est supérieur au droit, inférieur au droit, ou son égal, son *alter ego*, il apparaît que les polémistes donnent des sens différents aux expressions fondamentales d'« Etat » et de « droit », et ainsi, ne réussissent pas à se rencontrer sur un terrain commun. Cette bataille sur les prémisses majeures s'est poursuivie sans interruption de l'époque des philosophes grecs à celle de Austin, Gény, Jhering, Duguit, Stammler et Kelsen ; et en même temps qu'on ne peut s'empêcher d'admirer ces esprits merveilleusement créateurs et spéculateurs, on peut cependant se demander

may yet respectfully ask whether either the practical administration of justice or the common and professional understanding of the legal and social order have been materially promoted by the learned enterprise. Nor can we deny recognition to the strong idealism which prompts scholars like GénY and Stammler to construct a theory of life and law which shall bring to mankind a better perception of an ordered community, by emphasizing the necessary elements of what may be called the new natural law. Hence, however, derives the cleavage between the technicians not concerned with the actual content of a so-called legal rule, like Austin and Kelsen, and the more socially minded jurists who conceive it as their function to pronounce social judgment upon the value, efficacy, and desirability, and hence what they deem the validity, of so-called legal rules, such as Duguit, Stammler, Krabbé and others. As they are in dispute as to the aims of legal science, they necessarily make different demands upon rules, interpreting differently their origin and purpose and the necessity and form of enunciation and enforcement — views all of them conditioned by their own major premise and point of departure. They are not even agreed on what is a legal rule, whether it is a normative pronouncement of a legislator or judge, whether enforcement has any weight in estimating its legal character, whether a common practice among people, even if not enforced in courts, is not entitled to value equal to that of a legislative or judge-made rule, and whether even the latter, when failing of enforcement, through social prejudice or recalcitrance or success-

respectueusement si l'administration pratique de la justice, ou la compréhension ordinaire et professionnelle de l'ordre légal et social ont été matériellement aidées par l'œuvre des savants. Nous ne pouvons non plus nous refuser à reconnaître le vigoureux idéalisme qui porte des savants comme GénY et Stammler à construire une théorie de vie et de droit qui devra apporter à l'humanité une conception meilleure d'une communauté ordonnée, en appuyant sur les éléments nécessaires de ce que l'on peut appeler le nouveau droit naturel. C'est de là d'ailleurs que vient la divergence entre des techniciens qui ne se préoccupent pas du contenu effectif des règles dites juridiques, comme Austin et Kelsen, et des juristes à l'esprit plus social, qui pensent qu'il est de leur rôle de prononcer un jugement social sur la valeur, l'efficacité et l'opportunité, bref, la validité des règles dites juridiques, comme Duguit, Stammler, Krabbé et autres. Comme ils sont en conflit quant à l'objet de la science juridique, ils se posent nécessairement des questions différentes sur les règles en interprétant différemment leur origine et leur but, et la nécessité et la forme de leur énoncé et de leur sanction — vues qui sont toutes conditionnées par la propre prémisse majeure et le point de départ de chacun d'eux. Ils ne sont même pas toujours d'accord sur ce qu'est une règle légale, si c'est une déclaration normative du législateur ou du juge, si sa sanction a quelque importance pour faire décider de son caractère légal, si une pratique commune des hommes, même non sanctionnée par les tribunaux, n'a pas droit à avoir une valeur égale à celle d'une règle législative ou créée par le juge, et si cette dernière même peut être appelée droit lorsqu'elle manque de sanction, par suite d'une prévention ou d'une opposition sociales, ou du succès

ful individual resistance or when not in harmony with the demands of a hypothetical social solidarity, can be denominated as law. The conditions and limitations of the constituent criteria of law are thus disputed in different parts of the world, by different men in the same country, and at different times. There is here material for interminable dialectics, as has already been amply demonstrated.

The Anglo-American lawyer, not given to philosophical speculations on verbal abstractions, and suspicious of the confusion between the different types of social control, ethical, physical, moral, and legal, is more disposed to confine his criteria of the legal element in rules of conduct to those which are normally enforced, and particularly those which are or would, if questioned, be enforced by the courts as the final arbiters or societal agents in an organized community. He is willing to grant a place, and a place of prime importance, to other forms of social control, and is even willing to concede that it may be questioned whether much that comes from legislatures and courts, being incapable of, or lacking, enforcement, can properly be called law. But when he conceives a system of law as a compulsive social order, he lays emphasis not only on the compulsive element, but on the agency of compulsion, and eliminates from the category of legal rules that compulsion which is exerted by social prejudice, by moral or ethical convictions, and is not translatable into official enforcement. This may be called a point of view and a major premise, but to the extent that it makes useful distinctions and clarifies thought, it should be welcomed.

d'une résistance individuelle, ou parce qu'elle n'est pas en harmonie avec les besoins d'une solidarité sociale hypothétique. Ainsi, les conditions et les limites des critères constitutifs du droit sont discutées dans les diverses parties du monde, par les divers individus d'un même pays, et dans des temps divers. C'est là matière à dialectiques interminables, comme on l'a déjà amplement démontré.

Le juriste anglo-américain, qui n'est pas porté vers les spéculations philosophiques sur les abstractions verbales, et qui se méfie de la confusion entre les différents types de contrôle social, éthique, physique, moral ou juridique, est davantage disposé à limiter ses critères de l'élément juridique des règles de conduite à celles qui sont normalement sanctionnées, et particulièrement à celles qui sont, ou seraient, si elles étaient mises en question, sanctionnées par les tribunaux considérés comme les arbitres décisifs ou les agents sociaux d'une communauté organisée. Il consent à accorder une place, et même une place de première importance, aux autres formes de contrôle social, et il est même disposé à concéder qu'on puisse se demander si l'on peut avec exactitude appeler droit beaucoup de celles qui proviennent des législateurs ou des tribunaux sans pouvoir imposer leur sanction ou qui en manquent. Mais, lorsqu'il conçoit un système de droit comme un ordre social coercitif, il insiste non seulement sur l'élément coercitif, mais sur l'agence de contrainte, et il élimine de la catégorie des règles juridiques la contrainte qui est exercée par le préjugé social, les convictions morales ou éthiques, et qui ne peut se transformer en sanction officielle. C'est ce qu'on peut appeler un point de vue et une prémisse majeure ; mais qui ne doivent être accueillis que dans la mesure où ils apportent des distinctions utiles et où ils clarifient la pensée.

It will therefore be understood why, in such wide circles in the Anglo-American world, international law is regarded not as a legal science, but as a social or ethical system, vague and uncertain, and not deserving the allegiance or serious respect of lawyers. Austin, it will be recalled, testing international law by his premise of rules legislatively imposed on political inferiors, refused to concede a legal character to international law and disparaged as law that system which Grotius, building on the philosophical foundations of a law of nature, and identifying law and morality as a rule of action governing personal sovereigns, constructed for the effective government and control of international relations. That system, though in many respects it failed to survive the impact of modern industrial states and changes in thought, has nevertheless left its indelible impress on what is known as the international law of modern times, and has encouraged those who would, through the force of public opinion, the principal and ultimate sanction of law, revivify international law by re-establishing its earlier moral basis. Whatever limitations the Anglo-American school thus place on the conception of law and of international law as law, limitations which, while dangerous to social order, may be useful in indicating the direction that the effort to strengthen international law must take, they do not necessarily deprive us of what is believed the justifiable privilege of ascribing to any of the rules which society enforces, whether through judicial or any other of its official agents, the character of legal

On comprend par là pourquoi le droit international est regardé, par une si grande partie du monde anglo-américain, non pas comme une science juridique, mais comme un système social ou éthique, vague, incertain, et qui ne mérite pas l'allégeance ou le sérieux respect des juristes. Rappelons qu'Austin, soumettant le droit international à l'épreuve de sa proposition sur les règles imposées législativement aux inférieurs politiques, refusait d'accorder un caractère juridique au droit international, et critiquait, en tant que l'on prétendait qu'il fût un système de droit, ce système que Grotius, bâtissant sur les fondements philosophiques du droit naturel, et identifiant le droit et la morale comme règle d'action gouvernant les souverains personnels, avait construit pour le gouvernement effectif et le contrôle des relations internationales. Ce système, bien qu'il n'ait pu à beaucoup d'égards survivre au contact des états industriels modernes et aux transformations de la pensée, a néanmoins marqué d'une empreinte indélébile ce que l'on connaît comme droit international des temps modernes, et a encouragé ceux qui voudraient, grâce à la force de l'opinion publique, ultime et principale sanction du droit, revivifier le droit international en rétablissant ses bases morales primitives. Quelles que soient les limitations apportées ainsi par l'école anglo-américaine à la conception du droit, et du droit international en tant que droit, — limitations qui, quoique dangereuses pour l'ordre social, peuvent néanmoins être utiles pour indiquer la direction que doit prendre l'effort tenté pour renforcer le droit international, — ces limitations ne nous privent pas nécessairement de ce que l'on croit être le privilège justifiable d'attribuer le caractère de règles légales à toutes les règles que la société sanctionne, au moyen de ses agents judiciaires ou de quelque autre agent officiel. Ceci doit être particulièrement vrai du droit international, dont les règles n'ont pas

rules. This must be particularly true of international law, whose rules have grown up not by international legislation, but by the development of treaties, bilateral and multilateral, and of an approved practice which has a considerable measure of assured enforcement, not merely by political self-help, but by impartial tribunals backed by public opinion. A system of conduct among the nations which is more or less constantly observed and whose violation or impairment is visited with reproof by official societal agents, such as secretaries of state for foreign affairs supported by the authority of impartial experts and the accumulated experience of approved practice, or tribunals of arbitration created *ad hoc* or permanent, seems sufficiently to merit the characterization of "legal", to warrant its study and practice by lawyers.

And yet it would be well not to confound with this conception of legal characteristics those practices, such as the recognition of new states and governments, which are not controlled or controllable by judicial sanctions, but find their social control in political reprisals or other balancing of interests. While admitting the shadowy distinction between legal and non-legal sanctions, it may be conceded that non-legal controls are often more efficacious and virulent than those that are legal ; but the lawyer does well, nevertheless, while admitting their potency, to segregate and keep clearly in view those rules which have received or would, if challenged, receive the support of an international tribunal and those which, though

été élaborées par la législation internationale, mais par le développement de traités, bilatéraux ou plurilatéraux, et d'une pratique approuvée dont la sanction est assurée dans une mesure considérable, non seulement par l'aide de soi-même politique, mais par des tribunaux impartiaux soutenus par l'opinion publique. Un système de conduite plus ou moins constamment observé parmi les nations, et dont la violation ou l'affaiblissement encourent la réprobation d'agents officiels de la société, — tels que les secrétaires d'état aux affaires étrangères, assistés de l'autorité d'experts impartiaux et de l'expérience accumulée d'une pratique approuvée, ou tels que les tribunaux d'arbitrage créés *ad hoc* ou permanents, — semble suffisamment mériter la caractéristique de « juridique » pour justifier qu'il soit étudié et mis en pratique par les juristes.

Toutefois, il serait bon de ne pas confondre avec cette conception des caractéristiques juridiques des pratiques, comme la reconnaissance des états ou des gouvernements nouveaux — qui ne sont ni contrôlées, ni contrôlables au moyen de sanctions judiciaires, mais qui trouvent leur contrôle social dans des représailles politiques ou d'autres balancements d'intérêts. Tout en admettant la distinction obscure faite entre les sanctions juridiques et non-juridiques, on peut reconnaître que souvent les contrôles non-juridiques sont plus efficaces et plus virulents que ceux qui sont juridiques ; néanmoins le juriste fera bien, tout en admettant leur puissance, de les mettre à part et d'avoir une vue claire de l'opposition entre les règles qui ont reçu, ou qui recevraient, si elles étaient invoquées, l'appui d'un tribunal international, et celles qui, tout en étant communément appliquées, ne seraient pas soumises, en

commonly practiced, would, if not observed, not be visited with judicial disapproval but would merely expose the violator to political reprisal.

It is evident that such a classification narrows very considerably the range of rules legally binding, and in the absence of an international legislature, treaties and custom judicially recognizable must remain the implements and criteria of legal rules thus circumscribed. But while the scope and efficacy of legal rules are thus limited and the content and effect of merely moral rules become thereby vague, it will be well not to overlook the fact that, with the increase of judicial agencies and with an irresistible demand not to permit certain types of dispute to become the subject of armed action, courts have acquired greater opportunity to announce and strengthen the law. The gradual removal of rules from the moral or political to the legal sphere is an incident in that growth of treaties and judicial jurisdiction which marks the twentieth century ; and while the twilight or transition zone may be debatable ground, predictability of what courts would do, has become increasingly less hazardous and has thereby strengthened the fabric of law, in its most conservative conception.

Yet it must be admitted that in the sphere of international relations the law plays as yet but a minor part and that much of the major activity of nations — such as commercial discrimination, monopolies of markets, preferential tariffs, colonial empires and prerogatives, closed communications, national policies of alliance, and

cas d'inobservation, à la désapprobation judiciaire, mais dont la violation exposerait seulement le transgresseur à des représailles politiques.

Il est évident que cette classification rétrécit de façon considérable l'étendue des règles légalement obligatoires et qu'en l'absence d'une législature internationale, les traités et les coutumes qui peuvent être reconnus en justice doivent rester les instruments et les critères des règles juridiques ainsi définies. Mais, en même temps qu'on limite ainsi la portée et l'efficacité des règles juridiques, et que par là le contenu et les effets de règles purement morales deviennent vagues, il est bon de ne pas négliger le fait que les tribunaux trouvent davantage d'occasions de déclarer et de renforcer le droit grâce à l'augmentation du nombre des agences judiciaires et grâce à un penchant irrésistible à ne plus permettre que certains types de conflits deviennent la cause d'une action armée. Le transfert graduel de règles du domaine moral ou politique au domaine juridique est une des conséquences de cette éclosion de traités et d'institutions juridictionnelles qui marque le *xx^e* siècle ; et alors que la zone de transition, de demi-jour, peut être un terrain discuté, il devient de moins en moins hasardeux de prédire ce que feront les tribunaux, et par là, la création du droit, selon la conception la plus conservatrice, a été revigorée.

Il faut toutefois reconnaître que le droit ne joue encore, dans le domaine des relations internationales, qu'un très petit rôle, et que la plus grande partie de l'activité des nations — telles que les différences de traitement commercial, les monopoles de marchés, les tarifs préférentiels, les prerogatives et les empires coloniaux, les communications

armaments, not to speak of devastating treaties of so-called peace — involves a complex of unfair competition which would hardly be tolerated in any federal state and which makes force an essential element in the distribution of assets and power. To the extent that force, unalleviated by acquiescence of the disinherited, plays a primary function in maintaining or changing the *status quo*, to that extent will the reign of law be weakened and discredited. And to the extent that Europe, still the center of modern civilization, fails to respond to these elementary demands from the disinherited within its own borders and elsewhere and fails to realize that the economic interdependence of the twentieth century does not admit of that brutal luxury of oppression which marked the Middle Ages, to that extent does it bring nearer the disintegration of European civilization and the decadence of international law. The present managers of the European political establishment have a fearful responsibility to the world and to future generations, a responsibility which, in recent years, they have signally failed to discharge.

Among political scientists, it has become common practice to attack the theory of sovereignty — connoting absolute power and unlimited privilege — as inconsistent with the development of any rational system of international relations and a handicap to the deflation of politics and to the growth of law. This was not so apparent in the seventeenth century as it is now. The theory of the League of Nations, were it to be loyally administered, makes an

fermées, les politiques nationales d'alliance et d'armements, sans parler de ces traités funestes de soi-disant paix — implique des éléments complexes de concurrence déloyale que l'on tolérerait difficilement dans un état fédéral, et qui font de la force un des facteurs essentiels de la répartition des biens et du pouvoir. Dans la mesure où cette force, lorsqu'elle n'est pas tempérée par l'acquiescement des déshérités, joue un rôle primordial pour maintenir ou modifier le *statu quo*, dans cette mesure le règne du droit se trouve amoindri et discrédité. Et, dans la mesure où l'Europe, qui est encore le centre de la civilisation moderne, manque à satisfaire aux demandes élémentaires de déshérités dont les territoires se trouvent situés à l'intérieur de ses propres frontières ou ailleurs, et se refuse à comprendre que l'interdépendance économique du *xx^e* siècle n'admet pas le luxe d'oppression brutale qui caractérisait le moyen âge, dans cette mesure elle conduit la civilisation européenne plus près de sa ruine, et le droit international plus près de sa décadence. Les dirigeants actuels de l'établissement politique de l'Europe ont, vis-à-vis du monde et des générations futures, une responsabilité effrayante, une responsabilité qu'ils ont notoirement manqué de remplir au cours des dernières années.

Il est devenu d'une pratique commune, parmi les théoriciens des sciences politiques, d'attaquer la théorie de la souveraineté — caractérisée par un pouvoir absolu et un privilège illimité — comme incompatible avec le développement d'un système rationnel de relations internationales et comme un obstacle à la déflation de la politique et à la croissance du droit. Ceci n'était pas aussi apparent au dix-septième siècle que de nos jours. Si elle était loyalement administrée, la théorie de la

adaptable compromise between the centrifugal forces of unfair competition which still distinguish international relations and a reasoned order of perpetual conference and a centralized control of national activity which the future must gradually develop. Yet it is not to be denied that the theory of sovereignty both nurtured and followed the fact of sovereignty, which sustained the political policies of armed preponderance, isolation, balance or power, and alliances — all of them destructive of that international co-operation which is an incident and condition of the growth of law. The fact that a society which professes to function in a legal ambit is founded upon a conception of the uncontrollable will of its constituent members is not only anti-legal in its connotations, but provides a philosophical justification for war whenever the State regards its interests as requiring a resort to force. Sovereignty or independence is the foundation, nevertheless, of the international system of today, notwithstanding traces and tendencies of reasoned amelioration. To it we must accommodate our conceptions, if we are to remain positivists and realists ; and while striving for a deflation of the theory and of many of its manifestations in practice, we must recognize that the present international legal order is founded upon a collection of states which have maintained their internal and their external freedom, except to the extent that they have, in theory, consented to govern their reciprocal relations by treaties and customs and general principles which tribunals will enforce, if necessary. What evidence can be invoked to sustain and prove those customs

Société des Nations établit un compromis acceptable entre les forces centrifuges de la concurrence déloyale, qui distingue encore les relations internationales, et un ordre rationnel de perpétuelle conférence et de centralisation du contrôle de l'activité nationale, que l'avenir devra établir graduellement. On ne peut nier toutefois, que la théorie de la souveraineté n'ait alimenté et n'ait suivi, à la fois, le fait de la souveraineté qui soutenait les fins politiques de prépondérance armée, d'isolement, d'équilibre du pouvoir et d'alliances, — qui toutes sont funestes à cette coopération internationale qui est un élément et une condition du progrès du droit. Le fait qu'une société qui prétend fonctionner dans une ambiance juridique soit fondée sur la conception d'une soustraction à tout contrôle de la volonté de chacun des membres qui la constituent, présente non seulement des caractéristiques anti-juridiques, mais encore fournit une justification philosophique à la guerre, chaque fois que l'Etat considère de son intérêt de recourir à la force. La souveraineté ou indépendance est, néanmoins, le fondement du système international contemporain, en dépit d'indices ou de tendances d'améliorations rationnelles. Nous devons donc, pour rester positifs et réalistes, accorder nos conceptions avec elle, et en même temps que nous lutterons pour la déflation de la théorie et de la plupart de ses applications pratiques, nous devons reconnaître que l'ordre juridique international actuel est fondé sur une collection d'états qui ont conservé leur liberté intérieure et extérieure, sauf dans la mesure où, en théorie, ils ont accédé de gouverner leurs relations réciproques par des traités, des coutumes et des principes généraux que les tribunaux sanctionneront s'il est nécessaire. La question de la preuve à fournir pour soutenir et prouver les

and principles which thus enjoy judicial recognition is a question for later consideration.

The natural freedom of the individual and the necessity for social control, beginning as conflicting ideals, became ultimately consistent and reconcilable civil objectives within the community. The explanation of the conflict of ideas occupied the attention of political theorists and philosophical jurists from the sixteenth century to the present. The state of nature was deemed by Hobbes as one of war "of every man against every man", and it was the effort to find a moral justification for the prevention of the endless strife thus envisaged which induced Bodin's idea of positing the uncontested monarchical authority in the State, rationalized by Hobbes as the "absolute sovereignty" of the King. Notions have changed as to the sources of power in the State. But the conflict between individual and social needs is not easily disposed of, and at various periods the honors have shifted. The eighteenth century worked out compromises, labelled as the doctrine of natural law, which were to serve as a guide to the conduct of the State, protecting, as Locke maintained, certain individual rights already in existence. Hence the growth of restraints on the ruler, first customary and voluntary, then constitutional and imposed, and as democracy has grown, a clearer conception that social good and individual good are not mutually antagonistic but differing aspects of the same objective. The substitution of "natural" freedom by civil freedom guaranteed on a basis of law and not force, was found to be the

coutumes et les principes qui jouissent ainsi de la reconnaissance judiciaire fera l'objet d'un examen ultérieur.

La liberté naturelle des individus et la nécessité d'un contrôle social, conflit d'idéals à l'origine, sont devenues finalement des objectifs civils, compatibles et conciliables, dans la communauté. L'explication du conflit des idéals retint, du *xvi^e* siècle à nos jours, l'attention des théoriciens des sciences politiques et des juristes philosophes. Hobbes considérait que l'état de nature était un état de guerre « de l'homme contre l'homme », et ce fut l'effort pour trouver une justification morale à l'intervention pour prévenir la lutte sans fin en découlant qui inspira à Bodin l'idée d'affirmer l'autorité monarchique incontestée dans l'Etat, rationalisée par Hobbes en « souveraineté absolue » du Roi. Les conceptions ont changé quant à l'origine du pouvoir de l'Etat, mais il n'est pas aussi facile de trancher le conflit entre les besoins des individus et ceux de la société, chacun étant mis tour à tour à l'honneur suivant les époques. Le dix-huitième siècle élaborait un compromis, baptisé la doctrine du droit naturel, qui devait servir de guide pour la conduite de l'Etat, en protégeant, comme le réclamait Locke, les droits individuels déterminés déjà existants. D'où le développement de limitations imposées au souverain, coutumières et volontaires d'abord, puis constitutionnelles et obligatoires, et avec la croissance de la démocratie, une conception plus claire que le bien social et le bien individuel ne sont pas antagonistes, mais forment deux aspects d'un même objet. On trouva que substituer à la liberté « naturelle » la liberté civile, garantie sur les bases de la loi et non de la force, serait le moyen le plus effectif et le plus sûr qui permit aux

most effective and the only practical means of self-preservation within the State. Notwithstanding political and industrial revolution and the stratification of economic classes the society on the whole has realized that the conditions of self-preservation lie in the exchange of an unlimited individual freedom of action for a co-operative system of rules which assure as much individual freedom as is consistent with the promotion of the common welfare. The constitutional state of the twentieth century, whatever the variations in the distribution of power among social groups, has been the logical outcome. Instead of perpetuating Bodin's ancient theory of the State and government as a lawmaking creature itself above the law — a needlessly anarchistic conception which has tinctured the views of the State entertained by most of the Anglo-American schools of analytical jurists — the theory of the constitutional State substituted the civilized conception of the State as a corporation organized by the people for certain public administrative functions and itself subject to legal rules in all its departments.

Are we therefore constrained to admit that international relations, founded upon a theory of sovereignty, tempered by the concessions arising from treaty and judicially recognizable (or, let us concede, even politically sanctioned) custom, are incapable of subjection to a legal order? Grotius, who founded his system upon natural law, supported by the private law conceptions then current during the revived study of the Roman law, derived from natural law his limitations on the arbitrary will of the territorial sovereign.

individus de se préserver à l'intérieur de l'Etat. En dépit de la révolution politique et industrielle, et de la formation hiérarchisée des classes économiques, la société a, dans l'ensemble, compris que les conditions de sauvegarde personnelle reposaient sur l'échange d'une liberté d'action individuelle illimitée contre un système de règles de coopération assurant la plus grande liberté individuelle qui soit compatible avec le développement du bien-être commun. L'état constitutionnel du *xx^e* siècle, quel que soit le mode de répartition du pouvoir entre les différents groupes sociaux, en a été l'issue logique. Au lieu de perpétuer l'ancienne théorie de Bodin, qui érigeait l'Etat et le gouvernement en un être faisant la loi, tout en étant lui-même supérieur à la loi — théorie inutilement anarchique dont se sont imprégnées les conceptions de l'Etat développées par la plupart des écoles anglo-américaines de juristes analystes — la théorie de l'Etat constitutionnel lui substitue la conception civilisée d'un Etat considéré comme une personne morale, organisée par le peuple pour remplir certaines fonctions administratives, soumise elle-même aux règles du droit, dans tous ses départements.

Sommes-nous, alors, contraints d'admettre que les relations internationales, fondées sur une théorie de la souveraineté, tempérée par les concessions nées des traités et des coutumes judiciairement reconnaissables, (ou même, accorderons-nous, politiquement sanctionnées), ne peuvent être soumises à un ordre juridique? Grotius, qui fondait son système sur le droit naturel, soutenu par les conceptions du droit privé répandues alors par la renaissance de l'étude du Droit Romain, tirait du droit naturel des limites à la volonté arbitraire du souverain terri-

He met opposition from men like Machiavelli and Hobbes who, insistent on the conception of a ruler free from external restraint, denied all force or meaning to natural law ; and many of the moderns recognizing with Bodin the réconcilability of internal sovereignty with external subjection to rules of the law of nations, explain the phenomenon on the principle of auto-limitation — a product of concession, not compulsion. Let us leave aside, for the moment, the source of the limitation, and welcome the admission that the State is subject to international law.

The issue then turns upon the nature and sanction of the subjection. It was once found in natural law, deduced from considerations of human reason and natural justice. The eighteenth century saw the glimmerings of an international social compact by which states surrendered a part of their “ natural ” freedom to secure the greater benefit of an organized community. Confession of obedience to the theory, however, is still unusual. Yet the search for a universal scheme of things governing all mankind, as a substitute for the medieval Emperor and Pope, has never ceased. The bond of social solidarity which is claimed as the *raison d'être* of the modern State is also posited in international relations, which demand intercourse and co-operation, an idea reflected in the plan of the League of Nations, in the proposed European Union, in innumerable international conferences on matters of administrative regulation of common interests and more particularly in the extra-State organizations like the Internationales. But the idea is still far from

torial. Il rencontra l'opposition d'hommes comme Machiavel et Hobbes qui, insistant sur la conception d'un souverain libre de toute contrainte externe, refusaient d'accorder aucune force ou aucune signification au droit naturel ; et beaucoup des auteurs modernes, reconnaissant avec Bodin la compatibilité de la souveraineté interne et de la soumission externe aux règles du droit des gens, expliquent le phénomène par le principe de l'auto-limitation — résultat de la concession et non de la contrainte. Ecartons, pour le moment, l'origine de la limitation, et admettons que l'Etat soit soumis, assujetti au droit international.

Toute la question des relations internationales dépend alors de la nature et la sanction de la sujétion. La réponse à cette question fut trouvée d'abord dans le droit naturel, déduite de considérations sur la raison humaine et la justice naturelle. Le xviii^e siècle commença à percevoir, mais seulement dans une demi-lumière, l'idée d'un pacte social international, par lequel les Etats renonceraient à une partie de leur liberté « naturelle » pour s'assurer le plus grand avantage d'une communauté organisée. Ceux qui confessent obédience à cette théorie, toutefois, sont encore rares. Cependant, on n'a jamais cessé de rechercher un système universel gouvernant l'humanité entière, qui remplacerait l'Empereur ou le Pape médiévaux. Le lien de solidarité sociale, qui est proclamé comme la *raison d'être* de l'Etat moderne, a aussi sa place dans les rapports internationaux, qui réclament la coopération et l'échange : c'est là une idée qui se reflète dans le plan de la Société des Nations, dans le projet d'Union Européenne, dans les innombrables conférences internationales sur des matières de réglementation administrative d'intérêts communs et plus spécialement dans les organisations extra-gouver-

realization in the more vital relations of states. While recognizing that political shortsightedness impairs that co-operation which an integrated twentieth century world imperatively demands, and thus stifles among the nations the growth of an ordered life and of its necessary concomitant, law, we are far enough advanced to contradict the views of men like Gilchrist that "each state is independent *and* interprets for itself how far the principles of international law are to apply"; for the nineteenth and twentieth centuries have created international courts which, whether vested with a physical power of enforcement or not, find their judgments obeyed and executed without resistance because there does prevail a civilized conception of the function of courts as law-declaring bodies and because few nations will care to run the risk of defying the law thus announced. Enforcement is a political, not a judicial function, and when rules are declared by courts, we have sufficient authority and justification for denominating them as legal. In the short period of the existence of the Permanent Court of International Justice, Professor Bruns' Institute has established that the Court has announced over four hundred propositions of law ¹.

To say that each state determines for itself "how far the principles of international law are to apply" is demonstrably false. It is true that compulsory submission, even of legal disputes, to international tribunals is not yet a general practice, though one that is growing. Yet the practice of submitting cases to arbitration, which has become so common as no longer to attract public attention,

nementales, comme les Internationales. Mais, l'idée est encore loin de réalisation dans les relations plus vitales des états. Tout en reconnaissant que l'imprévoyance politique, affaiblit cette coopération que demande impérativement le monde intégré du xx^e siècle, et entrave ainsi l'avènement, entre nations, d'une vie organisée et de son complément nécessaire, le droit, nous sommes suffisamment avancés pour contredire les conceptions d'hommes tels que Gilchrist pour qui « chaque état est indépendant et décide pour lui-même la mesure dans laquelle les principes du droit international doivent être appliqués ». Car le xix^e et le xx^e siècles ont créé des cours internationales qui, pourvues ou non d'un pouvoir physique de contrainte, ont vu leurs jugements suivis et exécutés sans résistance, parce qu'une conception civilisée de la fonction des tribunaux, comme corps déclarant le droit, prévaut, et parce que peu d'états se soucieraient de courir le risque de braver le droit ainsi proclamé. La mise en force du droit est une fonction politique, et non pas judiciaire, et lorsque les règles sont déclarées par les Cours, nous avons une autorité et une raison suffisantes pour les appeler juridiques. L'Institut du Professeur Bruns a établi que la Cour Permanente de Justice Internationale, dans sa courte période d'existence a proclamé plus de quatre cents propositions de droit ¹.

On peut démontrer qu'il est faux de dire que chaque état peut déterminer pour lui-même « la mesure dans laquelle les principes du droit international devront être appliqués ». Il est vrai que la soumission obligatoire, même des conflits d'ordre juridique, aux tribunaux internationaux n'est pas encore générale, bien qu'elle soit en train de se développer. Mais la pratique de soumettre les cas à l'arbitrage, devenue

has resulted in decisions which have been carried out with a uniformity quite comparable to that prevailing within any civilized state with respect to municipal decisions. The very few which have not been carried into execution have been explained on the ground of departure by the tribunal or Arbiter from the terms of submission or similar exceptional circumstance. Thousands of such decisions have built up a body of international rules which have served as important precedents and to which it seems difficult to deny the character of law in the strictest sense. It may not all be good law and it may not all be international law ; but it is a rule judicially declared by a tribunal having jurisdiction, and as it is carried out as a matter of course, it would seem extraordinary to deny it legal character. The weakness in the system lies in the facts (1) that the most vital relations and interests of nations — those in the political, economic, and psychological field — have so largely not yet been brought within the domain of law, but rest mainly in policy and the *domaine réservé* ; (2) that nations can in general hardly yet be compulsorily haled into court even for the submission of legal questions ; and (3) that the ageold reliance upon force has nurtured habits of thought which induce many states instinctively to settle their disputes by invoking political rather than legal processes. Nor are they willing adequately to appreciate the other peoples' point of view, and thus to make concessions which business men must constantly make in order to maintain tolerable relations with their

si commune qu'elle n'attire plus l'attention du public, a abouti à des décisions qui ont été exécutées avec une uniformité tout à fait comparable à celle dont bénéficient les décisions de droit interne, dans tout état civilisé. Les très rares cas de non-exécution peuvent être expliqués par le fait que le tribunal ou l'Arbitre s'était écarté des termes du compromis ou par quelque autre circonstance exceptionnelle analogue. Ces milliers de décisions ont échafaudé un corps de règles internationales, qui ont servi de précédents importants, et auxquelles il semble difficile de refuser le caractère de droit au sens le plus strict. Il se peut que tout ne soit pas du bon droit, et il se peut que tout ne soit pas du droit international ; mais il semblerait extraordinaire de refuser un caractère juridique à une règle judiciairement déclarée par un tribunal ayant juridiction, et exécutée comme une chose toute naturelle. La faiblesse du système tient au fait : 1^o) que les relations et les intérêts les plus vitaux des nations — sur le terrain politique, économique et psychologique — n'ont, dans une très large mesure, pas encore été incorporés dans le domaine du droit, mais demeurent principalement de la politique et du *domaine réservé* ; 2^o) que les nations en général ne peuvent guère être conduites par contrainte devant les tribunaux, même pour leur soumettre des questions juridiques ; et 3^o) que la confiance séculaire accordée à la force a nourri des habitudes de pensée qui conduisent instinctivement beaucoup d'états à régler leurs différends en recourant à des procédés politiques plutôt que légaux. Ils ne sont pas portés non plus à apprécier exactement le point de vue des autres nations, ni, partant, consentir à ces concessions que les hommes d'affaires doivent constamment faire pour garder avec leurs confrères des relations tolérables. Les états puissants préfèrent se constituer eux-mêmes demandeurs,

fellow-men. Strong states prefer to constitute themselves plaintiff, judge, and sheriff in their own cause, and as yet, within limits none too broad, there is little effective power to stop them. It demonstrates a lack of that self-restraint and long-range vision which is the distinguishing mark of civilization.

Within the field where legal processes have been in operation, among which diplomacy may be included, not an inconsiderable body of technical international law has grown up. Even in the absence of precise judicial determination, Foreign Offices feel themselves bound by this body of law, and where the existence of a rule is fairly free from dispute, no Foreign Office would normally think of defying it. When, e. g., the American President or Secretary of State on the demand of foreign nations, invoking a rule of international law, releases an alien from the military service² or releases a rum-runner seized outside the three-mile limit³ and thereby overrides a Statute of Congress and a supporting decision of a municipal court, he is acting as a societal agent of the American people and American State and is recognizing the binding character of international law as law in the United States and everywhere else. When foreign nations refused to permit Russia and Japan to make foodstuffs contraband or in other respects to violate the rights of neutrals^{3a}; when foreign nations deny to the countries of Latin America the privilege of unilaterally defining the term "denial of justice"⁴ or, by contract with their citizens, of exacting a waiver of the privilege of invoking diplomatic protection⁵ — they are

juges et huissiers dans leur propre cause, et jusqu'à présent, il n'existe encore, et dans des limites très étroites, qu'un pouvoir bien peu effectif de les en empêcher. Ce qui démontre un défaut de domination de soi-même et l'absence de la vision à large horizon qui est la marque distinctive de la civilisation.

Dans la mesure où les procédés juridiques ont opéré, et parmi ceux-ci on peut comprendre la diplomatie, un corps de droit technique international, dont il ne faudrait pas mésestimer l'importance s'est établi. Les ministères des Affaires Étrangères se sentent liés par ce corps de droit, même en l'absence de décision judiciaire précise, et lorsque l'existence d'une règle n'est pas contestée, aucun d'eux ne penserait normalement à la violer. Quand, par exemple, sur la demande d'une nation étrangère invoquant une règle de droit international, le Président ou le Secrétaire d'Etat Américain dispense un étranger du service militaire², ou relâche un navire faisant la contrebande du rhum saisi hors de la limite des trois milles³, écartant par là un statut du Congrès et une décision conforme d'un tribunal national, il agit comme agent social du peuple et de l'Etat Américains, et il reconnaît le caractère obligatoire du droit international en tant que droit aux Etats-Unis aussi bien que partout ailleurs. Quand les nations étrangères ont refusé de permettre à la Russie et au Japon de faire des vivres une contrebande de guerre ou bien de violer à d'autres égards les droits des neutres^{3a}; quand les nations étrangères refusent aux pays de l'Amérique Latine le privilège de définir unilatéralement le terme de « déni de justice »⁴, ou d'exiger, par contrat avec leurs nationaux, l'abandon du droit d'invoquer la protection diplomatique⁵ — elles invoquent le droit international en tant

invoking international law as a rule of law superior to any contrary rule of municipal law ⁶. Within its sphere, international law, though it constitutes but one aspect of international relations, is necessarily controlling over national law; otherwise it would be idle to consider it of any value at all. Nor are nations bound only to the extent that they wish to be bound, for that would leave them entirely free. International law is controlling because states have discovered that international tribunals will assess damages for its breach, whether the breach be embodied in municipal legislation, municipal decision, or administrative action.

International law is thus a restraint on freedom of action, on "sovereignty" if one will, and is not without societal agents who declare it; and states are obliged, not merely by a sense of decency, but by even stronger sanctions, to give it effect. Departures by recalcitrant states have been temporary only, for the conditions of organized existence have compelled obedience to the rules of the organization when publicly declared, even if only by the secondary restraint of damages or, in extremes, socially approved force. The rules of international law which were given effect in the cases above mentioned were not an expression of political strength, but a conviction that it was an established rule of international law, adequately tested by experience, from which no state can legally escape. The mere fact that violations of international law occur and occasionally go unredressed, as belligerents violated neutral rights during

que règle de droit supérieure à toute règle contraire du droit interne ⁶. Dans ce domaine, le droit international, bien qu'il ne constitue qu'un des aspects des relations internationales, contrôle nécessairement le droit interne; il serait vain, autrement, de lui reconnaître quelque valeur. Les nations ne sont pas non plus liées dans la mesure seulement où elles le veulent bien; car cela les laisserait entièrement libres. Le droit international est obligatoire parce que les états ont découvert que les tribunaux internationaux accorderaient un droit à réparation des dommages résultant de sa violation, même si cette violation était consacrée par une loi, une décision judiciaire ou une action administrative nationales ou municipales.

Ainsi, le droit international est une limite apportée à la liberté d'action, à la « souveraineté » si l'on veut, et il ne manque pas d'agents sociaux qui le déclarent; les états ne sont pas seulement obligés de l'appliquer par esprit de décence, mais encore par des sanctions plus fortes. Les écarts des états récalcitrants n'ont été que temporaires; car les conditions de la vie organisée ont imposé obéissance aux règles d'organisation une fois publiquement déclarées, ne fût-ce que par la contrainte indirecte et secondaire de la menace de dommages-intérêts ou, en dernière extrémité, de la force socialement approuvée. Ce ne fut pas pour exprimer une force politique que l'on appliqua les règles de droit international dans les cas susénoncés, mais parce que l'on était convaincu que c'étaient des règles établies, justement approuvées par l'expérience, et qu'aucun état ne peut légalement éviter. Le simple fait que des violations du droit international aient été commises et qu'il soit arrivé qu'il n'en ait pas été fait justice, comme les violations des droits des neutres par les belligérants durant la dernière guerre, n'est

the late war, is no evidence that the rules violated are not law, any more than the no less frequent violation of municipal law is evidence of its non-legal character. While the sanctions of international law are somewhat different from those operating in municipal law and while international law is not always certain, not any more than is municipal law, the sanctions are none the less effective and the interpretative agencies none the less active.

How is international law created and established, if, as is so frequently asserted, it rests upon the "consent" of nations? If it were true that it rested upon "consent" alone, the Austinians would be right in saying that it would be only a moral obligation, for consent once given can presumably be withdrawn, and a moral obligation is not legally enforceable or binding. Lacking visible penalties or sanctions in the control of any superior, it demonstrated to the Austinians its inconsistency with law⁷.

Yet it can easily be demonstrated that it is only with respect to new legislation in the form of multilateral treaties or codification that international law depends upon the will or consent of states, and that with respect to the great body of international law growing out of custom, the State is bound thereby as a condition of its admission to and continued recognition as a member of the family of nations, independently of its will or consent. The requirement of unanimity or consent or the view that autolimitation explains the binding character of international law condemns the system to sterility and practical futility. States are bound not because they

pas plus une preuve que les règles violées ne sont pas du droit, que la violation non moins fréquente du droit interne n'est une preuve de son caractère non-juridique. Quoique les sanctions du droit international soient différentes de celles qui opèrent dans le droit interne, et quoique le droit international ne soit pas toujours certain, pas plus d'ailleurs que le droit interne, ses sanctions sont non moins effectives et ses agents interprétatifs non moins actifs.

Comment créer et établir le droit international, si, comme on l'affirme si souvent, il repose sur le « consentement des nations »? S'il était vrai qu'il reposât sur le « consentement » seul, les Austinians auraient raison de dire qu'il n'est qu'une obligation morale; car on peut supposer que le consentement une fois donné peut être retiré, et une obligation morale n'est pas juridiquement sanctionnée ni obligatoire. Pour les Austinians, cette absence évidente de pénalités ou de sanctions, par un contrôle supérieur, démontre qu'il est incompatible avec le droit⁷.

Cependant on peut facilement démontrer que le droit international ne dépend de la volonté ou du consentement des états que par rapport à la législation nouvelle, formée par les traités plurilatéraux ou la codification, et que, par rapport au grand corps du droit international issu de la coutume, l'obligation de l'état constitue une condition de son admission et de sa reconnaissance continue comme membre de la famille des nations, indépendamment de sa volonté ou de son consentement. Exiger l'unanimité ou le consentement, ou considérer que l'auto-limitation explique le caractère obligatoire du droit international, est condamner le système à la stérilité et à l'inutilité pratique. Les Etats sont

wish or consent to be bound, but because they cannot help themselves. Nations have paid damages for breaches of international law not because they wished or consented but because they could not consistently evade the obligation imposed by a rule which a societal agent, like an international court, has solemnly declared. States are normally law-abiding ; and one cannot read their diplomatic correspondence without the conviction that they govern their reciprocal conduct by adherence to law and precedent. A violation of either at once arouses protest, a fair indication that the guiding rule of conduct is deemed to be binding, predictable and enforceable.

When, at the Hague Codification Conference of 1930, the Salvadorean delegate sought to introduce a proposition that "international obligations are those arising from treaties or from established custom recognized as law by all states", he implicitly expressed the view that binding rules of international law rest upon consent ; the refusal of the majority of the delegates to accept any such narrow and, indeed, illegal view of international law indicates the unsoundness of the doctrine proposed. Many now well established rules of international law, embodied in hundreds of arbitral decisions, are distasteful to some of the countries particularly burdened by them, and it is not unnatural that they should seek escape from the obligation by invoking the supposed theory that international law rests upon consent. This is far from implying that a majority can permanently crystallize the law, or that there is no

liés, non parce qu'ils le souhaitent ou parce qu'ils y consentent, mais parce qu'ils ne peuvent l'éviter. Les nations ont payé des dommages pour leurs manquements au droit international, non parce qu'elles le souhaitèrent ou y consentirent, mais parce qu'elles ne pouvaient en logique échapper à l'obligation solennellement déclarée par un agent de la société, tel qu'un tribunal international. Normalement les Etats se soumettent au droit ; et l'on ne peut lire leur correspondance diplomatique sans acquérir la conviction qu'ils gouvernent leur conduite réciproque d'après le droit et les précédents auxquels ils adhèrent. Toute violation soulève immédiatement des protestations, signe certain que l'on considère la règle de conduite comme étant impérative, prévisible et coercitive.

Lorsque, à la Conférence de Codification de La Haye de 1930, le délégué du Salvador chercha à introduire une proposition portant que « les obligations internationales sont celles qui naissent de traités ou de coutumes établies, reconnus comme droit par tous les Etats », il exprima implicitement l'opinion que les règles impératives du droit international reposaient sur le consentement ; le refus de la majorité des délégués d'accepter une conception aussi étroite, — et, à vrai dire aussi peu juridique — du droit international, atteste la faiblesse de la doctrine proposée. Beaucoup des règles actuellement bien établies du droit international déplaisent à quelques-uns des pays qu'elles chargent particulièrement, et il est assez naturel que ceux-ci cherchent à échapper aux obligations qu'elles leur imposent en invoquant la théorie qui suppose que le droit international repose sur le consentement. Mais, cela n'implique pas que la majorité puisse pétrifier à jamais le droit, ni qu'il ne

uncertainty about a rule which has majority support. Thirteen states at The Hague Conference refused to admit the permanent validity as international law of the three-mile limit, and while no agreement could be reached on any codified rule, this is far from saying either that the three-mile rule is a final rule of law or that there is no rule on the subject. It probably means that, when the question is again presented for judicial determination, a dent may be made in what is still regarded by the majority of countries and jurists as the prevailing three-mile rule. The rule may be in a transition stage. The machinery for the imperative element in the law, legislation, is in so rudimentary a state in international society, that treaties and court decisions will continue to constitute the main instruments for the expression of changes in the legal structure.

Sources

Is there a given technique for establishing the existence of a rule of international law ? Are there given sources from which a rule may be derived ? How is international law found, declared, recognized, and accepted ? All these are questions of profound interest to all persons and states affected by an international issue. Article 38 of the Statute of the Permanent Court of International Justice has endeavored to simplify the task of judges by outlining a series of sources which the Court may invoke, subject to limitation by the *compromis* of submission. The sources are listed as follows :

puisse exister aucune incertitude quant à une règle soutenue par la majorité. Treize Etats refusèrent à la Conférence de La Haye d'admettre la validité permanente, quant au droit international, de la limite des trois milles, et aucun accord ne put être atteint quant à la codification de la règle, ce qui ne veut pas dire, soit que la règle des trois milles soit une règle de droit définitive, soit qu'il n'y ait pas de règle à ce sujet. Cela signifie probablement qu'un coup pourrait être porté, lorsque la question se présentera à nouveau au jugement des tribunaux, à la règle des trois milles, considérée encore comme prépondérante par la majorité des pays et des juristes. La règle peut être dans un état transitoire. La machinerie pour l'introduction de l'élément impératif dans le droit, la législation, est dans un état si rudimentaire dans la société internationale, que les traités et les décisions des tribunaux continueront d'être les instruments principaux servant à exprimer les transformations de la structure du droit.

LES SOURCES

Y a-t-il une technique donnée pour établir l'existence d'une règle de droit international ? Y a-t-il des sources données d'où l'on puisse tirer une règle ? Comment le droit international est-il trouvé, déclaré, reconnu, accepté ? Ces différentes questions présentent un intérêt profond pour toutes les personnes et tous les états affectés par un litige international. L'Article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale s'est efforcé de simplifier la tâche des juges en indiquant une série des sources que la Cour peut invoquer, sous réserve des limitations apportées par le *compromis* ou la soumission à arbitrage. La liste des sources est établie comme il suit :

1. International conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states ;

2. International custom, as evidence of a general practice accepted as law ;

3. The general principles of law recognized by civilized nations ;

4. Subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto.

1. With respect to international conventions, it seems obvious that an agreement among the contesting parties would be the first source of reference for decision. Yet if the treaty is clear in its application to particular facts — omitting from consideration groups of claims submitted to a commission — the chances are that the parties would have settled the case, and not permitted it to come before an international tribunal. On the assumption that it is not clear, any court would be bound to adopt rules of construction and interpretation ; and perhaps it is true that most legal disputes turn on the meaning of words. So the Permanent Court, like other tribunals, national and international, in all ages, has begun to set up a series of principles for their guidance in construction and interpretation. Although Paragraph 1 of Article 38 mentions general before parti-

I. — Les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige ;

II. — La coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme loi ;

III. — Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;

IV. — Sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des diverses nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties y consentent, de statuer *ex æquo et bono*.

1. Quant aux conventions internationales, il semble évident qu'un accord intervenu entre les parties en litige soit la première source à laquelle se référer pour la décision de ce litige. Cependant si le traité est clair dans son application aux faits particuliers de la cause — abstraction faite de groupes de revendications soumis à une commission — il y a des chances pour que les parties aient réglé elles-même le cas, et n'aient pas permis qu'il vienne devant un tribunal international. Si l'on suppose que le traité n'est pas clair, tout tribunal sera obligé d'adopter des règles de « construction » pour en interpréter les termes ; et peut-être est-il vrai que la plupart des discussions juridiques roulent sur la signification de mots. Aussi, la Cour Permanente, comme de tous temps tous les autres tribunaux, nationaux ou internationaux, a-t-elle commencé par établir une série de principes pour la guider dans

cular conventions, it is probable that the particular would take precedence over the general. Where there are several admissible interpretations of a word or phrase, the Permanent Court has said that it will adopt that which involves the minimum of obligation (Advisory Opinion 12). Actions of the parties under the treaty will be invoked as an aid in interpreting ambiguity (Advisory Opinion 2). The intention of the parties is the controlling guide in interpretation of ambiguity, to establish which preliminary negotiations will be examined (Advisory Opinion 12). Other subordinate rules have been announced⁸. While the mechanics of interpretation must necessarily be developed by all courts, no judge will find himself seriously limited by previously announced rules of interpretation in arriving at a decision which he considers essentially sound and just, so that the rule of interpretation which he adopts may often prove to be a mere rationalization for justifying the decision arrived at.

2. With reference to "international custom, as evidence of a general practice accepted as law", it may be said the wording of the paragraph is most ambiguous. It would have been better to stop with the words "international custom", without endeavoring to explain its nature or source. The phrase "accepted as law" gives rise to the inference that universal acceptance might be thought necessary, an inference not greatly weakened by the words "general practice". It has already been observed that few of the rules of

son travail de « construction » ou interprétation. Bien que le paragraphe I de l'article 38 nomme les conventions générales avant les conventions particulières, il est probable que les conventions particulières prévaudraient sur les conventions générales. Lorsqu'il existe plusieurs interprétations possibles d'un mot ou d'une phrase, la Cour Permanente a dit qu'elle adopterait celle qui implique le minimum d'obligation, (Avis consultatif 12). Les actes des parties liées par le traité seront invoqués pour aider à en interpréter l'ambiguïté (Avis consultatif 2). L'intention des parties est le guide décisif pour l'interprétation des ambiguïtés du contrat et pour établir quelles sont celles des négociations préliminaires qu'il y a lieu d'examiner (Avis consultatif 12). D'autres règles subordonnées ont été proclamées⁸.

Tant que le mécanisme de l'interprétation devra être développé par toutes les Cours, aucun juge ne se trouvera sérieusement limité par les règles d'interprétation, antérieurement énoncées dans son effort pour arriver à une décision qu'il considère comme essentiellement saine et juste, de sorte que la règle d'interprétation qu'il adopte peut souvent être démontrée ne constituer qu'un raisonnement destiné à justifier la décision prise.

2. Quant à « la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme loi », on peut dire que le libellé du paragraphe est des plus ambigus. Il aurait été meilleur de s'arrêter aux mots « coutume internationale » sans chercher à expliquer sa nature ou son origine. La phrase « acceptée comme loi » permet de conclure qu'on peut penser que l'acceptation universelle est nécessaire, conclusion que n'affaiblissent pas beaucoup les mots « pratique générale ». On a déjà vu qu'il y a peu de règles de droit touchant à des sujets

law touching on important subjects are universally accepted, particularly by those whom the rule customarily burdens or obliges. If universality or actual consent were demanded and if the clause were to be literally interpreted, it would do more harm than good in the growth of law. Its opportunity for utility, therefore, lies in disregard of the definitional limitation placed upon "international custom", and there is evidence that the Permanent Court has already disregarded it, as have international tribunals ever since those sitting under the Jay Treaty of 1794.

But how is custom determined? We speak of usage giving rise to custom. But how is custom to be proved and at what stage can custom be deemed to have become authoritative? This largely rests in the opinion of judges, and as the contesting Parties are likely to entertain differing views on the existence of the custom in issue, decisions are usually made by the majority of a tribunal, which thus "declares" the law for the moment. Thus, the debated question whether a country may exercise criminal jurisdiction over a foreigner committing a crime against a national beyond the national territory, which arose in the *Cutting* and in the *Lotus* cases, was answered in the negative by a bare majority of the Permanent Court of International Justice⁹, notwithstanding the fact that Italy, Brazil, Turkey and other countries undertake in their penal codes to assume such jurisdiction. To persuade judges, therefore, an unlimited assortment of evidence may be introduced by the Parties, evidence which for the most part would be excluded by municipal courts,

importants qui soient universellement acceptées, surtout par ceux qui en subissent habituellement la charge et les obligations. Si l'on demandait un consentement universel ou effectif, et si la clause devait être interprétée littéralement, cela ferait plus de mal que de bien au développement du droit. Par conséquent, il est pratiquement opportun de négliger la définition limitative donnée de la « coutume internationale », et on a la preuve que la Cour Permanente l'a déjà négligée, comme l'ont toujours fait les tribunaux internationaux, depuis ceux qui ont siégé sous le traité de Jay de 1794.

Mais comment cette coutume est-elle déterminée? Nous parlons d'un usage donnant naissance à la coutume. Mais comment prouver la coutume, et à quel moment peut-on considérer qu'elle est devenue obligatoire? Ceci repose, en grande partie sur l'opinion des juges, et comme les Parties en conflit entretiennent vraisemblablement des idées différentes quant à l'existence de la coutume litigieuse, les décisions sont généralement faites par la majorité du tribunal, qui « déclare » ainsi quel est le droit pour le moment donné. Ainsi, dans le cas *Cutting* et dans le cas du *Lotus*, où la question débattue était de savoir si un pays pouvait exercer sa juridiction criminelle contre un étranger ayant commis un crime contre un national hors du territoire national, une petite majorité de la Cour Permanente de Justice Internationale répondit négativement, malgré que l'Italie, le Brésil, la Turquie et d'autres pays eussent entrepris dans leurs codes criminels d'assumer cette juridiction. Pour persuader les juges, les Parties peuvent, par conséquent, invoquer tous les modes de preuve, — modes de preuves que les tribunaux nationaux,

especially those of England and America, as of inadequate probative force. But international courts, not being restricted by those technical rules of evidence which were a concomitant of the jury system, and international law being admitted in an early stage of development, all types of record and opinion may constitute the instruments of persuasion. Thus, records or documents tending to evidence the practice of states, including treaties — though treaties occasionally show what practice is not — national statutes and decrees, instructions to diplomatic and consular officers, particularly at international conferences, the views of important delegates at such conferences, the report of the *rapporteur*, the opinions of attorneys general and other law officers, diplomatic correspondence and executive action by particular states in international affairs, and the decisions of prize courts and other municipal courts, have been adduced before international courts. Naturally, it requires an informed judge to sift this mass of material, for often much of it will represent minority views only or be directly contrary to international law, as, e. g., the vast majority of the decisions of prize courts in the late war, carrying into effect municipal decrees which themselves egregiously violated international law. But all this evidence is as a class admissible to prove the practice of states, as evidence of custom, and hence law. More reliable, perhaps though even less authoritative as evidence of custom, are the opinions of publicists, manifesting what some courts have been pleased to call “general opinion”. With respect

notamment en Angleterre et en Amérique, refuseraient pour la plupart pour insuffisance de force probante. Mais, les tribunaux internationaux n'étant pas limités par ces règles techniques de la preuve, corrélatives du système des jurys, et le droit international étant reconnu se trouver dans un stage primitif de développement, tous les types de documents et d'opinions peuvent constituer des instruments de persuasion. Ainsi, on a produit devant des tribunaux internationaux, des pièces d'archives et des documents tendant à prouver quelle est la pratique des états, y compris les traités — bien que les traités contiennent souvent ce qui n'est pas de la pratique — des lois et des décrets nationaux, des instructions données aux agents diplomatiques et consulaires, particulièrement dans les conférences internationales, ainsi que les vues des délégués notoires aux dites conférences, le rapport du rapporteur, les opinions des procureurs généraux et autres officiers de justice, la correspondance diplomatique et les actes d'exécution accomplis, par les états particuliers dans les affaires internationales, et les décisions de tribunaux de prises ou d'autres tribunaux nationaux. Naturellement il faut un juge bien renseigné pour dépouiller cette masse de matériaux, dont souvent une grande partie ne représente que l'opinion de la minorité ou bien est directement contraire au droit international, comme par exemple la grande majorité des décisions des tribunaux des prises pendant la dernière guerre, où l'on appliquait des décrets nationaux qui violaient d'une manière insigne le droit international. Mais, toutes ces preuves forment comme une classe de moyens admissibles pour prouver la pratique des états, en tant que preuve de la coutume, et partant du droit. L'opinion des publicistes, manifestant ce que certaines cours se sont plu à appeler l'« opinion générale », est, en tant que preuve de la coutume, peut-être plus digne de confiance, bien qu'elle ait moins d'autorité. La Cour

to these, the United States Supreme Court has said, in an opinion which has become almost classic ¹⁰ :

“ International law is part of our law, and must be ascertained and administered by the courts of justice of appropriate jurisdiction, as often as questions of right depending upon it are duly presented for their determination. For this purpose, where there is no treaty, and no controlling executive or legislative act or judicial decision, resort must be had to the customs and usages of civilized nations ; and, as evidence of these, to the works of jurists and commentators, who by years of labor, research and experience, have made themselves peculiarly well acquainted with the subjects of which they treat. Such works are resorted to by judicial tribunals, not for the speculations of their authors concerning what the law ought to be, but for trustworthy evidence of what the law really is. ”

Finally, a growing source of law, not only as evidence of custom, but as precedents for the decision of cases, are the decisions of international tribunals — and even occasionally of national courts dealing with international questions. Since 1794, thousands of these decisions have been rendered, not always by qualified judges and not always under treaties which observe international law. But legal questions are most satisfactorily settled by courts, and the mere fact that an internationally constituted tribunal has decided a question of international law, is bound to carry considerable weight. The mul-

Suprême des Etats-Unis a dit d'elle, dans un considérant devenu presque classique ¹⁰ :

« Le droit international est une partie de notre droit, et il doit être fixé et administré par les Cours de Justice ayant une juridiction compétente, toutes les fois que des questions de droit qui en dépendent leur sont dûment présentées pour être réglées. On doit dans ce but, lorsqu'il n'existe ni traité, ni acte législatif ou de l'exécutif, ni décision judiciaire pour donner une direction, recourir aux coutumes et aux usages des nations civilisées ; et, pour prouver ceux-ci, aux ouvrages des juristes et des commentateurs, qui, par des années de travail, de recherches et d'expériences, ont acquis une connaissance particulièrement étroite des sujets dont ils traitent. Les tribunaux judiciaires ne doivent pas recourir à ces ouvrages pour y chercher les spéculations des auteurs relatives à ce que le droit devrait être, mais pour y trouver une preuve digne de foi de ce qu'il est réellement. »

Enfin, les décisions des tribunaux internationaux, — et même à l'occasion des tribunaux nationaux s'occupant de questions internationales —, forment une source du droit qui se développe sans cesse, non seulement comme preuve de la coutume, mais comme précédents pour la décision des cas. Depuis 1794, des milliers de ces décisions ont été rendues, non pas toujours par des juges qualifiés, ni toujours en application de traités observant le droit international. Mais, les tribunaux tranchent les questions de droit de la façon la plus satisfaisante, et le simple fait qu'un tribunal constitué internationalement ait décidé d'une

tiplication of decisions on certain points that reappear frequently, such as the international responsibility of states to other states for unredressed injuries sustained by aliens, gradually builds up a doctrine, which, by reason of its impartial source, becomes of greatest weight in the decision of future controversies. From such decisions, the element of "consent" is farthest removed; and it may be inferred that the vogue of the "consent" doctrine prevailed mainly at a time when international tribunals were not so common a phenomenon nor their role as creators of law adequately appreciated.

It seems proper to observe, however, that not every decision of an international tribunal is international law. For example, it is becoming more common to include in the *compromis* a clause to the effect that the claimant's failure to exhaust local remedies is not to be deemed a defense to the defendant State ¹¹. In a case where the claimant *should* have exhausted his local remedies, it is difficult to conclude that a decision is according to international law. The tribunal in such a case is acting as any local tribunal or board might act, and is not necessarily applying international law.

Again, treaties often impose upon a tribunal rules of law which are unknown to international law and, indeed, are directly contrary to international law, e. g., some of the provisions of the treaties of 1919 which imposed upon the defeated belligerents liability for war damages during belligerency regardless of fault or even of the *act* of the country held liable. Judge Parker in the German-American

question de droit international, est susceptible d'avoir un poids considérable. La multiplication des décisions rendues sur certains points qui réapparaissent fréquemment, comme par exemple la responsabilité des états envers d'autres états en cas de non répression de dommages subis par les étrangers, construit peu à peu une doctrine, qui, en raison de son origine impartiale, acquiert un très grand poids pour la solution de conflits futurs. L'élément « consentement » est bien écarté de ces décisions; et l'on peut conclure que la vogue de la doctrine du « consentement » a surtout prévalu en un temps où les tribunaux internationaux n'étaient pas des phénomènes aussi communs et, où leur rôle, en tant que créateurs de droit, n'était pas justement apprécié.

Il semble opportun toutefois de remarquer que toute décision d'un tribunal international n'est pas du droit international. Par exemple, il devient très fréquent d'insérer dans le *compromis* une clause prévoyant que l'Etat défendeur ne pourra considérer comme un moyen de défense le non-épuisement des remèdes locaux par le demandeur ¹¹. Il est difficile de conclure qu'une décision qui déclare que l'Etat demandeur *aurait dû* épuiser les moyens locaux, soit conforme au droit international. Dans un tel cas, le tribunal agit comme pourrait agir tout tribunal ou toute administration locale, et il n'applique pas nécessairement le droit international.

De même des traités imposent souvent aux tribunaux des règles de droit qui sont étrangères, ou même directement contraires, au droit international; par exemple, quelques-unes des dispositions des traités de 1919 font peser sur les belligérants vaincus la responsabilité de tous les dommages de la guerre, sans égard à la faute ou même aux *actes* du pays tenu pour responsable. Le Juge Parker souligna, à la Commis-

Mixed Claims Commission functioning under the Agreement of 1922, pointed out the fact that the treaty under which he was acting imposed liabilities upon Germany which international law did not support ¹². The imposition of such extra-legal obligations by force serves to strengthen the reign of politics and to weaken the reign of law.

In a recent memorandum of "Observations" on the Order of the Permanent Court of International Justice dated December 6, 1930, in the case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex between France and Switzerland, Judge Kellogg undertook to comment adversely ¹³ upon the supposed assumption by the Court of "political" powers in suggesting a customs *régime* for the Free Zones. While no one will doubt that it is not within the competence of the Court to "decide purely political questions upon considerations of expediency without regard to the legal rights of the parties" — something of a "straw man" set up by the learned judge — it is much to be doubted whether the suggestions made by the Court in laying down a *régime* for France and Switzerland on which they might come to an agreement can be denominated "political". The judge's assumption that this is the function of courts of arbitration only seems destitute of foundation, and when arbitral tribunals have made suggestions or orders designed to carry a decision into effect or suggesting a basis of settlement on a point which the Court felt unable conclusively to decide — as in the case of Point V on bays, before the Permanent Court of Arbitration at the Fisheries Arbitration at The Hague, no one inferred that the Court was exercising

sion Mixte Germano-Américaine des Réclamations, fonctionnant d'après l'accord de 1922, que le traité sous lequel elle agissait faisait peser sur l'Allemagne des responsabilités que le droit international n'admet pas ¹². Imposer ces obligations extra-légales par la force sert à affermir le règne de la politique et à affaiblir celui du droit.

Dans un Memorandum récent d'« Observations » sur l'Ordonnance de la Cour Permanente de Justice Internationale du 6 décembre 1930, dans le cas des Zones Franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, entre la France et la Suisse, le Juge Kellogg entreprit de critiquer ¹³ la supposition que la Cour ait assumé des pouvoirs « politiques » en suggérant un régime douanier pour les Zones Franches. Alors que personne ne doutera qu'il est hors de la compétence de la Cour « de trancher des questions purement politiques sur des considérations d'opportunité, et au mépris des droits légaux des parties » — un peu comme « l'homme de paille » du savant juge — on peut douter beaucoup que les suggestions faites par la Cour en signalant pour la France et la Suisse un régime sur lequel ces pays pourraient arriver à s'entendre, puissent être appelées « politiques ». Cette croyance du Juge que ce fût là seulement la fonction des tribunaux d'arbitrage semble dénuée de fondement, et lorsque des tribunaux arbitraux ont fait des suggestions ou proposé des règles pour mettre une décision à exécution en proposant les bases d'un règlement sur un point que la Cour ne se sentait pas capable de décider de façon concluante — comme dans le cas du Point V des baies, devant la Cour Permanente d'Arbitrage, à l'Arbitrage des Pêches à La Haye — personne n'a conclu que la Cour eût exercé des pouvoirs

political powers. Nor is it believed correct to say that the Supreme Court of the United States does not exercise such powers as the Permanent Court in the Free Zones assumed. In the case of Virginia v. West Virginia ¹⁴, in the Chicago-Lake Michigan water diversion case ¹⁵, and in the New York-New Jersey water diversion case ¹⁶, administrative *régime* were proposed (through referees) in execution of the court's judgment. A court of equity must mould its decree to effect the settlement of the case. But in truth, it is hard to escape the conclusion that the Supreme Court, in the interpretation of such clauses as the due process clause in police power cases, actually does exercise political powers, for the "legal" conclusion is derived not from legal texts but from the social, economic, and political views of the judges as to what is proper policy. Certain more obvious political questions, such as the *de jure* character of a state government and the President's duty to enforce the Reconstruction Acts in southern states, the Supreme Court has refused to decide ¹⁷. Should the Permanent Court of International Justice decide * that the proposed Austro-German Customs Union is in conflict with the Treaty of St. Germain or the Austrian Financial Agreement of 1922 on which the League of Nations loan was made, there might be more basis for the suggestion that political and not legal considerations dictated the decision. In view of Judge Kellogg's observa-

politiques. Et il ne paraît pas plus exact de dire que la Cour Suprême des Etats-Unis n'exerce pas des pouvoirs semblables à ceux que la Cour Permanente a assumés dans les Zones Franches. Dans le cas Virginie contre Virginie de l'Ouest ¹⁴, dans les cas du détournement d'eau de Chicago contre Lac Michigan ¹⁵, et de New-York contre New-Jersey ¹⁶, des régimes administratifs furent proposés (par l'intermédiaire de commissaires judiciaires, Referees) en exécution des jugements de la Cour. Une cour d'équité doit modeler sa décision de façon à assurer le règlement effectif du cas qui lui est soumis. Et, en réalité, il est difficile d'échapper à la conclusion que la Cour Suprême, dans l'interprétation de dispositions comme la clause de procédure régulière de droit (*Due process of law*) dans les cas où le pouvoir de police est en jeu, exerce effectivement des pouvoirs politiques. Car la conclusion « légale » n'est pas tirée de textes légaux, mais des idées sociales, économiques et politiques des juges sur ce qui est une politique convenable. La Cour Suprême des Etats-Unis a refusé de trancher certaines questions plus manifestement politiques, telles que le caractère *de jure* d'un gouvernement d'un Etat Américain, ou le devoir du Président de sanctionner les Actes de reconstruction des Etats du Sud ¹⁷. Si la Cour Permanente de Justice Internationale décidait * que le projet d'Union douanière Austro-Allemande est contraire au Traité de Saint-Germain ou à l'Accord Financier Autrichien de 1922, sur lequel fut fait l'emprunt de la Société des Nations, on pourrait trouver là plus de bases pour suggérer que ce sont des considérations politiques, et non pas juridiques, qui ont dicté la décision. En présence des observations du Juge Kellogg il semble qu'il

* Ces pages ont été écrites avant le moment où la Cour Permanente de Justice Internationale a rendu son arrêt dans la question de l'Union douanière austro-allemande.

tions, there seems some reason to believe that further study on the part of scholars may be appropriate as to what is a political question or what constitutes political considerations in the determination of an international dispute.

3. The "general principles of law recognized by civilized nations" is a source which opens the door to analogy, when treaty and established custom fail, though in practice it is probably a subsidiary source for the determination of the existence of a custom. However that may be, the Salvadorean and Rumanian delegates at the Hague Codification Conference, at an early stage in the proceedings, objected to the use of "general principles of law" as a basis for establishing the international obligations of a state. Apparently it was believed that, by narrowing the definition or sources of international obligations to those arising from treaty or established custom, certain rules which tribunals have developed on such subjects as denial of justice could be limited, because they were not recognized as law or as sound law by some of the smaller states, but were in fact disputed. Thus, the minority group of seventeen states of the Commission on the Responsibility of States, in their proposals to the majority near the end of the Conference, suggested that the rule to be applied was to be "*indisputably* admitted by the international community". The innocuous Article tentatively adopted on the point did not clarify the issue ¹⁸.

Indeed, there is some reason to be skeptical of such terms as the "general principles of law recognized by civilized nations". All principles need examination and application to the facts of a

y ait quelque raison de croire qu'il serait opportun pour les hommes de science de procéder à une nouvelle étude de ce qu'est une question politique et de ce qui constitue des considérations politiques dans la solution d'un litige international.

3. La source des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », ouvre la porte à l'analogie, lorsque les traités et les coutumes établies manquent, bien qu'en pratique elle soit probablement une source subsidiaire permettant de déterminer l'existence d'une coutume ; cela, quoi qu'aient pu objecter, au début des débats de la Conférence de Codification de La Haye, les délégués du Salvador et de la Roumanie, à l'emploi des « principes généraux de droit » comme base de l'établissement des obligations internationales de l'Etat. On croyait apparemment qu'en limitant la définition ou les sources des obligations internationales aux obligations internationales naissant d'un traité ou d'une coutume établie, on pourrait limiter certaines règles élaborées par les tribunaux, sur des sujets tels que le déni de justice, parce qu'elles n'étaient pas reconnues comme droit ou comme un droit de bon aloi, par quelques-uns des plus petits états, mais étaient contestées en fait. Aussi, vers la fin de la Conférence, le groupe des dix-sept Etats de la minorité de la Commission de la Responsabilité des Etats, suggéra-t-il, dans ses propositions à la majorité, que la règle à appliquer dût être « *indiscutablement* admise par la communauté ». L'article inoffensif adopté comme tentative sur ce point n'a pas éclairci la question ¹⁸.

En vérité on a quelques raisons d'être sceptique devant des termes tels que « principes généraux de droit reconnus par les nations civili-

particular case before much can be said concerning them. The legal system of the western world, founded as it is upon one economic and social system, is likely to disclose certain principles which few will deny and which necessarily form a part of the legal tradition and thinking of every lawyer and judge. Judges, national and international, will necessarily apply these principles in the solution of practical cases before them, for it is probable that a court will rarely refuse to decide a case on the ground that there is no applicable principle of law. Even if Article 38 of the Statute of the Permanent Court contained no reference to the "general principles of law", it is likely that such principles would have to be applied, whether so characterized or not, in the solution of cases in which international law is uncertain. On the other hand, it will occasion no surprise to find that even "general principles of law" give rise to the greatest differences of opinion in application, e. g., whether a nation may exercise a criminal jurisdiction over an alien who while abroad has committed a crime against a citizen (the Cutting case, the *Lotus* case). Judicial controversies involve not only differences upon principles of law, but differences upon the interpretation of agreed principles, so that there is no reason to believe that litigation diminishes with the growth of the judicial process. The more the United States Supreme Court interprets and defines the meaning of "due

sées ». Avant qu'on puisse rien dire d'eux, tous les principes doivent être examinés et appliqués aux faits d'un cas particulier.

Le système juridique du monde occidental étant fondé sur un même système économique et social, doit vraisemblablement mettre en évidence certains principes que peu de personnes renieraient, et qui font nécessairement partie de la tradition juridique et de la pensée des juristes et des juges. Les juges, nationaux ou internationaux, appliqueront nécessairement ces principes à la solution des cas pratiques qui leur sont soumis ; car il est probable qu'un tribunal refusera rarement de trancher un cas parce qu'il n'y a pas de principe de droit applicable. Même si l'Article 38 du Statut de la Cour Permanente n'avait pas fait allusion aux « principes généraux de droit », il est vraisemblable qu'on aurait cependant appliqué les dits principes, sous ce nom ou sous un autre, pour résoudre les cas où le droit international est incertain. D'autre part, on ne sera pas surpris de constater que même ces « principes généraux de droit » soulèvent en pratique les plus graves divergences d'opinion, par exemple, sur la question de savoir si un état peut exercer sa juridiction criminelle sur un étranger qui aurait, étant au dehors, commis un crime contre un national (cas Cutting et du *Lotus*). Les controverses judiciaires comportent non seulement des divergences quant aux principes de droit, mais aussi des divergences quant à l'interprétation des principes admis, de sorte qu'il n'y a pas de raison de croire que les litiges diminuent avec la progression de la procédure judiciaire. Plus la Cour Suprême des États-Unis interprète et définit le sens des mots « procédure régulière de droit » *Due process of law* *, plus les

* Nous avons indiqué ailleurs, dans l'une des notes sous la traduction de l'étude de John R. Commons, les motifs qui déconseillent d'essayer de traduire ce terme technique de la langue du droit constitutionnel américain, en même temps que les travaux français les plus récents où l'on a cherché à décrire cette clef de voute du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois qu'est la jurisprudence du « due process of law ».

process of law ", the more cases arise ; so that certain broad principles, while presumably clarified through interpretation, continue to afford new ground for adjudication in their application to new fact situations. The classification of sources under Article 38 is mainly, it is believed, directory or possibly even academic in character ; and the classification would be applied by any court even if not so specified, unless the treaty or *compromis* expressly barred the court from considering anything but treaties. Even by opening the door to " customary law ", the general principles of law are at once admitted to the forum, and under the " general principles of law ", the opinions of publicists and the doctrines of courts will inevitably trail along. Thus the whole hierarchy is probably automatically admitted. " Analogy " is a process of reasoning, again opening to admission to the forum all the principles and rules which courts might find appropriate.

4. Subject to the provision of Article 59 of the Statute (that the decision of the Court has no binding force except between the parties in that particular case), judicial decisions and the teachings of highly qualified publicists may be invoked as subsidiary sources for the announcement of a rule of law. In addition, the Court may, but only if the parties expressly so agree, decide a case *ex aequo et bono*. The *compromis* may even exclude the general principles of law and judicial decisions and the doctrines of publicists from the invocable sources. But if the *compromis* is silent, presumably all the sources except the last, equity and justice, may be invoked. The

procès fondés sur l'invocation de ces termes des 5^e et 14^e amendements à la Constitution deviennent nombreux ; de sorte que certains principes très larges dont on pourrait présumer qu'ils s'éclairciraient par l'interprétation apportent sans cesse de nouvelles raisons d'en reprendre l'examen pour leur application à des situations de fait nouvelles. La classification des sources de l'Article 38 est surtout, croit-on, une classification indicatrice ou même peut-être académique, et toutes les cours auraient appliqué cette classification, même si elle n'avait pas été spécifiée, à moins que le traité ou le *compromis* n'aient expressément empêché le tribunal de tenir compte d'autre chose que les traités. En ouvrant même la porte au « droit coutumier », on admet immédiatement les principes généraux du droit à l'invocation devant la Cour, et sous le couvert des « principes généraux de droit », les opinions des publicistes et les doctrines des tribunaux suivront inévitablement. Ainsi, il est vraisemblable que la hiérarchie entière serait admise automatiquement. L'« analogie » est un procédé de raisonnement ouvrant encore l'entrée du forum judiciaire à tous les principes et à toutes les règles que les cours pourraient juger appropriés.

4. Sous réserve des dispositions de l'Article 59 du Statut portant (que la décision de la Cour n'a de force obligatoire que pour les parties au litige et dans le cas litigieux), les décisions judiciaires et les enseignements des publicistes hautement qualifiés peuvent être invoqués comme source secondaire pour la déclaration d'une règle de droit. En outre, la Cour peut, mais seulement si les parties l'ont convenu expressément dans le compromis, statuer *ex æquo et bono*. Ce *compromis* peut même

term "equity and justice" (*ex aequo et bono*) opens the door to decisions directly contrary to law. For example, the German-Mexican tribunal recently adjourned, has, it is understood, decided that Mexico is not responsible for the illegal acts of the de facto Huerta Government, because the tribunal considered it inequitable to impose such a burden on Mexico. On the other hand, other tribunals, not wishing to go so far, have relied upon the words "equity and justice" to give the tribunal a rather free hand in expanding and interpreting the law; and without professing to depart from the law, the term has enabled the tribunal to give an unusually wide interpretation to legal obligations¹⁹. The fact thus seems to be that the term *ex aequo et bono* has given rise to two interpretations: (a) a liberal interpretation of the rules of law, without professing to depart therefrom; and (b) an interpretation which would empower the Court consciously to disregard the law and decide as its feelings of justice and morality might dictate. The Court frequently fails to point out which of the two views of its powers it has adopted. Much study on this subject remains to be done²⁰.

Paragraphs 3 and 4 of Article 38 of the Statute make of international judges *praetors* or legislators, a development not at all to be condemned, especially in international law, which lacks the usual machinery for prompt legislative changes in the law. As a system, it may develop without a legislature; nor, it is believed, is judicial submission thereby rendered more difficult for nations. Multilateral

exclure les principes généraux du droit, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes des sources à invoquer. Mais s'il est muet, on peut présumer que toutes les sources, sauf la dernière, l'équité et la justice, peuvent être invoquées. Les mots « équité et justice » (*ex æquo et bono*) ouvrent la porte à des décisions directement contraires au droit. C'est ainsi par exemple que le tribunal germano-mexicain récemment ajourné a implicitement décidé que le Mexique n'était pas responsable des actes illicites du gouvernement de fait Huerta, parce que le tribunal estimait qu'il était inéquitable d'imposer de telles charges au Mexique. D'autre part, d'autres tribunaux qui ne souhaitent pas aller aussi loin, se sont basés sur les mots « équité et justice » pour donner au tribunal une plus grande latitude pour étendre et interpréter le droit, et sans qu'il prétendît quitter le terrain du droit, l'expression a permis au tribunal de donner une interprétation inusuellement large aux obligations juridiques¹⁹. Ainsi, il semble qu'en fait deux interprétations de l'expression *ex æquo et bono* soient nées : a) une interprétation libérale des règles du droit, sans prétendre cependant se séparer de celui-ci; et b) une interprétation qui donnerait à la Cour la faculté de négliger sciemment le droit et de décider suivant les injonctions de ses sentiments de justice et de morale. La Cour néglige fréquemment de dire laquelle de ces deux conceptions de ses pouvoirs elle a adoptée. Il y a encore beaucoup à étudier sur ce point²⁰.

Les paragraphes 3 et 4 de l'Article 38 du Statut font des juges internationaux des *præteurs* ou des législateurs, un développement de leur fonction qui n'est pas du tout à condamner, surtout pour le droit international à qui fait défaut la machinerie habituellement utilisée pour réaliser de prompts changements législatifs du droit. Il peut, comme

treaties are growing in importance and scope, and it may be hoped that as time goes on, nations will realize that they must be willing to take from the *domaine réservé*, for allocation to the domain of international law, subjects and activities which include the international control of raw materials and markets, tariffs, communications, and perhaps even armies and navies. In the progressive limitation of political freedom and the substitution of legal order, with provision for the facilitation of changes in treaties when conditions make them inadvisable or dangerous to maintain, just as inappropriate legislation may be municipally repealed and amended, lies the one chance of a tolerable international order, if not of the survival of western civilization.

*
* *

This recital may have revealed why the votaries of international law are content to have their science, limited as it is, accepted as a legal system, and why they are not more largely concerned with the speculations of the historical, the philosophical, the analytical, and the sociological schools of jurists who have so greatly enriched thinking in private law. Such speculations assume the existence of a nature system, and that international law is not. The very nature of the task of the creator of international law, like the work of the interpreters of the Constitution in a country like the United States, prevents the exclusion of any point of view in building a rule of law.

système, se développer sans une législature, et la soumission aux sentences des tribunaux n'est pas par là rendue, croit-on, plus difficile aux nations. Les traités multi-latéraux croissent en importance et en étendue, et l'on peut espérer que les nations comprendront à la longue qu'elles doivent consentir à retirer du *domaine réservé*, au profit du domaine du droit international, les sujets et les activités qui comportent un contrôle international des matières premières et des marchés, des tarifs, des communications, et peut-être même des armées et des marines. C'est dans la limitation progressive de la liberté politique et la substitution à elle d'un ordre légal, en même temps que dans des dispositions prises pour faciliter la modification des traités quand les circonstances rendent dangereux et imprudent de les maintenir, — de même qu'on abroge ou amende une législation nationale qui n'est plus appropriée, — que se trouve la seule chance d'établissement d'un ordre international tolérable, sinon de survivance de la civilisation occidentale.

*
* *

Cet exposé aura pu révéler pourquoi il suffit aux fidèles du droit international de voir leur science, avec les limitations qu'elle comporte, acceptée comme un système juridique, et pourquoi ils ne s'intéressent pas plus largement aux spéculations des juristes des écoles historique, philosophique, analytique et sociologique, qui ont si largement enrichi la pensée des adeptes du droit privé. Ces spéculations supposent l'existence d'un système mûri, ce que n'est pas le droit international. La nature même de la tâche du créateur du droit international, de même que l'œuvre des interprètes de la Constitution dans un pays comme les

Beginning with an observation of the facts and of the practice of nations, he must determine by all the indicia available, historical, philosophical, analytical, and sociological, whether the practice observed merits approval or sanction as an existing rule. Few, if any, criteria are excluded from this judgment. The international lawyer is, therefore, intensely interested in the social content and value of a rule posited as binding, and invokes for his guidance every reasonable approach which has ever been employed in legal thinking. While he does not escape the influence of fashions in thought which have influenced his colleagues in municipal law, he is both more free and yet more unsafe than they in reaching conclusions, for he lacks the help of the legislator in resolving doubts and in keeping law in accord with social and economic facts. He is freer, because he may and must combine within himself the attributes of the historian, the statesman, the philosopher, the sociologist, and the jurist, which is but another way of saying that the broadest outlook and equipment are necessary in order helpfully to function in the building of international law. In the light of and as a consequence of the disorder which has been brought about in the European political system since 1919, there is noticeable today a return to the Grotian effort to build on the philosophical foundations of a law of nature, an identification of law and morals as rules of conduct governing nations, tempered by the necessities of an industrial order. Whether the governments will frustrate this effort of the

Etats-Unis, empêche qu'aucun point de vue soit exclu dans l'édification d'une règle de droit. Ayant commencé par l'observation des faits et de la pratique des nations, ce créateur de droit doit déterminer au moyen de tous les indices utilisables, historiques, philosophiques, analytiques et sociologiques, si la pratique observée mérite d'être approuvée ou sanctionnée comme règle existante. Il n'exclut que peu, si même il en exclut, de critères de ce jugement. Par conséquent, le contenu social et la valeur sociale d'une règle présentée comme obligatoire intéressent profondément le juriste du droit international, et il invoque pour se guider, toutes les voies d'accès raisonnables que peut employer la pensée juridique. S'il n'échappe pas à l'influence des modes de penser qui ont influencé ses collègues du droit interne, il est à la fois plus libre et cependant moins assuré qu'eux dans la poursuite de ses conclusions, parce que pour résoudre les cas douteux, et pour maintenir le droit en accord avec les faits économiques et sociaux, il manque de l'aide du législateur. Il est plus libre parce qu'il peut et doit combiner en lui les attributs de l'historien, de l'homme d'état, du philosophe, du sociologue et du juriste, ce qui revient à dire qu'une grande puissance de prévision et un solide équipement intellectuel sont nécessaires pour jouer utilement un rôle dans la construction du droit international. A la lumière, et comme conséquence du désordre qui s'est introduit dans le système politique de l'Europe depuis 1919, il existe aujourd'hui un retour perceptible à l'effort, qu'avait fait Grotius, pour établir sur les bases philosophiques du droit naturel, une identification du droit et des principes moraux considérés comme règles de conduite du gouvernement des états, tempérés par les nécessités d'un ordre industriel. L'avenir dira si les gouvernements déjoueront cet effort des juristes pour

jurist to erect a sounder legal order, which is a condition of the preservation of the European Continent as we have known it, is a question for the future to determine. Its answer lies in the hands of the present leaders of European polity, who, by reason of the existing challenges to the fundamentals of the established social and economic order, assume a responsibility greater than that vested in their predecessors. Let us hope that henceforth they will not fail to discharge this weighty responsibility and that European civilization may thus be preserved from those internal and external convulsions which now threaten its continued existence.

ériger un ordre juridique plus solide, qui est la condition, avons-nous reconnu, du salut du continent européen. La réponse est entre les mains des dirigeants actuels de la politique européenne qui, en raison des défis actuellement portés aux principes fondamentaux de l'ordre social et économique établi, assument une plus grande responsabilité que celle portée par leurs prédécesseurs. Espérons qu'ils ne manqueront pas désormais de se décharger de cette lourde responsabilité, et que la civilisation européenne pourra ainsi être préservée des convulsions intérieures et extérieures qui menacent actuellement la continuation de son existence.

¹ BRUNS, *Fontes Juris Gentium*, Ser. A, sec. 1, v. 1. Berlin, Heymann, 1931, p. 112.

² *Ex parte Larrucea*, 249 Fed. 981 (S. D. Cal. 1917) ; 28 *Yale L. J.* 83 (1918).

³ Instructions issued Nov. 10, 1922, by Sec. of the Treasury Mellon to customs officials at New York. See *New York Times*, Nov. 11, 1922, p. 2, col. 8.

^{3a} *Moore's Digest of Int. Law* VII, 686-692.

⁴ Mr. Bayard, Sec. of State, to Mr. Hall, Nov. 29, 1886, *For. Rel.* 1887, pp. 80-81 ; BORCHARD, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1915), p. 847.

⁵ Mr. Bayard, Sec. of State, to Mr. Buck, Minister to Peru, Feb. 15, 1888, *Moore's Dig. of Int. Law* VI, 294 ; BORCHARD, *op. cit.*, 797.

⁶ In an instruction by Secretary Bayard to Mr. King, Minister to Colombia, Oct. 13, 1886, it is said : « It is a settled principle of international law that a sovereign cannot be permitted to set up one of his own municipal laws as a bar to a claim by a foreign sovereign for a wrong done to the latter's subject. » *Moore's Dig. of Int. Law* II, p. 4. See also Hague Codification Conference, Responsibility of States, Basis of Discussion No. 1, Tentative Convention Art. 5 ; 24 *A. J. I. L.* 527 (July, 1930).

⁷ See Sir Henry Maine's criticism of the Austinian theory in Maine's *International Law*, London, 1888, pp. 55, 58. See the able discussion of the Austinian theory of sovereignty in Merriam, C. E., *History of the Theory of Sovereignty since Rousseau*, New York, 1900, ch. viii.

⁸ BRUNS, *op. cit.*, 61 *et seq.*

⁹ Publications of the Permanent Court of International Justice, Se-

ries A, No. 10. Fortunately for Turkey, the theory of a Turkish ship as national territory sufficed to sustain its jurisdiction.

¹⁰ *The Paquete Habana v. United States*, 175 U. S. 677, 700, 20 Sup. Ct. 290 (1900).

¹¹ See Mexican-United States Agreement of Sept. 8, 1923. Decisions commented on in 20 *A. J. I. L.* 536 (July, 1926) and 21 *A. J. I. L.* 516 (July, 1927).

¹² « The terms of the treaty fix and limit Germany's obligations to pay, and the Commission is not concerned with enquiring whether the act for which it has accepted responsibility was legal or illegal as measured by rules of international law. It is probable that a large percentage of the financial obligations imposed by said paragraph 9 (imposing absolute liability for all damage to property wherever situated or by whomsoever caused [during belligerency] directly in consequence of hostilities or of any operations of war) would not arise under the rules of international law, but are terms imposed by the victor as one of the conditions of peace. » Opin. of the Commission, p. 76.

¹³ Printed in 25 *A. J. I. L.* 203 (Apr. 1931) under title, "Limits of the jurisdiction of the Permanent Court of International Justice". An outline of the development of the case and of the Order of Dec. 6, 1930, by Manley O. Hudson, will be found in 25 *A. J. I. L.* 8-12 (Jan. 1931).

¹⁴ 238 U. S. 202, 35 Sup. Ct. 795 (1915) ; 246 U. S. 565, 38 Sup. Ct. 400 (1918).

¹⁵ *State of Wisconsin v. State of Illinois and Sanitary District of Chicago*, 278 U. S. 367, 49 Sup. Ct. 163 (1929) ; 281 U. S. 179, 50 Sup. Ct. 266 (1930).

¹⁶ *People of the State of New York v. State of New Jersey and Passaic Valley Sewerage Commissioners*, 256 U. S. 296, 41 Sup. Ct. 492 (1921).

¹⁷ *Luther v. Borden*, 7 How. 1 (1849) ; *Mississippi v. Johnson*, 4 Wall. 475 (1867).

¹⁸ 24 *A. J. I. L.* 521 *et seq.* (July, 1930).

¹⁹ See Cayuga Indian case, *Great Britain v. United States*, Aug. 18, 1910, Nielsen's Report 203 *et seq.*

²⁰ See ORFIELD, *Equity as a concept of international law*, 18 *Ky. L. J.* 31, 116 (1929).

CHAPITRE III

La coutume et les principes généraux du droit comme sources du droit international public

par Louis LE FUR,
Professeur de droit international public à l'Université de Paris

Le statut de la Cour permanente de justice internationale, dans son article 38, énumère comme sources du droit, après les traités, la coutume internationale et les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. Les juristes du droit international ne s'accordent pas sur la signification exacte et la portée de ce texte. Certains affirment que la coutume et les principes généraux du droit se confondent ; l'article 38 contiendrait donc une répétition inutile ; d'autres se refusent à admettre les principes généraux comme une source directe du droit international ; selon eux, ils rempliraient le même rôle subsidiaire que les décisions judiciaires et la doctrine ; un certain nombre enfin, et c'est semble-t-il ces derniers qui sont dans le vrai, maintiennent la distinction entre la coutume et les principes généraux du droit, conformément à l'article 38 du statut, et leur attribuent le caractère de source directe du droit international. Les nombreuses discussions auxquelles a donné lieu ce problème témoignent de son importance. Essayons de déterminer les caractères propres de chacune de ces deux sources, pour arriver ensuite à nous rendre compte des rapports qui existent entre elles et avec la grande source formelle du droit international, les traités ou conventions entre Etats.

I

Deux grandes doctrines s'opposent en ce qui concerne la nature de la coutume juridique. D'après la première, celle des positivistes, la coutume repose sur le consentement tacite des Etats. Cette idée se trouve déjà chez Grotius et Vattel ; elle est défendue aujourd'hui par plusieurs juristes : en Italie, MM. Anzilotti (*Cours de droit international*, Introduction G. Gidel, pp. 73 et suiv.) et Cavaglieri (*Corso di diritto internazionale*, pp. 56 et suiv.) ; en Allemagne, MM. Triepel (*Les rapports entre le droit interne et le droit international*, Recueil de La Haye [1923], t. I, p. 83) et Strupp (*Eléments de droit inter-*

national public universal, 2^e éd. française, t. I, p. 13). Dans cette théorie, pour qu'on se trouve en présence d'une règle coutumière juridique, il ne suffit pas qu'il y ait répétition d'un même acte de la part d'un seul Etat ; il faut qu'il y ait accomplissement de ce même acte par les autres Etats, ce qui implique de leur part acceptation de la règle en question. Il résulte logiquement de cette manière de voir que la règle coutumière juridique n'est opposable qu'aux Etats qui l'ont adoptée, non pas à ceux qui prétendent ne l'avoir jamais reconnue. Il n'y a donc pas de droit coutumier universel ; la coutume internationale repose exactement, comme les traités, sur la volonté des Etats ; seulement, en ce qui la concerne, cette volonté est tacite ; elle ne s'exteriorise pas en des formules écrites. Il y a aussi cette différence que, dans les traités, l'accord des volontés précède l'observation de la règle posée ; dans la coutume au contraire, l'accord des volontés résulte du fait même de cette observation.

Une autre explication de la coutume est donnée par la théorie que M. Verdross appelle théorie de la subordination (*Unterwerfungstheorie*)¹. D'après elle, le droit coutumier n'est pas créé par l'usage constant et général, car l'usage présuppose l'existence d'une règle juridique obligatoire ; l'usage la constate simplement, en se soumettant à elle.

Que faut-il penser de cette divergence sur un point aussi important ? Il semble que la vérité se trouve, comme souvent, entre les deux théories opposées et que chacune d'elle contient une part de vérité².

On ne saurait nier en effet la nécessité du consentement des Etats dans la création d'une règle coutumière. Celle-ci repose en principe (mais non exclusivement) sur le consentement des intéressés, qui sont en droit international les Etats. Ce consentement doit-il être unanime ? Evidemment non, car alors la coutume se transformerait presque en un traité. C'est l'erreur des positivistes prétendant qu'une règle coutumière n'est opposable qu'aux Etats qui l'ont reconnue. La coutume ne repose pas exclusivement sur le consentement présumé des Etats ; elle repose aussi sur l'existence de l'idée de justice et sur la nécessité d'une règle sociale. Les Etats se sentent tenus de respecter la règle coutumière, et c'est cette idée d'obligation (*juris seu necessitatis opinio*) qui distingue la coutume juridique d'un simple usage. Une règle coutumière généralement appliquée peut donc être opposée à un Etat qui nierait sa validité dans un cas concret, sous prétexte qu'il ne l'a jamais reconnue. Cela est conforme d'ailleurs à la pratique internationale : en cas de contestation entre deux Etats sur la validité d'une coutume internationale, les tribunaux mixtes n'ont jamais recherché si elle a été acceptée par les deux Etats en litige, mais bien exclusivement si elle a été reconnue en général par la pratique internationale³. Il faut donc distinguer deux éléments dans la coutume internationale : un élément matériel et un élément psychologique. L'élément matériel c'est

l'usage constant et général ; il fait présumer le consentement tacite des Etats. L'élément psychologique, c'est la conviction des Etats de la nécessité d'observer la règle en question comme étant fondée sur l'idée de justice. Les deux éléments sont inséparables : pris séparément ils sont incapables de fonder la validité objective d'une règle coutumière à l'égard de l'Etat qui prétendrait ne l'avoir jamais reconnue.

La même divergence se retrouve et même encore plus accusée en ce qui concerne les principes généraux de droit dont parle le troisième alinéa de l'article 38. Certains juristes, appartenant à l'école positiviste (Anzilotti, Cavaglieri, Salvioli, Strupp) refusent à ces principes généraux le caractère d'une source du droit international. Ils sont obligés de reconnaître, en présence de l'article 38, alinéa 3, que la Cour permanente doit recourir, en cas d'absence ou d'insuffisance des règles conventionnelles ou coutumières, à ces principes généraux, mais ces principes ne constituent pas, d'après eux, du droit des gens positif. Ce n'est qu'à titre d'exception que la Cour est autorisée, par son statut, à y faire appel ; cette exception ne doit pas s'étendre à d'autres juridictions internationales. D'autres juristes, au contraire, considèrent ces principes comme une application directe du droit naturel ou objectif. A ce droit objectif qui, pour tous ceux qui en admettent l'existence, s'impose aux Etats comme aux individus, l'article 38, alinéa 3 du statut de la Cour permanente vient donner forme et force de droit positif.

Cette divergence tient à des causes profondes ; pour l'expliquer et tenter de la faire disparaître, il faut examiner avec soin les trois points suivants, dont l'étude nous permettra d'arriver à une vue précise de la nature et de la portée de ces principes généraux du droit encore si discutés.

Peut-on d'abord démontrer que la pratique internationale — sentences arbitrales ou judiciaires, conventions entre Etats — a consacré l'existence des principes généraux du droit ? Une fois cette question résolue de façon affirmative, il y aura lieu de préciser la nature de ces principes et de déterminer leur portée exacte ; enfin nous aurons à nous demander comment et par quels procédés le juge ou l'arbitre reconnaîtront que telle règle juridique, invoquée à l'appui de sa prétention par l'une des parties en litige, constitue bien un principe général de droit.

A. Il est indéniable que les principes généraux du droit ont été constamment invoqués dans la pratique internationale et même consacrés par des textes précis. En ce qui concerne les sentences arbitrales, il est facile de constater que, sous des dénominations diverses — principe général de droit, notion de justice, règles de droit universellement admises, droit commun, etc., — les arbitres ont fréquemment fondé leurs sentences sur ces principes généraux du droit. La sentence arbitrale du 11 novembre 1912 entre la Russie et la

Turquie contient plusieurs passages dans lesquels le tribunal se réfère nettement à cette source du droit : « Le tribunal est donc de l'avis que *le principe général* de la responsabilité des Etats... » — « il n'y a donc pas lieu et il serait contraire à l'équité de présumer une responsabilité de l'Etat débiteur plus rigoureuse que celle imposée au débiteur privé *dans un grand nombre de législations européennes* » ; — « l'exception de la force majeure... est opposable *en droit international public aussi bien qu'en droit privé*... » — « Dès l'instant où le tribunal a reconnu que, *d'après les principes généraux et la coutume* en droit international public, il y avait similitude des situations entre un Etat et un particulier débiteur d'une somme conventionnelle liquide et exigible, il est équitable et juridique d'appliquer aussi par analogie *les règles de droit privé commun*... ⁴. » La sentence arbitrale du 1^{er} août 1870, entre l'Argentine et la Grande-Bretagne, est elle aussi directement fondée sur les principes généraux de droit. L'arbitre déclare que « *that it is a principle of universal jurisprudence that he who uses his right offends no one* » ⁵ : c'est un principe de jurisprudence universelle que celui qui use de son droit n'offense personne.

Il en est encore de même dans la sentence arbitrale du 21 octobre 1861, entre la Grande-Bretagne et le Portugal (affaire *Yuille Shortridge et Company*) où l'arbitre s'exprime ainsi : « Mais comme *d'après le droit commun*, seul applicable ici, le cumul d'intérêts arriérés s'arrête lorsqu'ils atteignent le principal... ⁶. »

Dans la sentence arbitrale du président de la Confédération suisse du 30 décembre 1861 entre la France et le Venezuela (affaire *Fabiani*), il est déclaré que : « En consultant *les principes généraux du droit des gens* sur le déni de justice, c'est-à-dire *les règles communes à la plupart des législations* ou enseignées par la doctrine, on arrive à décider que le déni de justice comprend non seulement le refus d'une autorité judiciaire d'exercer ses fonctions et notamment de statuer sur les requêtes qui lui sont soumises, mais aussi les retards obstinés de sa part à prononcer ses sentences ⁷. »

Il est impossible d'énumérer ici tous les cas où les arbitres ont fait appel aux principes généraux du droit pour fonder leurs sentences ⁸. Qu'il suffise d'ajouter aux sentences arbitrales qui viennent d'être indiquées l'arrêt souvent cité de la Cour permanente de Justice internationale, qui affirme l'existence d'un droit international commun ; il s'agit de l'arrêt n° 7, rendu dans l'affaire de l'usine de Chorzow. Le titre III de la 1^{re} partie de la Convention de Genève germano-polonaise donne à la Pologne le droit de procéder en Haute-Silésie polonaise à certaines expropriations dans des conditions déterminées. La Cour, estimant que ce droit déroge aux principes du respect des droits acquis admis par le *droit international commun*, déclare que cette dérogation est strictement exceptionnelle et, de ce fait, exclusive ⁹.

Ce n'est pas seulement des décisions arbitrales ou judiciaires,

c'est aussi des textes formels contenus dans des traités généraux qui viennent confirmer cette reconnaissance des principes généraux du droit par le droit positif actuel. Parmi les textes qui se réfèrent, sans aucun doute, aux principes généraux de droit, il faut citer en premier lieu le préambule de la 4^e convention de La Haye, concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre : « En attendant qu'un Code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire *des principes du droit des gens*, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique ¹⁰. »

Le projet de création d'une Cour internationale des prises (Convention XII de la seconde Conférence de La Haye) dans son article 7. déclare également que : « A défaut de telles stipulations (c'est-à-dire de stipulations conventionnelles), la Cour applique les règles du droit international. Si les règles généralement reconnues n'existent pas, la Cour statue d'après *les principes généraux de la justice et de l'équité* ¹¹. »

Le renvoi aux principes généraux du droit, à défaut des dispositions conventionnelles et coutumières, se trouve encore dans d'autres conventions internationales ¹². Enfin, l'article 38 du statut de la Cour permanente de justice internationale déclare que : « La Cour applique... 3° Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. » C'est donc un fait incontestable que l'existence des principes généraux du droit est expressément reconnue par la jurisprudence internationale et par des textes formels de traités généraux.

B. Le problème devient beaucoup plus complexe lorsqu'on en arrive à rechercher la portée exacte et le contenu de ces principes généraux. Il est remarquable que leur existence n'est en réalité contestée par personne, même pas par les positivistes ; ils se mettraient en effet en contradiction avec le principe même de leur méthode, qui est de s'en tenir à la constatation des faits. C'est ainsi que Nippold et Jellinek admettent qu'il existe « des notions générales qui sont le patrimoine commun de toutes les parties du droit » ¹³. Ce que contestent les positivistes juridiques, c'est le fondement de ces principes généraux et leur caractère de source du droit international. Mais ce caractère découle nécessairement de leur existence même : le seul fait qu'on en reconnaît l'existence revient à les reconnaître comme la cause première et profonde du droit.

La question des principes généraux de droit a fait l'objet de longues discussions au Comité des juristes chargé par le Conseil d'élaborer le statut de la Cour de Justice internationale. Le projet primitif de l'article 38, alinéa 3 était rédigé de la façon suivante :

« La Cour applique... Les règles de droit international telles que les reconnaît la conscience juridique des peuples civilisés ¹⁴. » Cette disposition souleva l'opposition de M. Elihu Root, en raison des pouvoirs trop étendus qu'elle accordait à la Cour permanente. « Si ces clauses sont acceptées, disait-il, cela revient à dire aux Etats : vous abandonnez votre droit de déterminer le contenu du droit international. Est-il possible d'obliger les nations à soumettre leurs différends à une Cour qui n'appliquerait pas seulement le droit, mais ce qu'elle considère comme la notion du droit, telle qu'elle existe dans la conscience des peuples civilisés ? ¹⁵ »

Le baron Descamps, président du Comité des juristes, s'est élevé contre une telle interprétation de la disposition en question ; il a essayé de démontrer qu'il ne s'agissait nullement ici d'une appréciation subjective, et par là arbitraire, de la Cour, mais bien de principes de droit auxquels les Etats se sont soumis sans contestation. « On semble avoir l'impression, disent les procès-verbaux du Comité des juristes, que les normes formulées par le Président, donnent aux juges un pouvoir nouveau, qui n'a jamais été reconnu par l'Assemblée des Etats... L'application des normes signalées par le Président est d'ailleurs de pratique constante dans les juridictions internationales... Quand M. Root dit que les principes de justice varient avec les pays, cela peut être vrai en partie, lorsqu'il s'agit de certaines règles secondaires. Mais ce n'est plus vrai lorsqu'il s'agit de la loi fondamentale du juste et de l'injuste, profondément gravée au cœur de tout être humain et qui reçoit son expression la plus haute et la plus autorisée dans la conscience juridique des peuples civilisés ¹⁶. »

D'autres membres du Comité approuvèrent les déclarations du Président. M. Loder s'exprime en ces termes : « On a parlé de règles reconnues et respectées du monde entier qui n'ont pas encore le caractère de droit positif ; mais la Cour a justement le droit de faire « mûrir » les coutumes et les principes universellement reconnus et de les cristalliser sous la forme de règles positives, en un mot de fixer la jurisprudence ¹⁷. » Même M. Ricci-Busatti, le plus grand adversaire du projet, fut obligé de convenir qu'il y a « certaines règles générales d'équité et de justice qui entrent en jeu dans chaque cas. Il ne s'agit donc pas de créer des règles inexistantes, mais d'appliquer des règles générales qui permettent de résoudre toute question » ¹⁸.

Il résulte de ce rapide examen des opinions émises à ce sujet au Comité des juristes chargé d'élaborer le statut de la Cour permanente que, dans l'esprit des membres de ce Comité, l'article 38, alinéa 3 ne donne aucun pouvoir nouveau à la Cour, puisque l'application de ces principes généraux « est de pratique constante dans les juridictions internationales » ¹⁹ ; il s'agit ici de principes qui sont applicables aux rapports internationaux, précisément parce que « ce sont en fait des règles de droit international » ²⁰.

Mais peut-on serrer davantage la question et déterminer avec plus de précision ce qu'il faut entendre par « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » ?

Deux conditions sont nécessaires pour qu'on se trouve en présence d'un principe général de droit au sens de l'article 38, alinéa 3 du statut de la Cour permanente. Il faut d'abord qu'il s'agisse d'une application immédiate du principe supérieur de la justice, d'une compétence directe du droit naturel ou objectif (ce dernier terme étant pris bien entendu dans le sens de droit indépendant de la volonté subjective des Etats). Il serait exagéré de dire, comme le font certains auteurs, que les principes généraux de droit se confondent avec le droit objectif. Le droit objectif, en effet, ne comprend qu'un très petit nombre de principes irréductibles qu'on pourrait presque réduire à deux, le respect des engagements pris et l'obligation de réparer le dommage injustement causé²¹. Les principes généraux du droit dans le sens de l'article 38, alinéa 3 sont, nous le verrons, beaucoup plus nombreux. Mais s'ils ne se confondent pas avec le droit objectif, ils ont avec lui des rapports étroits : les principes généraux découlent directement du droit naturel ou objectif²². Tous deux en effet puisent leur fondement dernier dans cette notion de justice et de moralité qui est universelle et qu'on peut dire naturelle chez l'homme.

Mais cette condition n'est pas suffisante : pour que les principes généraux de droit puissent être considérés comme du droit international objectif, il faut encore qu'ils se retrouvent dans les législations internes positives de la presque totalité des Etats civilisés, en d'autres termes, il faut que ces principes soient reconnus par le droit positif des Etats. Ce caractère les distingue, suivant la remarque de Verdross²³, des principes du droit des gens. Ces derniers sont reconnus directement par la pratique internationale, ils constituent immédiatement du droit international, tandis que les principes généraux de droit ne deviennent du droit international que si et parce qu'ils étaient déjà admis par le droit positif interne des divers Etats ; c'est de là qu'ils passent dans le domaine international. Il s'agira le plus souvent dans ces emprunts de règles du droit civil, pour cette raison très simple que c'est d'abord entre individus que la plupart des difficultés juridiques se sont présentées et ont dû être résolues.

Faut-il en conclure avec certains juristes, comme M. Lauterpacht dans son livre *Private sources and analogies of international Law*, que le droit international doit constamment recourir au droit civil et se laisser guider par lui ? Une telle doctrine pourrait mener aux erreurs les plus graves, et c'est ce qui arrive à M. Lauterpacht quand il prétend traiter de la souveraineté de l'Etat en se référant aux règles de la propriété individuelle. Certes le droit civil est à bien des points de vue plus nuancé que le droit international et les internationalistes auront parfois profité à consulter les civilistes ; mais ce n'est aucunement parce qu'il existe un lien d'étroite dépendance entre ces deux droits, c'est tout simplement parce que la science du

droit est une et que les principes généraux de droit dominant le droit international comme le droit civil. Qu'il s'agisse des principes de la légitime défense, de la réparation du dommage injustement causé et du respect des engagements, voire de principes qui constituent des applications moins immédiates de l'idée de justice, prescription, abus du droit, enrichissement sans cause, il est parfaitement possible que la plupart d'entre eux aient apparu d'abord en droit civil, parce que c'est là d'abord que les questions se sont posées ; mais si ces principes sont aujourd'hui appliqués en droit international, c'est parce que la science du droit est une dans ses grandes lignes ; à des besoins analogues doivent correspondre des règles semblables ; mais il n'y a aucunement là la preuve d'une subordination du droit international au droit civil qui serait peu conforme à la raison et pourrait devenir très dangereuse quand on prétendrait tirer du second des principes de solutions qui ne sont aucunement adéquats aux besoins à résoudre.

Est-il nécessaire que les principes généraux ainsi transportés du droit interne dans le droit international soient admis dans le droit positif de tous les Etats civilisés, sans exception, ou bien peut-on les opposer à un Etat qui prétendrait ne les avoir jamais admis ? La réponse à cette question ne doit pas faire de doute, car les principes généraux de droit sont l'expression directe du droit objectif ; or, nous avons vu que ce dernier s'impose aux Etats comme aux individus.

La réunion de ces deux conditions, application immédiate de l'idée de justice, application reconnue dans la presque totalité des Etats civilisés, est indispensable pour qu'on se trouve en présence d'un principe général au sens de l'article 38, alinéa 3 du statut de la Cour permanente. Il ne suffit donc pas qu'une règle de droit soit inscrite dans la législation interne de deux Etats pour qu'en cas de conflits entre ces Etats, l'arbitre ou le juge doive la leur appliquer automatiquement. C'est ainsi qu'au cours des discussions sur la codification du droit international, on a vu des Etats refuser de reconnaître comme principe du droit international une règle admise par leur propre législation. La règle purement traditionnelle ou de pure opportunité, ne découlant pas directement de l'idée de justice, peut en effet exister dans le droit interne d'un plus ou moins grand nombre d'Etats sans devenir par là-même une règle de droit international.

C. — Il est maintenant possible de répondre à la dernière question, comment le juge ou l'arbitre reconnaîtront-ils que telle règle constitue bien un principe général du droit, en d'autres termes, quel est le critère qui permettra d'en affirmer l'existence dans un cas donné ? Il faut en premier lieu qu'il s'agisse d'un principe qui se trouve reconnu par le droit positif des Etats (il s'agira le plus souvent, nous venons de voir pour quelle raison, de règles du droit civil) ; il faut de plus que cette reconnaissance émane de la quasi-

totalité des Etats civilisés, il faut enfin que ce principe soit une application directe du droit objectif ou naturel, c'est-à-dire de l'idée de justice ²⁴, puisque c'est ce caractère qui justifie son application dans les rapports internationaux alors que, par hypothèse, il est resté jusque là confiné dans le droit interne des divers Etats. Le juge international aura, dans chaque cas concret, à déterminer si la règle de droit invoquée par une des parties en litige constitue un principe général de droit. De semblables applications ont déjà été faites à plusieurs reprises et il est facile de citer des exemples de ces principes généraux transportés du droit interne en droit international ; l'un des plus frappants est constitué par la théorie de l'enrichissement sans cause ; on peut placer sur la même ligne, et même comme encore plus anciennement admis, le principe de l'interprétation de bonne foi des conventions et la responsabilité pour faute ; certains autres sont encore moins généralement reçus, par exemple le principe de la prescription acquisitive ou extinctive ²⁵, la notion de l'abus du droit, au sujet de laquelle il existe aujourd'hui au fond un accord assez général, beaucoup des difficultés qu'elle soulève tenant à des questions de terminologie ; enfin — et ce point est encore plus controversé par là même qu'il constitue une application plus éloignée du principe général de justice, la notion indéfiniment extensible de la réparation de dommage non pas seulement direct mais aussi indirect — *damnum emergens et lucrum cessans* ²⁶.

II

Et maintenant, quels peuvent être les rapports des différentes sources du droit international et quelle est leur valeur relative au cas où elles paraissent en désaccord ? Les rapports entre la coutume internationale et les traités ne soulèvent pas beaucoup de difficultés. Tout le monde est d'accord pour leur reconnaître en principe la même valeur ²⁷. Il est vrai que prééminence doit être reconnue au droit conventionnel résultant d'un traité particulier en vertu du principe qu'une disposition spéciale l'emporte sur une plus générale ; mais il peut parfaitement arriver aussi qu'une coutume spéciale déroge à une disposition conventionnelle de caractère général, et le juge peut alors appliquer la coutume en écartant la disposition conventionnelle ²⁸.

Les rapports entre les principes généraux du droit et les deux autres sources du droit, coutumes et traités, sont beaucoup plus difficiles à déterminer. Nous savons même que certains juristes se refusent à considérer les principes généraux de droit comme une troisième source du droit international. M. Anzilotti, par exemple, ne reconnaît pas aux principes généraux du droit la possibilité de régir les rapports internationaux ; d'après lui, ils ne rentrent pas en principe dans le droit international ; ce n'est qu'à titre tout à fait exceptionnel que la Cour permanente peut, par voie d'analogie, appliquer un principe général à un cas concret lorsqu'il n'existe

aucune règle conventionnelle ou coutumière applicable à ce cas. Et il insiste sur le fait que ce droit n'appartient qu'à la Cour permanente et non pas aux autres instances internationales ²⁹.

De même Salvioli soutient que droit conventionnel et coutume épuisent tout l'ordre international, et que les principes généraux de droit ne peuvent être utilisés que pour interpréter les dispositions conventionnelles ou coutumières ³⁰. Cavaglieri professe une opinion un peu différente, bien qu'elle aboutisse au même résultat, c'est-à-dire à la suppression des principes généraux du droit en tant que source distincte de droit international ; il déclare que la disposition de l'alinéa 3 de l'article 38 du statut est tout à fait inutile, car les principes généraux du droit sont tous compris dans le droit international coutumier ³¹.

Il ne faut pas hésiter à rejeter cette opinion, singulière chez des positivistes, car elle contredit nettement la pratique internationale qui, nous l'avons vu, recourt constamment aux principes généraux de droit pour fonder la validité des sentences arbitrales ou judiciaires. Et les Etats intéressés se sont soumis sans protestation à ces sentences, ce qui ne se serait certes pas produit s'ils n'avaient pas reconnu les principes généraux du droit comme les liant effectivement. Bien mieux, depuis les Conférences de La Haye et le statut de la Cour permanente, cette opinion se trouve en contradiction avec toute une série de textes qui admettent formellement les principes généraux du droit comme une source distincte de droit international. Dire avec Salvioli que le droit conventionnel ou coutumier règle d'une façon complète tous les rapports internationaux constitue une pure affirmation *a priori* ; on pourrait tout aussi bien dire que le droit conventionnel épuise à lui seul les règles de droit international, et qu'en l'absence d'une règle conventionnelle, le juge doit prononcer un *non liquet* ³². Comme le remarque très exactement M. Verdross, la possibilité de régler un conflit sur la base d'une source de droit ne peut jamais être le criterium du caractère exclusif de cette source. Avant de procéder au règlement d'un conflit concret, il faut déterminer d'abord les sources du droit qui lui sont applicables ³³.

Il faut s'inspirer avant tout des faits et il est singulier qu'il y ait lieu de le rappeler à des juristes de l'école positiviste. Or les faits — sentences arbitrales ou judiciaires admises par tous les Etats, conventions et traités généraux — nous démontrent qu'en l'absence d'une règle conventionnelle ou coutumière, on n'a jamais hésité à faire appel aux principes généraux du droit ; il y a là une preuve décisive de l'existence de cette troisième source distincte de droit international.

D'ailleurs, si l'on se reporte au texte qui l'affirme le plus nettement, l'article 38 du statut de la Cour permanente, l'examen des divers alinéas de cet article fournit une nouvelle preuve très forte en ce sens : l'alinéa 3 relatif aux principes généraux du droit est rédigé de la même façon que les alinéas 1 et 2 qui visent les traités

et la coutume internationale ; par contre ces trois alinéas diffèrent de l'alinéa 4 qui ne permet au juge de recourir aux décisions judiciaires et à la doctrine que comme *moyen auxiliaire* de détermination des règles de droit. Il apparaît ainsi clairement que, dans l'esprit des rédacteurs du texte, le caractère de source directe des principes généraux, comme celui des deux premières sources et à l'inverse de la quatrième, ne faisait aucun doute.

Quels peuvent être les rapports des principes généraux du droit avec les deux premières sources du droit international, traités et coutume internationale ? Le projet primitif de l'article 38 disait que la Cour les appliquait « dans l'ordre successif »³⁴. Ces trois mots ont soulevé des critiques assez justes de la part de M. Ricci-Busatti. A son avis, « non seulement ces mots sont superflus, mais ils pourraient aussi suggérer l'idée que le juge ne serait pas autorisé à puiser à une source mentionnée par exemple dans le numéro 3, avant d'avoir appliqué les Conventions et les coutumes, mentionnées respectivement dans les numéros 1 et 2, ce qui serait méconnaître les intentions du Comité » ; — « si par l'expression « ordre successif », on veut dire seulement qu'une convention prime par exemple le droit coutumier, elle est inutile : c'est un principe fondamental du droit que la loi spéciale prime la loi générale ; mais elle semble méconnaître l'application simultanée qui peut être faite de ces catégories, ainsi que le caractère différent des unes et des autres »³⁵.

Malgré ces critiques, le texte fut maintenu, et ce n'est qu'à la troisième sous-commission de l'Assemblée de la Société des Nations que ces trois mots furent supprimés. Cependant, comme l'a déclaré Lord Phillimore lors des discussions au Comité de juristes, tous les membres étaient d'accord sur le fond³⁶, c'est-à-dire que le juge ne peut faire intervenir les principes généraux qu'à défaut de dispositions conventionnelles ou coutumières³⁷. Nous nous trouvons donc avec eux en présence d'une source de droit international directe mais subsidiaire. La convention et la coutume priment les principes généraux ; mais s'il n'y a pas de règle coutumière ou conventionnelle applicable au litige, le juge peut et doit se référer aux principes généraux pour y chercher la solution des conflits que les Etats lui ont soumis. Les principes généraux viennent donc compléter les autres sources du droit.

Ils ont encore une autre utilité : ils permettent d'interpréter et de préciser un texte du droit conventionnel ou coutumier peu clair. Ils jouent ainsi un double rôle, interprétatif et supplétif. Comme l'a dit très justement M. del Vecchio dans ses *Principes généraux du droit* (p. 65), « ces principes, ayant un caractère idéal et absolu par lequel ils dépassent virtuellement le système déterminé auquel ils s'appliquent, ne peuvent pas prévaloir contre les règles spéciales qui le composent, ni les détruire en aucun cas ; mais ils valent au contraire au-dessus et à l'intérieur de ces règles parce qu'ils en représentent la plus haute raison et l'esprit animateur ».

¹ A. VERDROSS, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (Wien, 1926), p. 55.

² Cf. P. HEILBORN, *Les sources du droit international*, in *Recueil des Cours de La Haye*, t. XI (1926), pp. 13 et 21.

³ Cf. A. VERDROSS, *Règles générales du droit international de la paix* (*Recueil des Cours de La Haye*, t. XXX (1929), pp. 295 et suiv., et les arrêts de certains tribunaux internes qu'il cite comme exprimant la même opinion. — V. aussi en ce sens G. GIANNI, *La coutume internationale*, pp. 132 et s.

⁴ W. SCHÜCKING, *Das Werk vom Haag*, t. II, 3, pp. 333 à 341. — Quant à la référence du droit privé, v. *infra* ce qui est dit de la théorie de Lauterpacht.

⁵ LA FONTAINE, *Pasicrisie internationale*, p. 67.

⁶ DE LAPRADELLE-POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. II, p. 108.

⁷ DE LAPRADELLE-POLITIS, *loc. cit.*, t. II, p. 285.

⁸ V. d'autres cas dans I. SPIROPOULOS, *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht. Eine Auslegung von Art. 38, § 3 des Statuts des ständigen internationalen Gerichtshofs*. Edition de l'Institut de droit international de l'Université de Kiel (1928), pp. 1 à 6 ; v. aussi A. VERDROSS, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, pp. 57 à 59.

⁹ Publications de la Cour permanente de Justice internationale, série A, arrêt n° 7, pp. 22 et 32. Cf. série A, arrêt n° 11, p. 20 et les observations de M. Anzilotti, p. 27.

¹⁰ L. LE FUR et G. CHKLAVER, *Recueil de textes de droit international public*, p. 171.

¹¹ L. LE FUR et G. CHKLAVER, *ibid.*, p. 179.

¹² V. le traité d'arbitrage du 3 décembre 1921 entre l'Allemagne et la Suisse (art. 5) ; le traité d'arbitrage du 29 août 1924 entre l'Allemagne et la Suède (art. 5) et le traité d'arbitrage finno-allemand du 14 mars 1925 (art. 5).

¹³ NIPPOLD, *Der völkerrechtliche Vertrag*, p. 84. JELLINEK, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, 13, pp. 46 et 51.

¹⁴ Procès-verbaux des Séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 306.

¹⁵ Procès-verbaux, p. 294.

¹⁶ *Ibid.*, p. 310-311.

¹⁷ *Ibid.*, p. 294, v. les opinions des autres membres du Comité, pp. 314, 316 et 345.

¹⁸ *Ibid.*, p. 315.

¹⁹ *Ibid.*, p. 310.

²⁰ *Ibid.*, p. 316.

²¹ V. ma *Théorie du droit naturel depuis le xvii^e siècle et la doctrine moderne* (*Recueil des Cours de La Haye*, t. XVIII [1928], pp. 130 et suiv.)

²² En ce sens que la majorité des membres du Comité des juristes, en adoptant l'article 38 alinéa 3, visaient certainement le droit naturel ou objectif, v. SPIROPOULOS, *loc. cit.*, p. 20, n° 26 ; v. aussi p. 29, en note, et p. 56, les citations qu'il fait de MM. del Vecchio et I. B. Scott.

²³ A. VERDROSS, *Rapport à l'Institut de droit international sur les principes généraux du droit* (Session de Cambridge, 1931), p. 6 du tirage à part.

²⁴ En ce sens, voir F. GénY et presque tous les partisans de la théorie traditionnelle du droit naturel.

²⁵ V. la proposition de M. Politis à l'Institut de droit international (*Annuaire* de 1925, p. 23) et la résolution un peu différente de l'Institut. Ce qui fait ici la difficulté, c'est que la prescription — *patrona generis humani* — dont on retrouve partout l'application concrète, suppose une réglementation précise, l'accomplissement de délais que nulle autorité nationale n'est en mesure de déterminer.

²⁶ V. sur ces divers points J. SPIROPOULOS, *loc. cit.*, pp. 32 et suiv. (prescription), pp. 38 et suiv. (dommages indirects).

²⁷ A. VERDROSS, *Die Verfassung*, pp. 44 à 46 ; HEILBORN, *op. cit.*, p. 29. Cf. les discussions à ce sujet au Comité de Juristes chargé d'élaborer le statut de la Cour permanente, Procès-verbaux, pp. 332 et suiv.

²⁸ Cf. A. VERDROSS, *Droit international de la Paix* (*Recueil des Cours de La Haye*, t. XXX [1929], pp. 304) et HEILBORN, *op. cit.*, p. 30.

²⁹ ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale* (1923), pp. 63 et suiv.

³⁰ SALVIOLI, *La corte permanente di giustizia internazionale* (*Rivista di diritto internazionale*, 1924, pp. 280 et s.).

³¹ CAVAGLIERI, *Concetto e carattere del diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale* (1926). V. dans G. GIANNI, *La coutume en droit international*, p. 80, une juste critique de la conception de la coutume internationale présentée par les positivistes italiens comme un pacte tacite et des conséquences inadmissibles qu'en tire M. Cavaglieri : par exemple, qu'un Etat peut toujours modifier les règles coutumières par la voie du traité, ou mieux encore, les rejeter toutes en bloc en s'abstenant de demander son admission dans la communauté internationale.

³² Cf. VERDROSS, *Die Verfassung...*, p. 64.

³³ *Ibid.*, pp. 64 et s.

³⁴ L'article 38 avait d'abord été ainsi rédigé : « Les règles à appliquer par le juge pour la solution des différends internationaux sont les suivantes, dans l'ordre successif où elles s'imposent à son examen : I. Le droit international conventionnel, soit général, soit spécial, comme manifestation des règles expressément adoptées par les Etats ; II. La coutume internationale, comme attestation d'une pratique commune des nations acceptée par elles comme loi ; III. Les règles de droit international telles que les reconnaît la conscience juridique des peuples civilisés ; IV. La jurisprudence internationale comme organe d'application et de développement du droit. » (Procès-verbaux, p. 306.)

³⁵ Procès-verbaux, p. 337.

³⁶ *Ibid.*, p. 338.

³⁷ Il faut bien se dire également, en ce qui concerne l'ordre suivi par l'article 38 dans son énumération des diverses sources du droit international et la hiérarchie qu'il semble établir entre elles, que cet article — disposition juridique et non règle morale — se place non pas tant au point de vue de la valeur respective de ces diverses sources et de leur force obligatoire morale qu'au point de vue de la facilité de la preuve, question de première importance pour le juge ; et à ce point de vue l'ordre suivi par les rédacteurs de l'article 38 ne saurait guère être modifié.

CHAPITRE IV

Méthodes d'interprétation du droit international conventionnel

par N. POLITIS,

*Professeur honoraire à la Faculté de Droit de l'Université de Paris,
Membre de l'Institut*

Parmi les problèmes actuels du droit international, celui de l'interprétation des normes établies par les traités mérite de retenir tout particulièrement l'attention, parce que, malgré son importance pratique grandissante, il a été jusqu'ici assez négligé.

La doctrine est, à son sujet, fort en retard. Elle s'en est, il est vrai, occupée depuis très longtemps, pour établir un certain nombre de règles qui, depuis trois siècles, figurent dans tous les ouvrages. Mais ces règles n'ont plus qu'une valeur toute relative. Elles s'inspirent des principes du droit privé en matière d'interprétation des contrats. Tant qu'on n'a vu dans les traités que des contrats entre Etats, elles pouvaient convenir pour leur interprétation. Elles peuvent être encore utilisées pour déterminer le sens des dispositions contractuelles distinctes. Mais les traités ne sont pas toujours des contrats. Il en est qui sont de véritables lois, parce qu'ils établissent, pour les Etats qui les concluent, des normes objectives de conduite. Ces traités sont de plus en plus nombreux et leur importance est de plus en plus grande. Elle varie suivant que, conclus entre deux ou plusieurs Etats, les traités formulent des lois particulières ou générales. Et, comme sur une même matière, il peut y avoir, entre certains Etats, à la fois des traités bilatéraux et des traités collectifs ou multilatéraux, ce fait ajoute à la complexité du problème de leur respective interprétation.

Ces simples remarques suffisent pour faire comprendre que, dans le droit international, comme dans le droit interne, le problème de l'interprétation est double, suivant qu'il s'applique aux contrats ou aux lois.

Distincts dans le droit interne, ces deux problèmes doivent l'être également dans le droit international. Or ils ne le sont pas encore avec toute la netteté désirable. La doctrine continue en général à parler de l'interprétation des traités sans trop se préoccuper de la nature de leurs dispositions. En reproduisant les règles tradition-

nelles d'interprétation, elle a surtout en vue les traités-contrats. Elle oublie le plus souvent les traités-lois. La négligence est fâcheuse, car l'interprétation des traités-lois acquiert tous les jours davantage d'importance dans la pratique : les traités-lois ne sont pas seulement devenus plus nombreux, leur interprétation fait plus fréquemment l'objet d'un débat judiciaire international.

Autrefois, à défaut d'accord pour donner à leurs traités une interprétation officielle, les Etats intéressés pouvaient au moins s'entendre pour confier à un tribunal arbitral le soin de fixer le sens d'un traité dans un cas d'espèce. Ce recours à l'arbitrage pouvait être décidé soit après la naissance du différend, au moyen d'un compromis spécial, soit d'avance en vue des différends à naître, au moyen d'une clause compromissoire insérée dans le traité lui-même ou dans un traité général d'arbitrage. Mais l'accord nécessaire pour recourir à l'arbitrage pouvait ne pas se produire ou ne pas recevoir exécution, si les parties ne s'entendaient pas sur son application dans un cas donné.

Toute autre est aujourd'hui la situation. De tous les différends internationaux ceux relatifs à l'interprétation des traités sont considérés comme les plus susceptibles d'une solution arbitrale ou judiciaire. Ils sont toujours visés dans les innombrables traités d'arbitrage ou de règlement judiciaire conclus dans les dix dernières années. Ils figurent au premier rang parmi les différends à propos desquels la juridiction de la Cour permanente de justice internationale peut, en vertu de l'article 36 de son statut, être reconnue comme obligatoire. En fait, elle a été reconnue comme telle par tous les Etats d'Europe et par la majorité des autres Etats.

Désormais tout différend relatif à l'interprétation d'un traité liant deux ou plusieurs de ces Etats peut, à la simple requête de l'un d'eux, être soumis à l'appréciation de la Cour, qui ne saurait en aucun cas être empêchée d'en connaître : si sa compétence était contestée, elle aurait le pouvoir de trancher cette question préalable ; si l'Etat cité refusait de comparaître, elle pourrait statuer par défaut.

Ce nouvel état de choses offre de larges possibilités de solution du problème envisagé.

Jusqu'ici le caractère occasionnel et transitoire des tribunaux d'arbitrage n'a pas permis la formation, pour l'interprétation des traités-lois et partant pour le développement du droit international, d'une jurisprudence analogue à celle qui existe dans les divers pays pour l'interprétation des lois et le développement du droit interne.

Il en sera autrement avec la Cour permanente de justice internationale. Grâce à sa permanence et à sa compétence obligatoire, la Cour pourra, en créant peu à peu pareille jurisprudence, contribuer puissamment au progrès du droit international.

Déjà, depuis dix ans qu'elle existe, elle a eu maintes occasions de se prononcer sur des difficultés d'interprétation. Il se dégage

de ses arrêts, comme de ses avis consultatifs, un certain nombre de règles qui fournissent les premiers éléments d'une jurisprudence en voie d'élaboration de haute valeur.

Dans l'énoncé de ces règles, la Cour a fait preuve de beaucoup de prudence, de réserve et, parfois, d'hésitation. On ne saurait s'en étonner. Constituant dans la vie des peuples une innovation assez inattendue, qui a besoin de gagner de manière durable la confiance des Etats, la Cour doit s'interdire à ses débuts toute hardiesse de doctrine. Composée comme elle est, avec ses membres représentant des conceptions et des mentalités très diverses et n'ayant pour la plupart aucune expérience judiciaire, elle est obligée de préférer, à des affirmations trop positives, des expressions de pensée particulièrement nuancées.

Il convient d'ajouter qu'en matière d'interprétation, la Cour n'a pas trouvé jusqu'ici dans la doctrine un appui propre à rendre sa mission plus aisée.

Cette mission est ici extrêmement délicate. Pour s'en rendre compte, il suffit de la comparer à celle qui, dans la matière correspondante de l'interprétation des lois, incombe aux tribunaux nationaux.

*
* *

Le juge interne trouve, dans sa loi, pour l'interprétation des contrats, un ensemble de règles plus ou moins complètes (art. 1158 à 1164 du Code civil français) sur lesquelles il doit baser sa décision. En revanche, aucune règle ne lui est imposée pour l'interprétation des lois. Mais il est, en tous cas, obligé d'en découvrir le sens et d'en fixer la portée. Il ne peut pas se refuser à juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi (art. 4 du Code civil français) : il doit, sous peine de déni de justice, rendre toujours un jugement.

Pour déterminer le sens de la norme qu'il est chargé d'appliquer, il doit commencer par rechercher l'intention du législateur. Il la découvrira le plus souvent dans la formule même du texte. Mais il peut aussi utiliser avec précaution les travaux préparatoires, recourir aux précédents historiques, scruter le but de la loi et, au besoin, la mise en valeur des principes auxquels le texte se rattache.

On a parfois soutenu que, comme la volonté du législateur est une pure fiction et sa découverte fort malaisée, la loi, une fois promulguée, se détache de cette volonté, pour devenir un organisme indépendant, vivant d'une vie propre et s'adaptant sans cesse aux transformations du milieu social. Ainsi, pour interpréter les lois, le juge devrait tenir avant tout compte des conditions sociales et économiques de son époque.

Ceux mêmes qui condamnent pareille conception ne s'en tiennent pas aussi rigoureusement qu'on le pourrait penser à l'intention du législateur. Ils reconnaissent que, puisqu'il statue pour l'avenir, le législateur ne saurait négliger les modifications sociales ultérieures

qui auront fatalement leur répercussion sur le champ d'application de la loi. Ils sont obligés de présumer que le législateur lui-même a entendu que la disposition qu'il formule doit être susceptible de s'assouplir pour s'adapter toujours aux faits qu'elle régit. La volonté du législateur embrasserait ainsi, en outre de son contenu actuel, le contenu non prévu de la loi. De telle sorte qu'en prenant en considération les conditions nouvelles du commerce juridique, le juge continuerait à respecter la volonté du législateur.

A la différence du juge interne, le juge international ne trouve dans le droit positif aucune règle obligatoire ni pour l'interprétation des traités-lois ni même pour celle des traités-contrats. La doctrine a sans doute, pour ce dernier cas, appliqué et généralisé les règles du droit romain. Mais les résultats ainsi obtenus sont de simples principes scientifiques. L'interprétation demeure une opération logique guidée par des règles logiques et, en outre, par des critères généraux qui se peuvent tirer de la nature et des caractères de l'ordre juridique international (D. Anzilotti, *Cours de droit international*, traduct. franç., t. I, p. 112).

De plus, tandis que le juge interne est tenu de statuer même dans le silence de la loi, le juge international doit, dans ce cas, s'abstenir de juger : il est obligé de se borner à constater qu'il ne trouve dans le droit positif aucune règle sur laquelle il puisse se baser pour résoudre le différend. Cette situation s'explique par les particularités propres au droit des gens. Elle n'en est pas moins fâcheuse. Ses inconvénients deviennent plus sensibles à mesure que la justice internationale, en se stabilisant et en se perfectionnant, se rapproche du système de justice obligatoire et publique en vigueur dans les organisations nationales.

C'est pour rendre plus improbable l'éventualité d'un déni de justice que, dans la détermination des règles dont la Cour permanente de justice internationale doit faire application, l'article 38 de son statut mentionne, à côté des traités et de la coutume, les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.

Bien qu'on soit loin d'être d'accord sur l'exakte portée de cette disposition, on peut admettre qu'elle vise non seulement les principes généraux de l'ordre juridique international, mais encore ceux qui sont généralement admis dans les législations des peuples civilisés. Si ces derniers principes ont été tacitement acceptés dans l'ordre juridique international, la Cour les appliquera comme tels ; s'ils ne l'ont pas été, elle peut y puiser les éléments d'une norme qu'elle est autorisée à créer pour les besoins de la cause (v. D. Anzilotti, *ouvrage cité*, t. I, pp. 117-118).

Grâce à l'étendue ainsi accordée à ses pouvoirs, la Cour aura toujours la possibilité de donner à une norme conventionnelle l'interprétation qui lui paraîtra convenable. On ne conçoit pas, en effet, de cas où les principes généraux, entendus dans le double sens qui vient d'être indiqué, ne lui fourniraient pas de règle pour résoudre une difficulté quelconque d'interprétation.

*
* *

Est-ce à dire que, dans l'interprétation des normes internationales conventionnelles, la cour jouisse de la même liberté d'appréciation que le juge interne dans l'interprétation des lois nationales?

La doctrine actuelle du droit international y répondrait, semble-t-il, négativement : elle met à la base de toute interprétation des traités la volonté des parties de manière plus rigoureuse qu'on ne fait en droit privé de la volonté du législateur ; elle ramène tout le problème à la stricte observation de la règle *pacta sunt servanda*, qui est elle-même l'expression du principe de la bonne foi (v. L. Ehrlich, *L'interprétation des traités*, dans le Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, t. 24, n. 89).

Mais dans la recherche de cette volonté et dans la manière de l'entendre, on affronte des difficultés où s'accusent de profondes divergences sur les méthodes d'interprétation.

Il en est tout d'abord ainsi quant à la valeur qu'il convient d'attribuer aux travaux préparatoires. Alors que les juristes de formation latine les prennent toujours en sérieuse considération, les juristes anglo-saxons n'en tiennent pas compte et se bornent à la découverte du sens des formules employées. La Cour permanente de justice internationale, dans le sein de qui sont représentées les deux tendances, a évité jusqu'ici de prendre franchement parti, tout en penchant en faveur de la conception anglo-saxonne. Elle s'est efforcée de déterminer le sens des textes discutés devant elle en s'en tenant à leurs propres termes. Elle a pu ainsi proclamer qu'il n'y a pas lieu de tenir compte des travaux préparatoires si le texte est en lui-même suffisamment clair (v. l'arrêt n° 10, pp. 16-17 et les avis consultatifs n°s 2-3, p. 40 ; n° 12, p. 22 ; n° 14, pp. 28 et 31).

Il en est de même quant aux indices propres à confirmer la volonté recherchée des parties et qui peuvent être fournis soit par la manière dont la norme a été jusqu'ici appliquée, soit par le but que les parties semblent s'être proposé en l'établissant.

La Cour a eu plusieurs fois l'occasion de tenir compte de la manière dont la norme a été appliquée. Elle y a vu une méthode d'interprétation contemporaine et pratique (arrêt n° 3, pp. 8-9 ; avis consultatifs, n°s 2-3, pp. 38-40 ; n° 13, p. 19), qu'elle a considérée comme décisive (avis consultatif, n° 15, p. 18). Mais elle a estimé ne pouvoir s'occuper des faits postérieurs au traité que pour autant qu'ils sont de nature à jeter de la lumière sur la volonté des parties, telle qu'elle existait au moment de la conclusion du traité (avis consultatif, n° 12, p. 24). On peut cependant penser que, si la volonté des parties doit être le critère essentiel de l'interprétation, elle peut tout aussi bien se manifester par une application subséquente de la norme.

C'est également pour mieux respecter cette volonté que l'on doit tenir compte du but que les parties ont recherché, car autre-

ment leur intention ne se trouverait pas réalisée. La Cour a pu montrer quelle importance elle attache au but et à l'esprit des textes qu'elle est appelée à interpréter (avis consultatif, n° 17, pp. 19-21 et 32). Si le but apparaît dans le texte même du traité, il n'y a point de difficulté. Il en est autrement s'il est nécessaire de le rechercher en dehors du texte et surtout si le véritable but de la norme semble différent de celui qui a été exprimé. Dans ce cas, la prudence engagera à laisser tomber la présomption en faveur d'une interprétation conforme au but, pour s'en tenir strictement au texte (L. Ehrlich, *ouvrage cité*, n° 92). Pareille prudence paraîtra cependant exagérée si le sens du texte demeure obscur ou si, mieux encore, il aboutit, dans son application littérale, à des conséquences proprement absurdes. La préoccupation essentielle de l'interprète doit être d'assurer au texte une réelle utilité pratique. La Cour en a estimé ainsi quand elle a déclaré qu'en déterminant la nature et l'étendue d'une disposition, elle doit envisager ses effets pratiques plutôt que le motif prédominant par lequel on la suppose avoir été inspirée (avis consultatif, n° 13, p. 19).

*
* *

Il en est encore et surtout de même quant à la solution de la question de savoir quel est le pouvoir du juge international lorsqu'il est en présence d'un cas que les parties n'ont pas prévu dans la disposition qu'elles ont arrêtée. Peut-il induire du texte qu'il a devant lui et des principes qui semblent l'avoir inspiré la norme que les parties auraient établie si elles avaient pu prévoir le cas actuellement en litige pour baser sur elle son jugement?

Si l'on ne peut assigner à l'interprétation des normes internationales conventionnelles d'autre but que la recherche de la volonté des parties, pareil pouvoir doit lui être refusé.

On a soutenu que seule cette solution est conforme à la nature du droit international : la fiction d'un législateur voulant faire régir, par les règles par lui posées, tous les cas qui peuvent se produire est admissible en droit interne où le législateur est omnipotent et a d'ailleurs la possibilité d'intervenir à tout moment pour redresser une interprétation qu'il tiendrait pour erronée ; elle ne l'est pas en droit international, parce qu'il n'y a pas de législateur permanent ni de fiction de " globalité " du système des règles conventionnelles ; les normes établies ne peuvent pas être génératrices d'autres normes qui seraient plus que leur simple conséquence ; entre les lois internes et les traités internationaux, il y a une différence essentielle, les premières déterminent des situations juridiques pour les individus et les collectivités autres que le législateur, les seconds ne créent des droits et des obligations que pour les Etats qui les établissent ; il n'y a pour les Etats d'autres obligations que celles qu'ils ont formelle-

ment acceptées ; seule leur volonté régit leurs relations mutuelles (E. Ehrlich, *ouvrage cité*, n^{os} 60, 76 et 80).

Cette argumentation ne tient pas suffisamment compte de la distinction capitale des traités-contrats et des traités-lois. Elle confond au surplus, dans ces derniers, la forme avec le fond.

Dans les traités-lois, les Etats font office de législateur international en fixant des règles de conduite soit pour eux-mêmes, soit pour leurs sujets. Il importe peu que cette fonction législative ne soit exercée qu'occasionnellement. Elle n'en est pas moins comparable à celle du législateur interne. Elle est donc capable de produire des effets analogues aux siens.

De plus, la fiction d'une volonté législative régissant les cas non formellement prévus est plus nécessaire dans l'ordre international que dans l'ordre national, car l'insuffisance de la loi a dans le premier des conséquences graves qu'elle n'a dans le second.

Dire enfin qu'à la différence des lois internes les normes internationales obligent le législateur lui-même, c'est confondre les deux qualités, de législateur et de sujet de droit, appartenant aux Etats : ce n'est pas comme législateurs, mais comme sujets de droit qu'ils sont liés par les normes contractuelles.

Mais il faut aller plus avant dans la difficulté. La question est de savoir s'il y a une différence spécifique entre la loi internationale et la loi interne. Pas plus l'une que l'autre ne peuvent prévoir tous les cas. Destinées à régir des rapports vivants et partant variables, elles doivent, pour atteindre les fins sociales qui sont leurs, comporter assez de souplesse d'application pour ne pas laisser hors de leur domaine les situations nouvelles qui se peuvent présenter dans l'ordre qu'elles ont prévu et qu'elles ont entendu régler. Déjà Vattel (*Le droit des gens*, livre II, chap. XVII, § 232) pouvait écrire que « les conjonctures varient et produisent de nouvelles espèces de cas qui ne peuvent être ramenées aux termes du traité que par des inductions tirées des vues générales des contractants ». Ce qui était vrai à la fin du XVIII^e siècle, l'est à bien plus forte raison à notre époque, où les traités-lois se sont singulièrement multipliés et où les besoins des rapports internationaux sont devenus plus amples et plus changeants.

On peut imaginer telle hypothèse, qui s'est d'ailleurs présentée devant la Cour permanente de justice internationale, où les règles posées dans un traité ont été, dans leur application, constamment élargies, rendues plus souples, plus compréhensives, plus humaines, en un mot complétées par un droit nouveau constitué par les concessions réciproques des parties. Si à un moment donné on cherche à en déterminer le sens et la portée sera-t-il possible de faire abstraction de tout ce qui s'est passé depuis leur élaboration, pour s'en tenir à la lettre des textes ou même à la pensée initiale des parties ?

On ne saurait le penser. Dans le cas soumis à son examen, la cour a évité de se prononcer formellement sur les deux méthodes

d'interprétation développées devant elle. Mais de la manière dont elle a interprété les textes litigieux, elle a laissé entendre que ses préférences allaient vers la thèse d'après laquelle un traité, qui est depuis longtemps en application, ne saurait être tenu pour un texte sec et inerte, il doit être examiné comme un être vivant, plein de vigueur, et continuer d'être appliqué dans l'esprit où il l'a été jusqu'ici (avis consultatif, n° 17, p. 32).

Tels sont les principaux aspects du problème dont la solution s'impose pour assurer l'interprétation uniforme des normes internationales.

CHAPITRE V

Les principes généraux du droit comme source du droit des gens

par Alfred VERDROSS, Wien (Vienne)

Docteur en droit, professeur à l'Université de Vienne.

Associé de l'Institut de droit international

BIBLIOGRAPHIE (en ordre chronologique)

- A. VERDROSS, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes* (1923), p. 120 (développé ensuite dans l'ouvrage *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926, p. 57).
- D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale* (1923), p. 63.
- G. SALVIOLI, *Rivista di diritto internazionale*, XVI (1924), p. 280.
- J. KOSTERS, *Les fondements du droit des gens* (1925).
- H. LAUTERPACHT, *Private law sources and analogies of international law* (1927).
- E. RABEL, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, I (1927).
- J. SPIROPOULOS, *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht* (1928).
- H. HELLER, *Die Souveränität* (1928), p. 138.
- H. RICHTER, *Zeitschrift für Völkerrecht*, XIV (1928), p. 505.
- A. CAVAGLIERI, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 26 (1929), I, p. 323.
- K. STRUPP, *Das Recht des internationalen Richters nach Billigkeit zu entscheiden* (1930), p. 81.
- Mitteilungen der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* (édités par W. Simons), X (1930), p. 89.
- G. BALLADORE PALLIERI, *I principi generali del diritto riconosciuti delle nazioni civili* (1931).
- E. HÄRLE, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, XI (1931), p. 206.

I. On soutient en général que les seules sources du droit des gens sont les traités et la coutume. Pourtant un examen plus approfondi de la question nous démontre que cette thèse ne correspond pas à la réalité internationale.

D'abord nous trouvons un nombre considérable de *sentences arbitrales* qui ne se bornent point à appliquer les traités et la coutume, mais qui invoquent aussi un troisième groupe de règles juridiques, à savoir les *principes généraux de droit*. Nous ne citerons

ici qu'une partie restreinte de ces décisions à titre d'exemple. Ainsi dans la sentence arbitrale entre la Grande-Bretagne et l'Argentine en date du 1^{er} août 1870, concernant les réclamations de la part d'armateurs anglais, il est dit : " That is a principle of *universal jurisprudence* that he who uses his right, offends no one ». (La Fontaine, *Pasicrisie internationale*, p. 67). Dans l'affaire « Yuille, Shortridge & Co » le tribunal ayant à décider jusqu'à quelle limite de temps les intérêts sont exigibles, problème qui n'est réglé ni par les traités, ni par la coutume, s'est référé au *droit commun*, d'après lequel « le cumul d'intérêts arriérés s'arrête lorsqu'ils atteignent le principal ». (Lapradelle et Politis, *Recueil des arbitrages*, II, p. 108.) La sentence arbitrale du 29 novembre 1902 entre les Etats-Unis et la Russie déclare : « Le *principe général du droit civil*, d'après lequel les dommages-intérêts doivent contenir une indemnité, non seulement pour le dommage qu'on a souffert, mais aussi pour le gain dont on a été privé, est également applicable aux litiges internationaux. » (Lapradelle et Politis, II, p. 285). De même la Cour permanente d'arbitrage à La Haye s'est inspirée à plusieurs reprises des « principes généraux de droit ». Dans la sentence du 11 novembre 1912 on lit par exemple : « Il serait contraire à l'équité de présumer une responsabilité de l'Etat débiteur plus rigoureuse que celle imposée au débiteur privé dans un *grand nombre de législations européennes*. » (Schücking, *Das Werk von Haag*, III, p. 299.) La Cour de justice centre-américaine dit également dans un conflit entre le Salvador et le Nicaragua relativement au golfe de Fonseca « thanks to the *universal principle* handed down by Roman law and faithfully observed in modern law, copartners may not perform any act disposing of a thing possessed in commun except jointly or with the consent of all ». (*American Journal of International Law*, 1917, p. 728).

Déjà de ces décisions de divers tribunaux arbitraux, dont le nombre pourrait être augmenté facilement, il semble résulter que les rapports entre les Etats sont régis non seulement par les traités et la coutume, mais aussi par les principes généraux de droit se trouvant à la base des législations des Etats civilisés.

Contre cette conclusion, il est vrai, on pourrait faire valoir que les arbitres ont pu se tromper dans l'interprétation des sources du droit des gens à appliquer par eux de manière qu'ils auraient outrepassé leur compétence judiciaire. Mais une telle objection se heurte au fait que les différents Etats en litige ont accepté toutes ces sentences sans soulever la moindre protestation ; on peut donc en déduire que les Etats étaient convaincus du bien-fondé de l'application de ces principes. En effet, il est peu probable que les Etats se soient régulièrement soumis sans protestation, aux décisions de cette nature si d'après leur opinion les principes généraux de droit n'avaient pas force obligatoire pour les rapports internationaux.

En faveur de cette thèse milite enfin l'article 38 du Statut de la Cour permanente de justice internationale qui oblige la Cour

d'appliquer « *les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées* » s'il n'existe pas de règles conventionnelles ou coutumières applicables en la matière.

Des dispositions analogues se trouvent également dans plusieurs traités d'arbitrage comme par exemple dans les traités d'arbitrage et de conciliation entre l'Allemagne et la Suisse du 3 décembre 1921, entre l'Allemagne et la Suède du 29 août 1924, entre l'Allemagne et la Finlande du 14 mars 1925.

Mais même si une telle disposition fait défaut, le tribunal arbitral obligé d'appliquer le droit des gens est tenu à s'inspirer des sources indiquées dans l'article 38 du Statut de la Cour, comme il a été déclaré expressément par la sentence arbitrale du 31 juillet 1928, concernant la responsabilité de l'Allemagne en raison des dommages causés dans les colonies portugaises du Sud de l'Afrique. (*Revue de droit international*, III, 1929, p. 259.)

La même idée se trouve à la base du rapport présenté à l'Institut de droit international par MM. Politis et de Visscher, concernant la prescription libératoire dans les relations internationales où il est dit : « Des considérations pratiques d'ordre, de stabilité et de paix, depuis longtemps retenues par la jurisprudence arbitrale, doivent faire ranger la prescription libératoire des obligations entre Etats parmi les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées dont, aux termes de l'article 38/3 de son Statut, la Cour permanente de justice internationale est appelée à faire application. » (*Annuaire de l'Institut*, 1925, p. 3.)

De ce qui précède il semble donc résulter que l'article 38/3 du Statut de la Cour n'a pas introduit une *nouvelle* source du droit des gens, mais a codifié seulement un principe reconnu depuis longtemps par la pratique internationale.

Cette conception, il est vrai, n'est pas acceptée par toute la doctrine. Des auteurs éminents, surtout MM. Anzilotti, Cavaglieri, Salvioli et Strupp y opposent que la Cour est bien obligée de se baser, en cas d'insuffisance des règles conventionnelles ou coutumières, sur les principes généraux de droit indiqués dans l'article 38/3 du Statut de la Cour, mais ces principes sont, d'après eux, *étrangers* au droit des gens. Ce n'est que la Cour seule qui aurait la faculté de les appliquer, sans que les Etats ou d'autres instances arbitrales ou judiciaires fussent obligées par eux.

En tant que cette opinion veut seulement réserver le terme « droit des gens » aux règles conventionnelles et coutumières, il ne s'agit que d'une pure différence de terminologie. D'une importance capitale est par contre la question de savoir si ces principes sont uniquement obligatoires pour la Cour à cause de la règle expresse de l'article 38/3 de son Statut ou si ces principes s'imposent également aux *Etats*, et par conséquent à toute *instance* arbitrale ou judiciaire, en l'absence d'une disposition contraire du compromis.

Or, la longue histoire de la jurisprudence internationale acceptée sans protestation par les Etats nous semble démontrer avec évi-

dence que les principes généraux de droit ne sont pas seulement des règles à appliquer par la Cour permanente de justice internationale, mais en général des règles obligatoires dans la sphère internationale. Et cela trouve appui dans la remarque que, sans raison suffisante prouvant le contraire, on ne pourrait pas admettre que les Etats eussent conféré à la nouvelle Cour une telle compétence, sans être convaincus que ces principes faisaient déjà partie des règles valables dans le domaine international, abstraction faite de la question théorique de savoir si ces règles appartiennent au droit des gens proprement dit ou si elles sont des règles spéciales, obligatoires pour les Etats outre le droit des gens *stricto sensu*. Car dans le cas contraire la Cour, en appliquant les principes généraux de droit, aurait à décider du différend international d'après une règle qui n'était pas à la base de ce litige lui-même avant qu'il n'eut été soumis à la Cour. Le litige devrait donc être résolu différemment par la Cour, que par une autre instance internationale à laquelle ne serait pas donné expressément le pouvoir indiqué dans l'article 38/3 du Statut de la Cour. Il semble clair qu'une telle interprétation de la volonté des Etats, conduisant à des résultats absurdes, ne pourrait être admise que si une intention de ce genre était prouvée clairement. Mais en réalité on ne voit aucun fait qui puisse être invoqué en faveur de cette thèse. Tout au contraire, le président du Comité chargé par le Conseil de l'élaboration du projet de statut de la Cour a déclaré expressément que les dispositions de l'article 38 ne donnent pas aux juges un pouvoir nouveau, étant donné que l'application de ces règles est « de pratique *constante* dans les juridictions internationales ». (*Procès-verbaux*, p. 310.) La même thèse a été défendue par Lord Phillimore qui a soutenu que : « En *général* tous les principes du droit commun sont applicables aux rapports internationaux. Ce sont en fait des règles de droit international. » (*Procès-verbaux*, p. 316).

II. Ce résultat préliminaire obtenu, nous pouvons passer à l'analyse détaillée de la question de savoir ce qu'il faut entendre sous ces « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ».

Dans cet ordre d'idées il convient de signaler en première ligne qu'il s'agit ici de principes juridiques qui ne sont pas nés dans la vie internationale, mais dans la vie *interne* des Etats civilisés. On doit donc distinguer nettement entre les principes généraux du droit des gens proprement dit, indiqués par exemple dans le préambule de la convention sur les droits et devoirs des Puissances neutres en cas de guerre maritime et les principes généraux de droit reconnus par les Etats civilisés. En effet, les principes du droit des gens sont des règles acceptées directement par la pratique *internationale* comme étant de droit, tandis que les principes généraux de droit ont été reconnus d'abord par les Etats dans leur droit *interne*, surtout dans le droit civil. Par conséquent l'article 38 du Statut de la Cour énu-

mère ces principes en les distinguant des règles conventionnelles et coutumières.

Suivant quelques auteurs, ces principes généraux de droit ont le caractère de règles du droit naturel. Mais à notre avis, l'article 38, d'accord avec la jurisprudence internationale, donne à la Cour seulement le pouvoir d'appliquer des principes *reconnus par les Etats civilisés*, donc des principes *positifs*. Cela n'empêche naturellement pas que ces règles se soient développées à la base du droit naturel ; mais pour être applicables par le juge international, elles doivent déjà avoir pris corps dans le droit positif des Etats civilisés. Cette interprétation est imposée aussi par les travaux préparatoires du Statut de la Cour.

D'après le système proposé par M. Descamps, président du Comité consultatif de juristes chargé par le Conseil de l'élaboration du Statut de la Cour, la Cour aurait reçu, il est vrai, la compétence de fonder la sentence, en l'absence de règles conventionnelles ou coutumières, sur « les règles de droit international telles que les reconnaît la conscience juridique des peuples civilisés ». Mais M. Root a été d'avis qu'il serait impossible d'obliger les Etats à « soumettre leurs différends à une Cour qui n'appliquerait pas seulement le droit, mais ce qu'elle considère comme la notion du droit, telle qu'elle existe dans la conscience des peuples civilisés ». Pour ces motifs il a déposé un projet d'après lequel la Cour aurait à appliquer « les principes généraux de droit reconnus par les peuples civilisés » (*Procès-verbaux*, pp. 294, 317, 331, 344). Et cette formule a été acceptée par le Comité guidé par l'idée que les principes fondés dans la conscience juridique doivent être *reconnus* par les Etats civilisés, comme applicables par le juge international. Par conséquent, le Comité a donné à la Cour seulement la faculté de faire recours aux principes déjà *acceptés* par les nations civilisées *in foro domestico* ; tels certains principes de procédure, le principe de la bonne foi, le principe de la chose jugée, etc. (*Procès-verbaux*, p. 335).

Cependant pour être obligatoire dans la sphère internationale, il ne suffit pas qu'un tel principe juridique soit reconnu par le droit interne d'un ou de plusieurs Etats. Il ne suffit pas non plus que la même règle se trouve, par hasard, inscrite dans divers codes nationaux. Il faut, au contraire, qu'il s'agisse d'un principe juridique d'une portée générale qui a été accepté aussi par le droit interne des Etats civilisés. Car l'idée de la Commission a été d'une part de reconnaître les principes de droit fondés dans la conscience juridique de l'humanité, mais qui d'autre part doivent être incorporés dans le droit positif des Etats civilisés. Pourtant, comme cette reconnaissance par le droit interne ne constitue que la preuve de l'existence objective de ces principes, il ne semble pas nécessaire qu'une telle règle soit acceptée par tous les Etats civilisés, il doit suffire qu'elle se trouve à la base du système juridique des Etats civilisés en *général*. Il s'agit donc ici d'une sorte de *jus gentium* nouveau se composant de règles qui sont la manifestation d'exigences élémentaires de jus-

tice (dans le même sens : Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, pp. 106 et s. et Cavaglieri, *Règles générales du droit de la paix*, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1929).

III. Toutefois la validité internationale de ces principes n'est que *subsidaire*. S'il se trouve donc dans une question des règles conventionnelles ou coutumières qui dérogent à un principe général de droit, ce sont ces premières sources qui doivent y être appliquées. Ceci n'a du reste rien d'extraordinaire. Car la précellence des règles coutumières et conventionnelles sur les principes généraux de droit n'est qu'une conclusion qui s'impose en vertu du principe généralement admis que la *lex specialis* a le pas sur la *lex generalis*. Par conséquent les règles spéciales du droit des gens, à savoir le droit coutumier et conventionnel, doivent prédominer sur des principes de droit qui ne sont pas réservés au droit international, mais qui lui sont communs avec le droit interne des Etats civilisés. Cette « graduation naturelle » a été reconnue aussi par le Comité de juristes chargé de l'élaboration du Statut de la Cour qui n'a pas voulu modifier l'ordre jusqu'ici établi entre ces groupes divers de sources de droit (*Procès-verbaux*, p. 377).

Mais cet ordre successif des sources de droit n'exclut naturellement pas la nécessité d'appliquer, dans le même litige, les principes généraux de droit en même temps que les traités ou la coutume si le différend soulève plusieurs questions juridiques dont une partie est réglée par les traités ou la coutume, tandis que l'autre ne peut être tranchée que sur la base d'un principe général de droit, à cause du silence de ces deux sources.

Le juge doit donc, dans chaque question, recourir d'abord aux règles conventionnelles et coutumières en examinant si ces sources fournissent la solution du problème. Et ce n'est que si ces deux sources se trouvent en défaut, c'est-à-dire lorsqu'elles ne se prononcent clairement ni pour ni contre la réclamation, que le tribunal aura le devoir d'appliquer les principes généraux de droit reconnus par les Etats civilisés.

Par ce fait les principes généraux de droit servent également à interpréter le droit conventionnel et coutumier. Car en cas de doute, on doit admettre que ces règles correspondent au droit général. Mais outre ce rôle interprétatif, auquel un auteur d'une haute autorité a voulu borner la fonction de ces principes (Salvioli, *Rivista di diritto internazionale*, 1924, p. 280), on ne doit pas oublier leur rôle principal qui est celui de combler les lacunes des autres sources.

Le tribunal ne doit donc pas rejeter une réclamation qui ne trouve pas son fondement dans une règle nettement caractérisée du droit conventionnel ou coutumier, mais il doit examiner aussi si elle ne serait pas couverte par un principe général de droit. Dans un tel cas, le juge se voit ainsi obligé de recourir au moyen de *l'analogie* pour trancher le conflit.

CHAPITRE VI

Contribution à l'étude des sources du droit international

par Charles DE VISSCHER,

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Gand

Membre de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye,

Secrétaire général de l'Institut de droit international

C'est incontestablement sur le terrain du droit international que le problème des sources du droit a suscité récemment les controverses les plus nombreuses. Nulle part son étude n'a conduit à une modification aussi radicale des idées traditionnellement reçues. On n'en saurait être surpris. L'imperfection du développement technique du droit international contraint la doctrine et la jurisprudence à prendre sans cesse leur recours à certaines notions fondamentales, à des principes généraux, capables de justifier le caractère obligatoire des règles dites de droit positif ou d'assurer à ces dernières, par la voie de l'interprétation, une application conforme aux exigences de la justice et des nécessités sociales. D'autre part, nous assistons, depuis la guerre surtout, à une revision systématique et complète des anciennes conceptions des relations mutuelles des Etats, revision qui ne pouvait manquer d'exercer une influence profonde sur l'étude des bases et des sources du droit international.

Le dogme, actuellement périmé, d'une souveraineté extérieure conçue comme un pouvoir absolu et incontrôlable avait, par des voies diverses, donné naissance à la théorie dite positiviste, encore dominante au début du xx^e siècle, qui ne reconnaissait d'autre fondement au droit international que la volonté expresse ou tacite des Etats. Pour les uns, c'est sur la volonté individuelle de l'Etat que repose tout le droit international, sa libre détermination comportant le pouvoir de se soumettre à des règles volontairement acceptées par lui : théorie de l'autolimitation, systématisée surtout par G. Jellinek et dont la contradiction interne saute aux yeux. Rien de plus arbitraire, en effet, que cette hypothèse d'une abdication des volontés abandonnées à elles-mêmes, sans principe supérieur pour les guider. Rien de plus fragile non plus, car si la règle de droit n'est que le produit d'une libre volonté, elle n'est pas au fond obligatoire : « elle reste à la discrétion des Etats qui l'ont créée, puisqu'en cessant de

la vouloir obligatoire, ils peuvent n'en tenir aucun compte. Ce que la volonté fait, une volonté contraire peut le défaire » ¹.

A cette conception individualiste se rattache toute la théorie dite des droits fondamentaux des Etats, droits inhérents à la personnalité étatique, tels que l'indépendance, la conservation, le commerce international. Cette théorie, qui fut particulièrement développée en France, reposait sur une idée d'équilibre des prérogatives souveraines, équilibre lui-même basé sur le postulat de l'égalité ². Vaine tentative pour édifier un ordre juridique objectif sur des droits subjectifs qui, précisément, en impliquent l'existence ; l'explication procédait d'un singulier renversement dans l'ordre logique des concepts et tournait dans un cercle vicieux ³. Mais, par là même qu'elle s'appuyait sur la notion des droits subjectifs, elle a largement contribué à mettre à l'avant-plan l'élément de volonté et à renforcer l'autorité des doctrines qui présentent l'émission des volontés étatiques comme le fondement dernier du droit international.

Plus satisfaisante dans ses applications pratiques, la théorie dite de la volonté collective des Etats paraît aussi, à première vue, moins sujette aux contradictions internes relevées ci-dessus. Les défenseurs de cette théorie, au premier rang desquels il faut citer le jurisconsulte allemand Triepel, professent sans doute que toute règle de droit procède exclusivement de la volonté des Etats ; mais ils reconnaissent que cette volonté, qui doit être obligatoire pour une pluralité d'Etats, ne peut appartenir à un seul Etat. Seule une volonté supérieure aux volontés individuelles, volonté commune, née de l'union des volontés particulières et se manifestant par la voie de la *Vereinbarung* ou traité-loi, peut rendre compte du caractère obligatoire des règles de conduite imposées aux membres égaux de la communauté internationale ⁴. A bien voir les choses, l'explication n'est qu'une transposition de la doctrine du contrat social dans l'ordre des relations juridiques internationales. La critique fondamentale qu'elle encourt s'applique à toutes les théories qui cherchent à fonder le droit objectif sur des déclarations de volonté. La volonté, qui est, sans doute, une condition de réalisation du droit objectif, ne saurait en être le fondement dernier, car la volonté elle-même n'engendre de conséquences juridiquement obligatoires qu'en vertu d'une norme supérieure qui lui reconnaît ce pouvoir.

Ainsi, loin de fonder le droit, la volonté n'a d'effet en droit que par l'autorité que lui attribue une règle plus haute par laquelle. reconnaît Triepel, « les Etats se sentent liés » ⁵. Comme le dit très bien Verdross ⁶, on en vient à reconnaître « que la validité de chaque règle juridique doit dépendre, en dernière ligne, non pas d'une volonté, mais d'une autre règle dont elle provient » ⁷.

Toutes les explications contractuelles, chères à l'Ecole positiviste, tombent nécessairement sous le coup de l'objection faite ci-dessus. C'est en vain que, pour construire un droit international positif libéré de toute attache avec le droit naturel, on s'est efforcé de ramener tous les devoirs des Etats à des limitations convention-

nelles (« accords de volonté ») expressément ou tacitement (traité ou coutume) consenties. Sans insister ici sur ce qu'il y a de fictif et d'arbitraire dans l'incessant recours à la notion des consentements tacites, nous constatons que les partisans de ces théories ne peuvent assurer le fondement de leurs constructions contractuelles qu'en s'appuyant sur la maxime : *Pacta sunt servanda*. Et nous voici, dès lors, placés par les positivistes eux-mêmes devant l'alternative suivante.

Ou bien ce devoir suprême de fidélité à la parole donnée est conçu comme partie intégrante de l'ordre juridique international positif, — et dans ce cas on est bien contraint de reconnaître que cette explication n'en est pas une. On ne peut fonder un impératif juridique sur la volonté même de celui qui y est soumis ; on ne peut asseoir une science normative, c'est-à-dire une science destinée à régir les volontés, sur un principe qui, lui-même, ne procède que de ces volontés.

Ou bien la norme suprême exprimée dans la maxime *pacta sunt servanda* est un concept de caractère préjuridique ou transcendantal ; elle n'est au regard du droit qu'une hypothèse scientifique ou un postulat, logiquement indispensable, mais en même temps juridiquement indémontrable. C'est le point de vue adopté, avec certaines variantes par MM. Kelsen et Anzilotti. La thèse actuellement défendue par l'éminent jurisconsulte italien prend toute sa signification quand on la compare à celle qu'il avait développée autrefois *. Après avoir admis, avec Triepel, que même la force obligatoire de la norme *pacta sunt servanda* procède de la volonté collective des Etats, il a abandonné ce point de vue dans la dernière édition de son œuvre magistrale : *Cours de droit international* (1^{er} volume. Trad. Gidel). Apercevant clairement la nécessité d'assigner comme fondement au droit une norme absolument indépendante de la volonté des Etats qui y sont soumis, il écarte désormais comme insuffisantes et la théorie de l'autolimitation et celle de la volonté collective des Etats. Toutefois, pour lui, la norme fondamentale *pacta sunt servanda* n'est et ne saurait être qu'un postulat ou une simple hypothèse scientifique, un donné préjuridique. Tout en déclarant expressément que sa conception « affirme à nouveau la nécessité de fonder le droit positif sur un principe métaphysique », il se refuse à franchir une dernière étape : à établir entre le droit positif et ce principe métaphysique, qui en est le fondement, la liaison indispensable. Et cette fois, on ne peut s'y tromper : c'est bien la crainte de voir le droit naturel faire sa rentrée dans le droit international qui dicte cette attitude. Sous ce rapport, sa position n'est pas sensiblement différente de celle de Triepel, qui affirme de son côté : « on doit toujours et partout arriver à un point où une explication *juridique* du caractère obligatoire du droit lui-même devient impossible. Le fondement de la validité du droit est en dehors du droit » ⁹.

Dans des pages pénétrantes, MM. Le Fur et Verdross ont démontré que l'hypothèse scientifique, expérimentalement utilisable

dans les sciences positives qui ne visent qu'à constater la régularité de certains faits, est inapplicable aux sciences normatives, lesquelles ont pour but de formuler des devoirs et de dicter des règles de conduite. Distinctes assurément des principes de la morale, les règles du droit positif ne peuvent pourtant ni se concevoir, ni se développer sans ce minimum de moralité sociale et de justice qui est leur fondement dernier et dont elles ont pour objet d'assurer la réalisation dans la vie sociale. *Jus enim descendit a Justitia sicut a matre sua*. Quoi qu'on fasse, et pour reprendre la formule de M. Gény, nous sommes ramenés ici à « l'irréductible droit naturel » et plus particulièrement à ce « donné rationnel » qui, contenu dans des limites à la vérité assez étroites, en est la substance essentielle et dont le Maître de Nancy a défini avec tant de lucidité le rôle absolument capital dans toute élaboration vraiment scientifique du droit positif.

Au surplus, on peut constater, dès à présent, l'effondrement des doctrines positivistes sous la forme dogmatique qu'elles avaient revêtues jusqu'à la grande guerre. Etroitement liées au dogme de la souveraineté absolue des Etats, elles partagent le discrédit dans lequel celui-ci est tombé. Rares sont les auteurs qui, en dernière analyse, ne reconnaissent pas l'existence d'un droit antérieur à la volonté des Etats. Bornons-nous à citer ici l'opinion du professeur d'Oxford, J. L. Brierly : « Nous sommes tous contraints d'agir comme si nous étions convaincus de la réalité d'un ordre objectif, à la fois physique et moral, si nous voulons continuer à vivre et à agir. Ceci est sans doute croire au droit naturel, mais, je le confesse, la résurrection moderne des théories d'un droit naturel réformé me semble ouvrir une perspective pleine d'espoir à la science juridique ¹⁰. »

Incapable d'asseoir l'ordre juridique international sur un fondement solide, les explications positivistes ont singulièrement contribué à obscurcir l'étude des sources du droit international. Le rôle exclusif qu'elles assignent à la volonté des Etats dans la formation du droit conduit, en effet, presque inévitablement à confondre les bases du droit international avec ses sources, ce dernier terme étant employé ici dans son sens propre, celui de source formelle ou immédiate de droit. Dans l'ordre international comme dans l'ordre interne, la base véritable ou le fondement dernier du droit se trouve dans l'idée de justice, conçue non comme un sentiment subjectif, mais comme une notion objective ou idéale dont la valeur reste indépendante des représentations assurément variables et plus ou moins imparfaites que s'en forment les consciences individuelles. Les exigences de la justice ne se découvrent pas d'un seul coup et dans toute leur étendue à la conscience humaine ; c'est au cours de l'évolution historique et à la faveur d'une compréhension toujours plus parfaite des besoins de la vie sociale que certaines d'entre elles, considérées comme particulièrement essentielles au maintien de l'ordre social, se transforment en règles juridiquement obligatoires. L'adhé-

sion générale dont celles-ci bénéficient n'est, en soi, que l'expression d'une croyance commune à leur nécessité (*Opinio juris sive necessitatis*). Cette adhésion n'est donc pas, à proprement parler, le fondement dernier du droit ; mais il est vrai qu'elle fournit un point d'appui intermédiaire à des normes juridiques déjà plus concrètes, plus immédiatement accessibles, mieux adaptées aux besoins pratiques de la vie sociale que le principe fondamental de justice dont elles tendent à assurer la réalisation. C'est au nombre de ces normes directement dérivées de la notion de justice que vient se ranger, entre bien d'autres, la règle *pacta sunt servanda* ¹¹.

Les théories qui ramènent tout le droit international à la volonté des Etats sont conduites à identifier les bases du droit avec les sources simplement formelles du droit positif ¹². Si, en effet, le droit n'a d'autre fondement que des manifestations de volontés étatiques, il faut considérer le traité et la coutume, accords de volonté exprès ou tacites, comme les bases mêmes du droit. La réalité, nous l'avons vu, est tout autre. Ni la coutume, ni la convention ne constituent, à proprement parler, le fondement du droit international ; elles n'en constituent que des sources formelles ou de simples procédés d'élaboration technique du droit. Extérieurement, elles apparaissent à l'observateur « comme des modes de constatation du droit » ¹³ ; elles n'en sont jamais la cause première, ni la base véritable, puisqu'en dernière analyse elles puisent leur force obligatoire non dans la volonté des Etats, mais dans un principe indépendant de cette volonté et supérieur à elle.

Il est bien vrai que la coutume, considérée comme la source formelle du droit international commun, est constituée par une pratique générale, c'est-à-dire par la répétition de certains actes dans lesquels on aperçoit des manifestations de volonté étatiques. Et il est vrai encore qu'une pratique même générale ne revêt le caractère de coutume juridique obligatoire que lorsque les Etats « l'acceptent comme étant de droit » (art. 38 du statut de la Cour permanente de Justice Internationale), c'est-à-dire lorsqu'ils deviennent conscients de la nécessité juridique, cette fois, de son observation. Mais, encore une fois, cette acceptation elle-même n'a d'efficacité en droit qu'en raison de la conviction qu'elle dénote de la conformité de la coutume avec une norme supérieure qui, elle, est indépendante de la volonté des Etats. « Si la coutume, dit très bien M. Duguit, constitue une règle obligatoire, ce n'est pas par elle-même... mais simplement parce que les procédés qui résultent de l'usage ont pour but et pour effet de réaliser une norme juridique qui est obligatoire par elle-même ¹⁴. » C'est ce que reconnaissent les auteurs de langue anglaise : ils observent que pour juger, en cas de doute, du caractère obligatoire d'une pratique internationale, il est essentiel de tenir compte de sa « conformité avec les principes » ; cette *conformity to principle* est, disent-ils, un élément essentiel dans la formation d'une règle coutumière comme elle l'est pour la loi écrite. Nous touchons ici indiscutablement au critère moral de la coutume internationale ¹⁵.

Cette conception peut seule rendre compte de certains faits qui restent inexplicables aussi longtemps que l'on s'en tient à la doctrine positiviste selon laquelle toute obligation internationale repose sur la volonté des Etats. Ainsi, par exemple, un Etat nouveau doit, qu'il le veuille ou non, se soumettre aux règles de droit international commun ou général reconnues par la communauté des nations dans laquelle il entre. C'est une pure fiction que de représenter sa soumission à ces règles comme la conséquence d'une manifestation de volonté souverainement libre et indépendante.

C'est avec un caractère technique encore plus accentué que se présente une autre source formelle du droit international : le traité ou la convention. Né du consentement des parties, le traité n'est cependant pas une œuvre arbitraire, où la volonté des Hautes Parties Contractantes se puisse déployer dans toutes les directions, en brisant toute attache avec certaines règles supérieures de justice, d'ordre ou de sécurité. Quelques observations bien simples le démontrent : les unes ont trait à la valeur juridique des traités ; d'autres à leur interprétation.

Tout comme un contrat illicite du droit privé, un traité international contraire à l'ordre public international serait dépourvu de caractère obligatoire : dans l'un comme dans l'autre cas, la règle *Pacta sunt servanda* n'a qu'une valeur simplement relative¹⁶.

Un changement essentiel intervenu dans les circonstances de fait qui ont déterminé la conclusion d'un traité peut justifier son abrogation. Cet effet ne peut s'expliquer dans la doctrine qui veut ramener toutes les règles de droit à la volonté des Etats. En effet, chercher à le justifier par la clause *rebus sic stantibus* envisagée par les parties comme une condition résolutoire tacite de tout traité, c'est apporter à l'application de la norme *Pacta sunt servanda* une exception qui détruit le caractère fondamental que lui assigne cette doctrine¹⁷, puisque la détermination du changement des circonstances et, par voie de conséquence, l'effet obligatoire des déclarations de volontés se trouve dépendre, en dernière analyse, de nombreux critères d'équité, de raison ou d'utilité sociale manifestement considérés ici comme supérieurs à la norme elle-même.

Il n'en est pas autrement de l'interprétation des traités. La pratique internationale démontre que le juge et l'arbitre ne peuvent d'ordinaire dégager le véritable sens des dispositions d'un traité sans replacer celles-ci dans le cadre de certains principes généraux qui les dominent, souvent même sans faire expressément appel à quelques notions premières, seules capables de justifier pleinement ces principes, expression des exigences essentielles de la vie internationale, et dont le traité n'a pour but que d'assurer la réalisation plus ou moins parfaite. Il est incontestable que dans cet ordre d'idées certaines normes primaires, à base de droit naturel, constituent le complément indispensable du droit positif conventionnel. Il s'agit là de normes objectivement nécessaires et par conséquent indépendantes de la volonté des contractants¹⁸.

L'article 38, 3° du Statut de la Cour permanente de justice internationale a rangé parmi les sources de droit à appliquer par la Cour, à défaut de règles conventionnelles et coutumières, « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». Il est hors de doute, à nos yeux, que cette disposition implique l'abandon du point de vue strictement positiviste ; elle proclame en termes exprès que la Cour peut déduire le droit de sources autres que le consentement exprès ou tacite des Etats. C'est reconnaître que le droit positif ne peut se suffire à lui-même ; c'est l'abandon de la thèse fondamentale de la « plénitude de l'ordre juridique positif ».

Les appréciations émises sur cette disposition du Statut de la Cour par certains représentants de l'école positiviste sont fort suggestives. Pour M. Anzilotti, par exemple, l'application des principes généraux prescrite par l'article 38 est une dérogation en faveur de la juridiction de la Cour permanente de justice internationale au principe qui exclut toute extension par analogie des normes juridiques « quand cette extension ne s'avère pas comme expressément ou tacitement voulue par les parties » ¹⁹. En d'autres termes, il existerait ici une différence entre le droit international général et le Statut de la Cour, différence consistant en ce que dans le premier vaut la règle *in dubio pro libertate* et que, dans le second, au contraire, le cas douteux se résout en recourant à l'analogie ou aux principes généraux du droit » ²⁰.

Nous ne croyons pas que cette façon de présenter les choses réponde exactement à la pensée qu'exprime l'article 38, 3° du Statut. La longue pratique de l'arbitrage international atteste que les principes généraux de droit ont été considérés de tout temps comme faisant partie du droit international général et que leur application par toutes les juridictions internationales indistinctement a été acceptée sans protestation par les Etats. Ce point de vue est d'ailleurs très nettement confirmé par l'examen des déclarations qui furent faites au cours des travaux préparatoires du Comité des juristes qui a élaboré l'avant-projet de Statut de la Cour ²¹.

D'autres auteurs, plus radicaux encore, critiquent l'économie du texte de l'article 38 du Statut de la Cour et refusent, de façon absolue, aux principes généraux le caractère de source distincte de droit. Pour eux ces principes ne pourraient être accueillis que dans la mesure où les a consacrés la coutume internationale ²². En définitive, la mention spéciale des principes généraux de droit dans l'article 38 serait superflue. Nous sommes ici en présence d'une tentative très nette pour ramener l'application des principes généraux aux critères de l'école positiviste. Faut-il souligner que, par là-même, elle va directement à l'encontre de la prescription du Statut dont l'objet est précisément d'autoriser le juge à appliquer des principes qui n'ont pas encore revêtu, au moins dans l'ordre juridique international, les qualités formelles de précision qu'une élaboration technique plus poussée confère aux règles conventionnelles ou coutumières ? Ces principes sont de ceux que leur caractère éminemment rationnel per-

met de déduire logiquement d'un fonds commun et notamment des concepts de justice et d'utilité sociale. Il est bien vrai que ces principes ne s'imposent à la Cour qu'autant qu'ils ont déjà reçu une adhésion générale, soit dans la pratique internationale elle-même, soit dans le droit interne des nations civilisées, et qu'on ne peut, par conséquent, en étendre la notion jusqu'à vouloir y comprendre ce donné *idéal*, que M. Gény oppose très justement au donné rationnel, et qui se ramène à de simples aspirations plus ou moins subjectives vers une organisation jugée désirable du droit²³. Mais on ne peut s'autoriser de cette condition de reconnaissance générale pour établir une séparation à tous égards arbitraire entre ces principes et les conceptions éthiques ou sociales dont ils émanent, qui sans cesse transparaissent en eux et continuent de les soutenir et d'assurer leur adaptation graduelle aux exigences mouvantes de la vie. Si c'est une illusion, selon nous, que de vouloir édifier sur l'unique base de la volonté des Etats le droit international conventionnel et coutumier, c'est une erreur évidente que de prétendre refouler dans ce cercle étroitement fermé les principes généraux eux-mêmes qui constituent l'élément inépuisable de vie et de progrès dans l'élaboration du droit international positif.

Le procédé de l'analogie, qui, comme le dit très justement M. Anzilotti, doit être considéré comme « l'instrument premier et fondamental de productivité des sources »²⁴ occupe ici une place de tout premier plan. En effet, c'est par le procédé de l'analogie surtout que se combler les lacunes que laissent forcément subsister les sources formelles du droit positif. Or, dès l'instant où l'on cesse d'envisager l'analogie comme un procédé simplement logique autorisant une interprétation plus ou moins extensive de certaines prescriptions conventionnelles ou coutumières (*analogia legis*, *Gesetzesanalogie*); dès l'instant où, lui donnant toute son ampleur, on voit en elle la manifestation d'un besoin rationnel d'unité qui conduit à dégager, au-dessus des solutions particulières ou fragmentaires, l'esprit général qui anime une institution juridique (*analogia juris*, *Rechtsanalogie*), on s'aperçoit que l'effort de coordination et de synthèse qu'elle implique dépasse de beaucoup la simple recherche des manifestations de volontés que traduisent les sources purement formelles du droit positif. Le recours à cette large conception de l'analogie permet seul de dégager ces « principes généraux » dont l'article 38 du Statut de la Cour impose, au moins en ordre subsidiaire, la recherche au juge international. Encore une fois, il n'est nullement question de donner à cette recherche le caractère d'une spéculation subjective dont on aperçoit immédiatement tout le danger; l'interprète s'appuiera sur la pratique pour induire des solutions particulières qu'elle consacre « le principe intime qui les explique pour chercher ensuite les conditions du même principe en d'autres hypothèses, et le leur appliquer par voie de déduction »²⁵.

L'article 38 du Statut de la Cour établit un ordre successif d'uti-

lisation des sources qui, obligeant le juge à appliquer avant tout les conventions, soit générales soit spéciales, puis la coutume internationale, n'autorise qu'à titre subsidiaire le recours aux principes généraux de droit. Dans cet ordre successif la priorité appartient donc aux sources *formelles* de droit positif, aux règles conventionnelles et coutumières, expression de la volonté des Etats. Ceci n'est pas fait pour nous surprendre, moins encore pour nous induire en une représentation inexacte des rapports de coordination entre les diverses sources de droit. C'est qu'ici, s'agissant non plus d'établir dans le plan de l'élaboration scientifique le fondement des normes juridiques ou la raison de leur caractère obligatoire, mais simplement de formuler l'ordre de priorité dans lequel ces normes s'imposent à la sanction judiciaire, la prédominance du point de vue technique, du « construit » sur le « donné » pour reprendre la terminologie de M. Gény, s'accuse inévitablement. Envisagées comme sources formelles, la convention et la coutume ne constituent, au fond, que des procédés d'élaboration technique et c'est précisément à ce titre qu'elles s'imposent tout d'abord au juge²⁶. Œuvre de volonté, orientée vers la précision et l'efficacité, l'élaboration technique supplée à l'insuffisance pratique évidente des normes fondamentales qui, à l'ordinaire, restent ou trop vagues dans leurs contours, ou trop fuyantes dans leurs applications pour s'intégrer telles qu'elles dans le droit positif et recevoir une sanction adéquate. Ainsi se dégage, une dernière fois, le véritable rôle de la volonté des Etats dans la formation du droit international : impuissante à fournir le fondement de la règle de droit, cette volonté est, au contraire, à l'origine de toute élaboration des procédés techniques destinés à assurer sa mise en œuvre et sa sanction.

On a justifié l'ordre de priorité fixé à l'article 38 du Statut de la Cour par le principe de la prééminence naturelle de la *lex specialis* sur la *lex generalis* : la convention, œuvre de volontés particulières, ayant le pas sur le droit commun, représenté par la coutume, laquelle, à son tour, a la primauté sur les principes généraux. *In toto jure genus per speciem derogatur*²⁷. L'application de ce principe à la question qui nous occupe est sujette à caution. Ni du point de vue de leur autorité, ni du point de vue de leur interprétation, la convention et la coutume internationales ne sont indépendantes des principes généraux qui, par leur valeur foncière ou qualitative²⁸, les dominent, au contraire, sans cesse. Il ne faudrait donc pas voir dans l'ordre successif établi par l'article 38 une simple transposition du principe qui, en droit interne, reconnaît à la loi spéciale, œuvre du législateur, un effet dérogatoire au regard de la loi générale, œuvre du même législateur. L'idée émise plus haut n'est acceptable qu'autant qu'on la maintienne strictement dans la perspective de la technique. C'est parce qu'elles assurent, par leurs qualités de clarté et de précision, l'adaptation concrète de la règle de droit à la diversité des situations particulières que les sources formelles de droit béné-

ficient de la priorité d'application judiciaire que leur reconnaît l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale.

¹ POLITIS, *Les nouvelles tendances du droit international*, p. 21.

² GIDEL, *Droits et devoirs des Nations ; la théorie classique des droits fondamentaux des Etats* (*Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1925, tome V, *passim*).

³ DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e édition (1927), tome I^{er}, pp. 715 et suivantes.

⁴ TRIEPEL, *Droit international et droit interne* (trad. Brunel), pp. 62 et suiv. ; *Les rapports entre le droit interne et le droit international* (*Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1923, pp. 82-83).

⁵ Singulier aveu sous la plume d'un auteur qui redoute par dessus tout les dangers du subjectivisme. Dans le remarquable cours qu'il a consacré à l'étude du *Fondement du caractère obligatoire du droit international*, notre distingué collègue de l'Université d'Oxford, M. J. L. Brierly, souligne la contradiction en ajoutant : « Mais si nous avons le droit d'en appeler au fait qu'un Etat se sent lié par une *Vereinbarung* dont il voudrait se retirer, pourquoi ne pouvons-nous pas également en appeler au sentiment des Etats qu'il existe un droit international général par lequel ils sont liés ? »

⁶ *Le fondement du droit international* (*Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1927, tome I^{er}, p. 278).

⁷ Voyez en ce sens les développements de DUGUIT, *op. cit.*, tome II ; de Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911 ; de KRABBE, *De moderne Staatsidee*, 1915.

⁸ *Rivista di diritto internazionale*, 1913, pp. 64-65. Cf. LAUTERPACHT, *Private law sources and analogies of international law*, p. 59.

⁹ *Droit international et droit interne*, pp. 80-81. Il est d'ailleurs évident que si, *a priori*, on ramène tout l'ordre juridique au droit positif, cette attitude quelque peu agnostique est parfaitement logique. En présentant le principe : *Pacta sunt servanda* comme la base de toutes les normes du droit international, M. Anzilotti est nécessairement conduit à renoncer à toute démonstration juridique ultérieure de ce principe, puisque, aussi bien, il ne saurait être question de la tenter du point des normes qui lui sont subordonnées (*Cours de droit international*, trad. Gidel, p. 44).

¹⁰ *Le fondement du caractère obligatoire du droit international* (*Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1928, tome III, p. 549).

¹¹ Nous ne pouvons mieux faire que de renvoyer ici aux développements consacrés par M. Gény à ce rayonnement de la notion de justice dans les divers domaines de la vie juridique : *Science et Technique*, tome II, pp. 393 et suivantes.

¹² Ch. DE VISSCHER, *La codification du droit international* (*Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1925, tome I, pp. 345-346). Cf. Marc RÉGLADE, *Perspectives qu'ouvrent les doctrines objectivistes du doyen Duguit pour un renouvellement de l'étude du droit international public* (*Rev. Gén. de droit international public*, 1930, pp. 381 et suiv.).

¹³ DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tome I, p. 73.

¹⁴ *Ibid.*, p. 75.

¹⁵ Une très haute autorité américaine, Story, rendant jugement dans l'affaire de la *Jeune Eugénie*, a déclaré : « Je n'hésite pas à déclarer qu'il n'est aucune pratique en vigueur qui puisse oblitérer la distinction fondamentale du bien et du mal. » *Scott's Cases on international law*, p. 13, note.

¹⁶ LE FUR, *Précis de droit international public*, n° 365 ; LAUTERPACHT, *op. cit.*, p. 168.

¹⁷ Cf. J. P. A. FRANÇOIS, *Handboek van het Volkenrecht*, Eerste deel, p. 21.

¹⁸ Les exemples de cette méthode d'interprétation dans la jurisprudence des tribunaux internationaux abondent. Tantôt — c'est le cas le plus fréquent — les principes généraux de droit dont il est fait application appartiennent à la catégorie de ceux qui se sont développés d'abord dans le droit interne. Tantôt les juges invoquent directement certaines considérations élémentaires d'ordre, de stabilité ou de sécurité qui sont à la base de toute l'organisation juridique. On en trouve une preuve dans l'arrêt n° 7 de la Cour permanente de justice internationale (Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise) où la Cour a déclaré (p. 41) : « L'article en question... doit, conformément aux principes régissant la succession entre Etats et maintenus dans le Traité de Versailles, principes inspirés par des considérations de sécurité de droit... »

¹⁹ *Cours de droit international* (trad. Gidel), p. 116.

²⁰ *Cours*, p. 119.

²¹ Procès-verbaux du Comité, p. 310, les observations du baron Descamps, président du Comité : « L'application des normes signalées est d'ailleurs de pratique constante dans les juridictions internationales : on ne voit pas les juges s'abstenir de rendre la justice sous prétexte d'insuffisance du droit conventionnel ou coutumier. »

²² CAVAGLIERI, *Concetto e caratteri del diritto internazionale generale* (*Rivista*, 1922, p. 504, note 3).

²³ GÉNY, *Science et technique*, tome II, n° 170.

²⁴ *Cours*, p. 117.

²⁵ GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome II, p. 121. Nous ne pouvons mieux faire que de renvoyer le lecteur aux pages d'une analyse si exactement nuancée que M. Géný a consacrées au procédé de l'analogie juridique ; voy. notamment *Méthode d'interprétation*, tome I, n° 107 et tome II, nos 165 et 166.

²⁶ Ch. DE VISSCHER, *La codification du droit international* (*loc. cit.*, pp. 343 et suiv.).

²⁷ ANZILOTTI, *Cours*, p. 103 ; SPIROPOULOS, *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht*, pp. 69-70.

²⁸ GÉNY, *Science et technique*, tome IV, préface, p. XVI.

CHAPITRE VII

Essai sur les sources formelles du droit international ¹

par Georges SCELLE,
Professeur à la Faculté de Droit de Paris

I. Les sources formelles du droit

Sources. Cette métaphore est assez bien choisie. La source n'est pas l'origine de l'eau ; elle est sa manifestation extérieure, le fait perçu et probant, l'élément captable et utilisable. Mais la source suppose une nappe souterraine, parfois inconnue ou mal connue, dont l'existence est pourtant indiscutable, puisque les sources sans elle n'existeraient pas.

Il en est de même des sources du droit. Elles ne constituent pas la totalité du fait juridique ; elles ne sont pas l'origine du droit ; elles en sont la preuve décelatrice, les parties immédiatement utilisables et socialement valides, l'expression humaine. C'est en ce sens que l'on distingue parfois *la source matérielle* et *les sources formelles* du droit. Mais il faut bien entendre que *la source dite matérielle* n'est pas une source. C'est la nappe juridique profonde et une qui donne naissance à plusieurs sources extérieures : la coutume, la loi, et, selon nous, la jurisprudence, par qui s'expriment la nature et l'intensité du fait originaire, le fait social, seule *cause* réelle de l'existence du droit *objectif* et de ses sources formelles. *Ubi societas ibi jus*.

On ne saurait concevoir en effet une société sans règles de conduite s'imposant à ses membres. Une société, c'est un agrégat *d'individus*, réunis par un phénomène simple ou complexe de solidarité matérielle. Ce fait de solidarité, dès que conçu, fût-ce intuitivement ou instinctivement, agit déjà comme une *contrainte*, car tout besoin est une servitude. Mais il ne peut subsister que si les causes qui lui ont donné naissance subsistent elles-mêmes ; il ne peut s'accroître que si les conditions de son développement ne sont pas entravées ; et, dès qu'une conscience plus claire lui assigne une *finalité*, le groupe ne peut l'atteindre que si chacun de ses membres se plie à l'observation des contraintes sociales qui y conduisent. Le droit est la plus rigoureuse d'entre elles parce que, selon nous ², il détermine

lui-même sa consistance et son domaine, et qu'il bénéficie de la sanction sociale dans la mesure où le groupe est organisé. Mais la véritable sanction, la sanction immanente du droit, est de la même nature autonome que le droit lui-même : elle consiste dans la décadence et la disparition du fait social originaire.

Il n'est pas impossible à la science sociale d'explorer et de connaître la couche juridique originaire, ou source matérielle du droit, d'une société déterminée. C'est même en cette connaissance que réside la science juridique, expérimentale et finaliste comme toute science³. C'est le fond juridique lui-même qui donne naissance aux sources formelles, ou *droit positif*. Toute source formelle est de droit positif, puisqu'elle est l'expression partielle des conditions d'existence et de permanence du fait social et c'est ce phénomène de dérivation qui confère aux sources formelles leur validité, leur caractère obligatoire. Elles ne sauraient le puiser ailleurs. La validité du droit positif réside dans sa conformité aux « lois causales » d'existence de la société. Ce fond juridique premier, nous l'avons appelé *droit objectif*, parce qu'il ne peut être entaché d'aucune subjectivité, n'étant encore ni capté, ni traduit, ni voulu par une intelligence humaine⁴. A partir du moment, au contraire, où se produit l'intervention humaine, celle-ci ne se contente pas de capter et de traduire ; elle apprécie, elle s'efforce de diriger et d'utiliser la source de droit, et l'élément subjectif s'introduit. L'élément volonté s'ajoute à l'élément nécessité, le finalisme à la causalité, et, sans doute, l'erreur à la découverte. Tout droit positif est en quelque mesure une déformation du droit objectif et, par conséquent, une production juridique imparfaite. Il se peut même que la source devienne si corrompue par la subjectivité de ses interprètes, qu'elle cesse d'être le droit, devienne le non-droit : le droit positif peut être anti-juridique.

Cela est entièrement prouvé à notre sens par la survenance de la révolution sociale ou de la guerre internationale, lorsqu'elles ont pour cause déterminante, dans une société étatique ou interétatique, le rétablissement de l'accord nécessaire entre le droit objectif, condition de la permanence du fait social, et le droit positif. Mais jusqu'à ce que la discordance soit manifeste et prouvée par ses effets nocifs, il est une *hypothèse nécessaire* : c'est celle de la concordance entre la source matérielle et les sources formelles du droit, entre la matérialité du droit et son expression, entre le droit objectif et le droit positif. Sans cela, il n'y aurait aucune stabilité sociale. En temps normal, l'art juridique va prédominer sur la science juridique. A la base de toute organisation politique, l'hypothèse du *bien légiféré* affirme la concordance provisoire de la loi de normativité avec la loi de causalité.

Mais combien cette hypothèse est fragile, quelle que soit la source formelle envisagée ! S'agit-il de la coutume ? Il faut admettre que l'instinct social ne se trompe pas, ce qui est loin d'être démontré. Les coutumes primitives sont souvent absurdes ; celles des socié-

tés plus avancées imprégnées d'esprit grégaire et aveuglément conservateur. S'agit-il de la loi ? On n'oserait affirmer que le législateur peut ou même *veut* toujours réaliser le bien public, et ne le confond pas plus ou moins consciemment avec son intérêt particulier. Quant à la jurisprudence, si l'on admet qu'elle est une source formelle de droit, l'hypothèse du bien jugé correspond à l'hypothèse du bien légiféré, est aussi nécessaire qu'elle, mais fonde l'autorité de la chose jugée, sur la même fragilité. Néanmoins, le droit positif doit être tenu pour l'expression du droit jusqu'à preuve contraire.

Ceci dit sur l'origine et la nature des sources formelles du droit, demandons-nous quelles elles sont. Le problème ne porte, en réalité, que sur la source jurisprudentielle.

*
* *

On est généralement d'accord pour reconnaître que les deux principales sources externes ou formelles du droit sont la coutume et la loi. Il existe au contraire des divergences doctrinales considérables en ce qui concerne la jurisprudence. Elles proviennent des incertitudes relatives à la nature de la fonction juridictionnelle et à la compétence de l'agent qui l'accomplit. Pour nous, la fonction juridictionnelle n'est que la vérification de la validité des situations juridiques contestées. Mais le juge spécialisé dans sa tâche possède aussi compétence pour préciser et exprimer en certains cas la règle de droit.

La validité du droit positif dépend non seulement de sa conformité avec le droit objectif, mais de la compétence de l'agent qui l'exprime. Or, cette compétence varie avec la structure sociale et le développement du droit constructif. Il n'y a donc pas de réponse absolue à la question de savoir si la décision juridictionnelle peut contribuer à former une source spéciale de droit. Cela dépend de l'époque à laquelle on se place et de la société envisagée.

C'est un fait d'expérience que la compétence normative, qui est l'essence même du pouvoir social, varie avec le degré d'intégration des sociétés et se spécialise à mesure que leur organisation se perfectionne. Dans les sociétés primitives et indifférenciées, les fonctions sociales sont instinctivement et collectivement remplies par le groupe tout entier. L'acceptation intuitive des contraintes réelles ou imaginaires constitue la reconnaissance du droit et les réactions collectives sa sanction. Tout individu a donc compétence indifféremment pour reconnaître et traduire dans ses attitudes et dans ses actes la norme sociale, comme il a compétence pour l'appliquer et la sanctionner. Il n'y a aucune différenciation entre les différentes sources formelles. Elles se confondent avec la source coutumière. Celle-ci cédera sa place progressivement à d'autres modes de constatation et d'édition que la règle de droit mais ne disparaîtra jamais complètement parce qu'elle est l'instinct juridique dérivé des besoins sociaux.

La seconde technique d'édiction du droit positif pourrait bien être la jurisprudence si l'on entend celle-ci au sens large, c'est-à-dire comme comprenant à la fois l'application de la règle de droit préexistante et la recherche de la règle de droit applicable dans une espèce non prévue par la règle de droit préexistante. La jurisprudence comporte déjà une individualisation du pouvoir, par condensation progressive entre les mains de quelques-uns ou même d'un seul des membres du groupe. On voit en outre la captation du droit objectif devenir la fonction non pas exclusive mais prédominante des détenteurs de la plus grande force. Par là même le droit positif devient volontariste. La coutume résulte de l'accumulation de soumissions individuelles concordantes à une règle devinée ou traditionnelle, mais c'est une soumission pure et simple ; la règle de droit édictée par le chef, au contraire, s'imprègne d'une volonté de puissance inhérente à tout individu disposant de la force. C'est l'origine de la loi.

Mais la spécialisation des tâches sociales, qui n'est même pas réalisée de nos jours, est loin de l'être aux époques anciennes. Le législateur ne dit pas seulement le droit, il l'applique. Le juge n'applique pas seulement le droit, il l'édicte dans la même opération judiciaire. Il en est ainsi surtout dans les milieux sociaux où l'incertitude sur la règle normative et l'insuffisance de la règle constructive sont fréquentes et considérables. Il n'existe, au surplus, dans l'opération judiciaire, qu'un instant de raison entre la conception abstraite de la règle nécessaire et son application concrète. Si le juge, comme il arrive souvent est en même temps le chef, il est naturellement aussi le législateur. Dans l'histoire d'Israël, les juges ont précédé les rois, mais dans l'histoire de France les rois ont préservé soigneusement leurs compétences de justice retenue. Même aujourd'hui, l'évolution n'est pas finie. Sans doute dans le système français, sous l'influence de facteurs historiques particuliers, l'orientation constitutionnelle a évolué vers une séparation des fonctions tendant à cantonner le juge dans la solution des litiges concrets, sans l'autoriser à poser une règle générale ou à rendre un arrêt de règlement régissant *in abstracto* les rapports sociaux. Mais, même en France, il a été impossible de retirer au juge le pouvoir de rechercher quelle est la règle de droit, au même titre que le législateur ou l'anonyme artisan de la coutume, dès lors que l'on concevait qu'il était indispensable à la stabilité sociale d'éviter le déni de justice.

Dans le système juridique anglo-saxon, on confère au précédent judiciaire l'autorité du droit commun, et certaines de ses ramifications vont jusqu'à autoriser le juge non seulement à faire des arrêts de règlement, mais à appeler en cause des sujets de droit qui ne sont pas intéressés dans une affaire concrète de façon à rendre litigieuse, pour les régler, des situations juridiques non encore contestées. Le système français conçu comme système de syllogisme judiciaire n'a donc rien de nécessairement logique.

Gény sans se prononcer d'une façon péremptoire sur le point de

savoir si la jurisprudence était une source formelle de droit a cependant réuni tous les éléments d'une conviction affirmative.

Il montre d'abord que le juge est strictement tenu, dans l'accomplissement de sa fonction spécialisée (l'appréciation de la validité d'une situation juridique contestée), par les normes formelles en vigueur du droit positif, règles législatives ou coutumières, sauf à savoir dans quelle limite la source coutumière peut encore être agissante dans un milieu social où le droit est codifié. Il réprouve, et très justement, toute interprétation du droit positif écrit qui s'écarte de la volonté exprimée par le législateur, après quoi il démontre, avec un grand luxe d'observations topiques, que le juge, obligé de juger, même s'il ne trouve pas dans la loi ou la coutume les éléments de sa décision, ne peut aller les chercher que dans le « fond commun » où le législateur et la coutume avaient eux-mêmes puisé la matière de leurs décisions. Ce fond commun, c'est ce que nous avons appelé le droit objectif. Gény parle de la « nature des choses ». Les préoccupations d'ordre historique, social, économique, psychologique, pragmatique, éthique, y compris le sens de l'équité, que Gény assigne aux juges, sont aussi celles que le législateur doit toujours avoir à l'esprit dans sa recherche objective des conditions nécessaires à la permanence et au progrès du fait social. Lorsqu'en l'absence d'une règle coutumière ou législative le juge se voit obligé de chercher lui-même dans le fond juridique commun la norme applicable, il remplit une fonction comparable à celle du législateur ou de l'agent coutumier.

Est-ce à dire qu'il y ait des lacunes du droit et qu'il faille se rallier à la doctrine selon laquelle il est des rapports sociaux qui sont en dehors du droit ?

En aucune façon.

Le droit, selon nous, couvre tous les rapports sociaux parce que son observation conditionne leur permanence. Il y a toujours une règle de droit objectif, mais le droit positif en vigueur ne la précise pas toujours. De même qu'il peut édicter une règle contraire à la nécessité sociale, de même il peut être obscur ou muet sur cette nécessité. En ce cas il laisse généralement au sujet de droit une compétence discrétionnaire. Cependant le juge en présence de cette carence ou de cette obscurité ne saurait s'abstenir. S'il est lié par les erreurs du droit positif, il n'est pas paralysé par ses déficiences. Il juge en équité, expression d'ailleurs impropre et équivoque en ce sens qu'il n'est pas seulement tenu de consulter son sentiment de la justice mais plus encore celui du bien social ou de l'opportunité. Le juge est toujours tenu, même en présence de texte positif, d'adopter l'interprétation logique qui correspond à la justice. C'est le sens large du jugement d'équité. Mais s'il n'y a pas d'interprétation possible, — et c'est le sens étroit du jugement d'équité, — il devra faire ce que ferait le législateur : rechercher scientifiquement dans la nappe juridique profonde du milieu social intéressé la norme qui,

dans le cas d'espèce, doit s'appliquer. Il aboutit alors fatalement à réglementer une compétence jusque là discrétionnaire, ou bien à déclarer qu'elle est discrétionnaire. Réglementer une compétence, c'est faire du droit positif.

Mais en ce cas peut-on dire que le juge est réellement législateur et que par conséquent en cas de jugement d'équité, au sens étroit du mot, la source jurisprudentielle se confond avec la législative et disparaît en tant que source formelle distincte ? Nous ne le croyons pas.

L'investigation du juge dans le droit objectif n'a de l'opération législative que l'objectivité et non la généralité et la permanence qui sont les caractères distinctifs de la loi. Le cas d'espèce que motive cette investigation reste un cas concret, et la règle que le juge applique s'épuise par cette application, au moins dans le système judiciaire du type français. Dans le système anglo-saxon elle fait au contraire autorité, du moins ne le fait-elle pas en concurrence avec la loi, mais subsidiairement. Dans le système français lui-même, le juge n'est pas tenu de suivre la jurisprudence, mais il peut appliquer les précédents à des cas identiques et de ces applications libres et successives naît une certaine continuité qui n'est pas de la même nature que la permanence de la loi et se rapproche plutôt de la répétition caractéristique de l'accumulation, qui crée la règle coutumière. Un revirement de jurisprudence est toujours légitime comme un infléchissement de la coutume, tandis que pour l'abrogation de la loi il faut faire intervenir l'acte-contraire.

Il y a donc une différence entre la compétence du juge et celle du législateur. Le juge ne peut qu'épisodiquement et subsidiairement puiser au fond juridique la règle des rapports sociaux qu'il applique à l'un d'eux, mais il n'en est pas moins évident que le juge a capté une source de droit et que la jurisprudence, par la répétition de ces solutions, arrive à dégager une norme dotée d'une certaine permanence.

D'autre part la jurisprudence n'est pas la coutume. Cette fois encore, il y a différenciation des compétences. L'agent de formation de la coutume n'est pas nécessairement, n'a pas besoin d'être une autorité publique, un gouvernant ou un agent. L'agent coutumier c'est n'importe quel sujet de droit, le particulier comme l'officiel, en tant qu'il agit dans les limites de la compétence à lui attribuée par le droit positif, aussi bien s'il poursuit un intérêt privé qu'un intérêt public. Il importe seulement qu'en agissant il ait la conviction de se conformer au droit objectif. (*Opinio necessitatis*.) La jurisprudence ne se confond donc pas plus comme source de droit formelle avec la coutume qu'avec la jurisprudence, dès que le juge est une autorité publique dotée d'une compétence propre et non pas indifférenciée.

Ajoutons qu'un seul arrêt peut faire jurisprudence tandis qu'un seul acte de soumission au droit ne crée pas la coutume.

Il faut se garder d'ailleurs de méconnaître l'autonomie des

sources formelles du droit sous prétexte que leur action coexistante peut amener l'une d'entre elles à influencer sur l'évolution de l'autre. L'action de la coutume peut infléchir la règle de droit législative. La concordance des lois locales, dans un milieu social composé, peut aboutir à déterminer une coutume générale. La jurisprudence peut influencer sur la coutume, puisque le juge appelé à reconnaître l'existence de la coutume avant de l'appliquer est par là même forcé de l'interpréter et peut par suite la méconnaître ou la déclarer désuète. Il peut de même « interpréter » la loi. Ce sont là des interférences inévitables des différentes sources formelles, mais qui ne détruisent point leur autonomie.

On admet communément que le juge en interprétant la loi peut statuer *praeter legem* mais doit s'arrêter aux limites du *contra legem*. Gény a tracé de manière définitive les frontières de l'interprétation large. Mais la jurisprudence ne les franchit-elle jamais ? Nous serions même tenté de dire, ne les franchit-elle pas ordinairement ? A se placer sur le terrain des faits, la seule limite infranchissable à l'interprétation judiciaire, c'est celle que trace *la lettre* de la loi. Le juge ne va pas contre le texte formel, mais il est courant qu'il le sollicite et parfois l'incurve, non pas jusqu'à lui faire dire ce qu'il ne dit pas, mais ce que son auteur ne voulait pas qu'il dise. Nous conviendrons qu'à ce point la jurisprudence sort de son rôle et usurpe compétence. Mais socialement, sinon juridiquement, on ne peut affirmer que ce dépassement de compétence soit toujours condamnable. Il peut atteindre le but contemplé par les tenants de la thèse anthropomorphique, par l'école de la loi « vivante » et protéique dans le milieu social où on l'a jetée, suppléer au défaut de compétence du juge pour proclamer la caducité de la loi, et aux difficultés, peut-être insurmontables, de la révision. Gény combat avec raison cette école. Mais, à l'extrême, l'excès de pouvoir du juge peut procurer l'économie d'une révolution, ou éviter la violation couverte de la loi, qui est une attitude anti-sociale.

Seulement, en pareil cas, il faut bien avouer que l'on vit sur une équivoque. La jurisprudence ne fournit pas seulement, comme elle le peut légitimement, l'amorce de la revision législative ; elle devient un instrument d'une *révision de fait*, qui ne sera régularisée comme toute action d'un pouvoir de fait, que par l'acceptation commune ou l'intervention ultérieure de l'autorité compétente. Ce n'est plus la suppléance légale du législateur, comme dans le jugement d'équité, c'est une usurpation cachée de fonction.

En résumé, nous pensons que dans tout ordre juridique il existe trois sources formelles du droit et que la jurisprudence constitue une source autonome extrêmement puissante, réagissant sur la coutume et sur la législation d'une façon parfois subreptice mais presque inévitable et servant de soupape de sûreté à l'ordre social.

Nous pensons également que ces trois formes de droit positif se

retrouvent dans toute société politique quelle qu'elle soit, et notamment dans les sociétés internationales où elles ont le même rôle de captation et d'expression du droit objectif, mais avec des différences d'intensité et de technique.

*
* *

II. *Les sources formelles du droit international*

Pour bien comprendre comment se pose le problème des sources dans l'ordre juridique international, il faut d'abord prendre parti sur la nature même des sociétés internationales.

Sur ce point règne encore une idéologie particulière qui s'est développée avec les Etats modernes dotés de la personnalité juridique par le droit positif et héritiers des droits subjectifs, — souveraineté comprise, — des princes souverains. Les Etats, au nombre d'une soixantaine, seraient les seules personnes juridiques d'une société unique en son genre, exclusivement composée de collectivités toutes souveraines et égales en droit. L'ordre juridique de cette société émanerait tout entier des volontés concordantes de ces sujets de droit collectifs, et n'aurait ainsi qu'une seule source à la fois formelle et matérielle : le contrat, et qu'une seule norme objective : *pacta sunt servanda*. L'école volontariste et dualiste, qui reste dominante, oppose le droit international qui serait de coordination, au droit interne, qui serait de subordination. Elle exige, pour que les sujets de droit de l'ordre étatique soient soumis aux normes de l'ordre international, une réception de celles-ci dans chacun des divers ordres juridiques étatiques. Pareille conception, dont on s'explique la genèse politique, ne résiste pas un instant à l'observation réaliste des faits.

Il nous paraît scientifiquement établi : d'abord qu'il existe non pas une société internationale, mais une multiplicité de sociétés internationales, répondant à des faits sociaux ou phénomènes de solidarité interétatique ou superétatique eux aussi multiples, simplement encadrés dans la solidarité globale ou œcuménique d'une société internationale universelle ; ensuite que chacune de ces collectivités internationales, y compris la collectivité œcuménique, constitue une société comme toutes les autres, c'est-à-dire un agrégat d'individus ou de personnes réelles ; que ce sont ces individus qui sont sujets de droit, c'est-à-dire *soumis* aux contraintes juridiques, et investis de compétences ; d'où il suit qu'aucun d'eux ne peut prétendre à la souveraineté sans provoquer immédiatement un phénomène d'anarchie caractérisée ; enfin que chacune de ces sociétés dégage nécessairement un système de droit ou ordre juridique particulier, analogue à tout autre ordre juridique d'une société politique, notamment aux ordres juridiques étatiques, et dans lequel le droit positif sourd par les trois sources formelles que nous avons déjà rencontrées.

*
* *

Il faut insister sur ce point que les sociétés internationales sont formées d'*individus* (particuliers, agents ou gouvernants), et que quelle que soit la différenciation des compétences, il n'y a de personne réelle, c'est-à-dire de sujets de droit, que les êtres doués d'intelligence et de volonté, susceptibles de subir une contrainte, de concevoir une norme et d'y obéir. La notion de personne collective ou morale n'est jamais qu'une fiction, un procédé technique destiné à caractériser la compétence de certains sujets de droit : administrateurs, agents, gouvernants, dont la volonté juridique est habilitée à produire des effets de droit affectant les situations juridiques de tout ou partie des membres d'une collectivité. Mais il n'y a pas de volonté de la collectivité distincte de celle des individus titulaires de ces compétences. Il ne peut y avoir qu'une attribution fictive de volonté, d'ailleurs dangereuse et inutile.

D'autre part, il n'y a pas, ou il n'y a plus, de sociétés simples. Toute société moderne est de structure complexe. Cela ne veut pas dire qu'il y ait des sociétés de sociétés : la notion est irréaliste ou prête à confusion. Ce que l'observation révèle, c'est que les mêmes individus s'organisent en une infinité de groupements imbriqués les uns dans les autres, et se superposant les uns aux autres, en vue d'organisations plus parfaites. L'Etat moderne, en particulier, n'est nullement une société simple ; il est seulement un mode d'organisation plus poussée et mieux intégrée d'une infinité de groupes sociaux sous-jacents. Il n'est que l'organisation d'un *milieu inter-social* ⁵. Ce fait, qui est très apparent dans l'Etat dit composé ou fédéral, se retrouve à un degré d'intégration hiérarchique plus poussé, dans l'Etat qualifié d'unitaire. Celui-ci formé de communautés jadis autonomes, organise les groupements publics ou privés entre lesquels se répartissent les individus. Chacun de ces groupements dégage un ordre juridique particulier, se traduisant toujours par un certain degré de décentralisation et d'autonomie. Il n'en résulte pas que l'Etat soit une société de communes, de départements, de syndicats ou d'associations, mais de citoyens groupés eux-mêmes en associations, syndicats, départements ou communes. Il n'est nullement exclu, d'ailleurs, qu'au sein de l'ordre juridique étatique, tel qu'il se comporte à un moment donné, se dégagent de nouveaux phénomènes de solidarité, engendrant de nouveaux groupements, qui comportent eux-mêmes de nouveaux ordres juridiques spontanés. La hiérarchie des ordres juridiques entraînera la reconnaissance ou la non-reconnaissance, ou la reconnaissance partielle par l'ordre étatique de ces ordres juridiques nouveaux, c'est-à-dire la réglementation de la compétence particulière des individus, gouvernants ou agents qui les composent ⁶.

Il est essentiel de souligner ce dernier trait, ou plutôt cette loi sociale nécessaire, du *conditionnement des ordres juridiques com-*

posants par l'ordre juridique composé ou immédiatement supérieur. C'est ce que nous avons appelé ailleurs le *fédéralisme normatif*⁷. Cette loi se vérifie partout, en ce sens que si elle n'est pas respectée elle se trouve immédiatement sanctionnée. C'est le type de la loi juridique causale. On peut l'exprimer ainsi : tout fait social composé, tout élargissement de la solidarité et du fait social, exigent pour se réaliser, progresser et durer, que les phénomènes sociaux sous-jacents ne les contrarient pas. Il en résulte que toute norme juridique d'une société composée doit *nécessairement* modifier ou abroger les normes juridiques des sociétés composantes, en tant qu'elles seraient contradictoires avec elle, et que les sujets de droit des sociétés composées, particuliers, agents et gouvernants, voient leurs compétences conditionnées par l'ordre juridique de la société composée, dans toute la mesure où il est nécessaire d'éviter que leur activité puisse contrarier le développement de cette société composante.

Cette hiérarchie des normes se trouve évidemment facilitée par l'institution correspondante d'une hiérarchie des autorités sociales et notamment des autorités à compétence législative ou réglementaire. Mais le fédéralisme normatif, ou fédéralisme juridique pur, se conçoit indépendamment de toute organisation hiérarchisée des institutions. Il est vrai qu'en ce cas on verra souvent se produire l'arrêt ou la régression du fait social le plus large, par suite de la carence des moyens de coercition hiérarchique. L'anarchie est un échec à la réalisation de l'ordre juridique, à son efficacité, mais non à sa validité, encore moins à sa logique nécessaire.

Ce que nous disons du conditionnement et de la hiérarchie des ordres juridiques intra-étatiques s'applique avec un parallélisme exact aux ordres juridiques internationaux (interétatiques et super-étatiques).

Il n'y a aucune raison pour que la survenance des phénomènes de solidarité et les extensions du fait social qui en résultent, s'arrêtent aux frontières des Etats. L'histoire nous apprend, au contraire, qu'ils ont toujours débordé des frontières ethniques ou politiques, si exclusifs que pussent être les groupements ; et le phénomène constant du fédéralisme au sens courant du mot nous enseigne que l'extension du processus d'agglutination inter-sociale est la loi des rapports humains.

Nous rencontrons effectivement, au-dessus des ordres juridiques étatiques, une multiplicité d'ordres juridiques méta-étatiques, correspondant à des groupements d'individus déjà ressortissants d'organisations étatiques. Ces ordres juridiques enchevêtrés dérivent du fait social international, en naissent spontanément et conditionnent *ipso facto*, par une technique nécessaire, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de la disposition des volontés gouvernementales étatiques, sans qu'il soit besoin d'aucune réception des normes internationales dans les ordres juridiques internes, ces ordres juridiques

sous-jacents. Toute proposition contraire aboutit à nier le caractère de contrainte et d'automatisme de la règle de droit, et par là même nous paraît scientifiquement condamnée.

Ce qui demeure, il est vrai, c'est la résistance de fait des sujets de droit des ordres juridiques composants ; pour parler clair, la résistance des gouvernants étatiques et souvent aussi de l'opinion publique contrariée dans sa conception idéologique ou sentimentale de l'intérêt collectif. De là les retards et les regressions dans le développement normal de l'ordre juridique international, sans que cette résistance politique à l'emprise nécessaire du droit puisse infirmer en rien la loi de hiérarchie des normes.

Il existe, au surplus, deux catégories historiques de sociétés internationales et dans l'une d'elles le fédéralisme normatif se double d'un fédéralisme institutionnel : cette dernière catégorie est celle des sociétés superétatiques, l'autre celle des sociétés interétatiques.

Les sociétés superétatiques, dotées par le droit constructif d'institutions propres, possèdent un personnel de gouvernants et d'agents spécialisés dans la gestion des intérêts sociaux communs, et réalisent le « fédéralisme » au sens vulgaire du mot. L'institution fédérale peut aller du simple bureau d'une union administrative, au gouvernement d'un Etat fédéral fortement intégré, tendant lui-même à l'unitarisme. Entre les deux une infinité de degrés. Il n'est point de société où n'existe un début ou un vestige de fédéralisme.

Lorsque le fait social international demeure à l'état purement normatif, il n'existe d'autre cohésion sociale que celle qu'engendre le sentiment de la solidarité. En ce cas, nous nous trouvons en face de sociétés interétatiques. Cela ne signifie pas que les fonctions sociales ne soient pas remplies. Si elles ne l'étaient point, le fait inter-social périrait. Elles le sont toujours, il est vrai plutôt mal que bien, dans les sociétés internationales classiques qui sont interétatiques. Elles le sont *par l'intervention des gouvernants et agents nationaux* des sociétés étatiques de base, agissant soit unilatéralement, soit en concurrence, soit en collaboration. C'est le système du droit international traditionnel. Il obéit à la règle que nous avons appelée *loi du dédoublement fonctionnel*⁸, en vertu de laquelle l'acte normatif ou constructif de législation ou de réglementation, l'acte de juridiction, l'acte d'exécution, l'acte d'administration, se trouvent effectués par les gouvernants et agents internationaux, agissant juridiquement comme gouvernants et agents internationaux, en vertu des compétences que leur attribue le droit international. Cette loi du dédoublement fonctionnel signifie que, selon que les actes juridiques sont faits dans l'ordre juridique étatique ou interétatique, les sujets de droit qui les font doivent être considérés comme exerçant des compétences nationales ou internationales. Ainsi l'exige l'adoption d'un critère d'ordre matériel c'est-à-dire scientifique et non seulement formel. Cette loi du « dédoublement fonctionnel », est aussi essentielle que celle de la

hiérarchie des normes. A elles deux, elles constituent le mécanisme technique de base du droit international.

Il va de soi que cette collaboration, cette concurrence ou ces initiatives unilatérales sont souvent épisodiques, chaotiques et fertiles en conflits, puisqu'elles ne sont pas hiérarchiquement coordonnées, et que les sociétés internationales de cette catégorie, notamment la société œcuménique du droit des gens, se caractérisent par leur anarchie congénitale. Celle-ci s'atténue à mesure que l'on passe du système interétatique au système superétatique. Les progrès de l'organisation sociale ou de la spécialisation des compétences ont évidemment une répercussion immédiate sur la productivité, la régularité et l'effectivité des sources formelles du droit dans les ordres juridiques internationaux. Mais qu'il s'agisse de sociétés interétatiques régies par la loi du dédoublement fonctionnel, ou de sociétés superétatiques obéissant progressivement à celle de la hiérarchisation des institutions, les sources formelles du droit restent les mêmes. Nous ne les étudierons ici qu'en ce qui concerne les sociétés interétatiques, car l'analogie technique entre sociétés superétatiques et sociétés étatiques, dispense, au moins lorsqu'il s'agit des traits essentiels, de faire la même étude dans le domaine fédéral.

*
* *

Il existe un texte de droit positif dans un ordre juridique particulier, — mais qui tend à devenir universel, — l'ordre juridique de la S.D.N., texte particulièrement important, qui énumère les sources du droit international telles que les conçoit la doctrine dominante et telles que les accepte la pratique des gouvernements. C'est l'article 38 du statut de la C.P.J.I. Nous croyons que ce texte de droit positif, dont l'élaboration a été fortement influencée par des préoccupations d'ordre politique, est scientifiquement critiquable. Il se présente comme un compromis entre les exigences de la technique juridique et les possibilités des relations inter-gouvernementales. Tel qu'il est, il servira de cadre aux développements ultérieurs. Il est ainsi conçu :

« La Cour applique :

» 1) Les conventions internationales soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige ;

» 2) La coutume internationale, comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;

» 3) Les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées ;

» 4) Sous réserve de la disposition de l'article 59 ⁹ les décisions judiciaires et les doctrines des publicistes les plus qualifiés des diverses nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

» La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les Parties sont d'accord de statuer *ex aequo et bono*. »

Ainsi, d'après ce texte, il y aurait en droit international trois sources formelles : le droit écrit et la coutume comme dans les ordres juridiques étatiques, puis, troisième source, les principes généraux du droit, que nous n'avons pas encore rencontrée. En revanche, la jurisprudence cesserait d'être une source de droit positif pour devenir, comme les écrits des jurisconsultes, un simple moyen *auxiliaire* de la détermination de la conviction du juge, tenu de fonder sa décision sur l'une ou l'autre des trois autres sources positives.

*
* *

Considérons d'abord : « les conventions internationales soit générales, soit spéciales ».

On s'est demandé pourquoi les rédacteurs du statut avaient placé le droit conventionnel en tête de leur énumération des sources formelles du droit des gens. Il est à cela des raisons évidentes. C'est d'abord le caractère écrit de cette source de droit ; ensuite le fait que beaucoup de litiges internationaux ont leur origine dans des divergences d'interprétation des traités et peuvent être jugés sur cette base ¹⁰ ; cet autre fait que le droit conventionnel étant l'expression de la volonté des gouvernements, la loi du moindre effort engage à se reporter dès l'abord au droit écrit ; enfin, l'influence toujours prédominante de la doctrine volontariste a certainement dicté cette rédaction, comme elle a dicté celle de l'article XIII du Pacte de la Société des Nations ou de l'article 36 du statut.

Il y a pourtant des réserves à faire sur la conception implicite que révèle cette rédaction. On admettra aisément que le juge international, en présence d'un litige inter-gouvernemental, se préoccupe d'abord de savoir s'il existe sur le point litigieux des engagements conventionnels. Mais il faut se garder d'en conclure que les traités soient une source de droit hiérarchiquement supérieure aux autres et exclusive de toute autre, lorsqu'elle fournit les éléments de solution. Surtout, il faut rejeter la conception selon laquelle les traités constitueraient non pas des sources formelles de droit positif engendrant des situations objectives, mais des normes contractuelles créatrices de droit subjectif.

Reprenons le premier point. Les sources formelles du droit, notamment du droit des gens, ne sont pas à l'égard les unes des autres en position de hiérarchie. Toute règle de droit positif revêt au regard de l'interprète la même validité, qu'il s'agisse d'une règle coutumière, d'une disposition légale ou réglementaire, ou d'un principe dégagé par lui du fond commun de l'ordre juridique. La seule obligation qui s'impose au juge, c'est celle de respecter un certain ordre d'exclusivité, lorsque celui-ci lui est imposé par le

droit organique de la société où il vit. Lorsqu'il existe, comme c'est le cas dans les sociétés étatiques les mieux intégrées, une spécialisation des fonctions normatives entre l'agent législatif, l'agent coutumier et l'agent judiciaire, le juge est tenu de rechercher d'abord si le rapport juridique dont il est chargé d'apprécier la régularité relève d'une source législative en vigueur, notamment de la législation codifiée, et, en ce cas, tout recours à une autre source de droit ne peut être que subsidiaire. Bien entendu, cette règle de l'exclusivité suppose que la règle de droit applicable en premier lieu soit *valide*, c'est-à-dire qu'elle ne soit ni abrogée, ni désuète, *ni primée par une règle de droit hiérarchiquement supérieure*, telle que la règle constitutionnelle à l'égard de la loi ordinaire, la loi à l'égard d'un règlement, ou, s'il s'agit d'un ordre juridique composé, la règle de droit de cet ordre composé à l'égard de la règle de droit des ordres juridiques composants. Cet ordre d'application conditionné par le principe de la hiérarchie des normes s'applique dans l'ordre juridique interétatique de la même façon que dans l'ordre étatique ou superétatique où il n'est pas contesté ; mais les rapports de fréquence ou de quantité dans l'application des diverses sources formelles de droit se trouvent modifiés. A titre d'exemple, nous citerons l'article 20 du Pacte de la S. D. N. qui abroge, en principe, les traités incompatibles avec le Pacte ¹¹.

Si l'on admet, comme nous le faisons, que les conventions internationales sont la plupart du temps des actes-règle de l'ordre juridique interétatique, il faut admettre également que lorsqu'elles ont statué dans un domaine déterminé elles excluent l'intervention de toute autre norme juridique provenant d'une autre source, à la condition que ce soit *dans le même ordre juridique*. Notamment, elles pourront exclure une règle coutumière et l'abroger, bien que dans le domaine international le rôle de la coutume soit plus étendu et souvent plus effectif que celui de la loi. Les conventions internationales aboutissent très souvent à une sorte de codification partielle.

Mais il ne faut pas perdre de vue la réserve ci-dessus soulignée. L'exclusivité des sources ne joue *qu'à l'intérieur du même ordre juridique*, et l'application de la règle qui ne fait pas difficulté dans le domaine intra-étatique où l'on ne rencontre que des ordres juridiques subordonnés, se présente beaucoup moins simplement dans le domaine interétatique où les ordres juridiques chevauchent les uns sur les autres et se subordonnent les uns aux autres, à mesure que le phénomène de solidarité inter-social s'élargit. Les règles de droit conventionnel réglementant la compétence de certains sujets de droit ressortissants de deux ou plusieurs Etats ne s'appliquent pas à ces mêmes sujets de droit dans leurs rapports avec les ressortissants d'autres Etats, dits Etats tiers, non signataires des premières conventions, avec lesquels, cependant, ils peuvent pourtant former une autre collectivité internationale ayant, elle aussi, son ordre juridique particulier ¹². Un traité entre les collectivités A et B pourra

fort bien abroger une règle coutumière dans les rapports de l'ordre étatique AB, sans que cette règle coutumière cesse de régir l'ordre juridique AC.

Bien plus, il se peut fort bien qu'un traité entre A et B soit impuissant à abroger, même dans l'ordre juridique des Etats signataires, une règle coutumière, si celle-ci régit une communauté internationale *plus étendue* dont ils font partie, si, par exemple, cette règle coutumière existe dans un ordre juridique A B C D. Ici intervient en effet la règle de la hiérarchie des ordres juridiques. Lorsque la règle coutumière doit être considérée comme une « pratique générale acceptée comme étant le droit » d'un ordre juridique international composé, elle conditionne les ordres juridiques interétatiques sous-jacents, et la règle conventionnelle sera frappée d'invalidité dans toute la mesure où elle contredira une règle coutumière hiérarchiquement supérieure. C'est l'application de la technique du fédéralisme normatif. Celui-ci s'oppose à ce qu'on puisse donner comme une règle constante d'interprétation la maxime : *lex specialis derogat generali*. Il faut faire avec soin la distinction entre la loi *spéciale*, qui ne contredit point la règle générale supérieure ou lui est indifférente, et la loi *particulière* qui n'a de validité que pour autant qu'elle est conforme à la loi générale.

A titre d'exemple élémentaire, nous imaginerons un traité entre deux puissances maritimes tendant à déroger à la règle coutumière générale de la liberté des mers dans certaines zones déterminées. Le traité sera nul, même dans les rapports mutuels des signataires. Il en serait de même d'un traité apportant des restrictions aux immunités diplomatiques essentielles. Mais on ne saurait se dissimuler que la tâche du juge international chargé d'apprécier s'il s'agit d'une coutume générale ou d'une règle coutumière particulière constituera souvent une tâche extrêmement délicate. Elle le sera beaucoup moins s'il s'agit du rapport de contrariété entre deux normes conventionnelles de deux ordres juridiques superposés, mais le principe est, dans ces deux cas, le même.

La seconde tendance qu'il faut combattre, c'est, avons-nous vu, celle de l'assimilation traditionnelle de la convention ou du traité au contrat, tendance qui n'aboutit à rien moins qu'à supprimer la source législative dans les ordres juridiques internationaux.

Le traité n'est pas en soi une catégorie juridique : c'est uniquement un *instrument*, instrument dans lequel deux ou plusieurs groupes de gouvernants étatiques, agissant dans un ordre juridique interétatique comme gouvernants internationaux (loi du dédoublement fonctionnel), incorporent tous les actes juridiques qu'ils accomplissent, ou du moins tous ceux qui, en raison de leur importance, doivent revêtir la forme d'actes solennels.

Il est donc impossible d'attribuer aux traités une nature juridique particulière, et il n'est guère plus correct de distinguer entre traités-lois et traités-contrats que d'assimiler le traité au contrat. On

rencontre dans les traités, et souvent dans le même traité, des actes et opérations juridiques de toute nature : actes administratifs, actes de procédure, actes juridictionnels, actes d'exécution aussi bien que des actes-règles ou réglementaires. Il faut donc, en bonne méthode juridique, distinguer soigneusement des formes extérieures toujours identiques le contenu matériel variable des actes solennels. On ne saurait définir un acte en disant qu'il est notarié ; on ne caractérise pas un acte international en constatant qu'il est incorporé dans un traité. Pour savoir si le traité est source de droit, il faut vérifier si ses stipulations contiennent des actes-règles normatifs ou constructifs.

A vrai dire, il est très fréquent que les traités, surtout lorsqu'il s'agit de conventions multilatérales, fonctionnent comme sources législatives de droit positif, car la grande majorité de leurs stipulations tend à la réglementation ou à la modification des compétences reconnues aux sujets de droit des ordres internationaux, particuliers, gouvernants et agents ressortissants des Etats dits signataires. Ce n'est que très rarement que l'on trouve dans des traités l'établissement de situations subjectives ou individuelles. Les stipulations contractuelles sont exceptionnelles.

On ne saurait trop insister sur ce point tant le préjugé contraire est encore vivace.

Beaucoup d'auteurs confondent encore les notions d'accord de volontés et de contrat, sans s'apercevoir que tout acte multilatéral où les utilisations de compétence se conditionnent les unes les autres, n'aboutissent à des situations contractuelles que si les buts poursuivis par les sujets de droit sont différents. Ils assimilent souvent les traités ou conventions à des « obligations de faire » incombant aux *Etats*, ce qui double le préjugé contractuel de la fiction personnaliste.

Réduire tous les traités à des obligations de fait, c'est supposer que l'Etat, en tant que tel, distinct de ses représentants ou organes, peut vouloir et faire quelque chose ; qu'il contracte des obligations synallagmatiques envers d'autres Etats, obligations dont l'inexécution ne pourrait d'ailleurs la plupart du temps que se résoudre en dommages et intérêts ¹³. Si l'on consent à se contenter des réalités, la situation est tout à fait différente. Un traité ne crée d'obligations ou de pouvoirs d'action que pour des individus sujets de droit, gouvernants, agents ou particuliers. Si l'on préfère, l'effet du traité consiste uniquement à aménager des compétences dans un ordre juridique international dont il modifie l'ordonnement, exactement comme la loi ou le règlement modifient les situations objectives dans l'ordre juridique étatique. La seule différence, c'est que les sujets de droit dont les situations objectives se trouvent ici modifiées sont de nationalités différentes, mais ils sont membres d'une même communauté internationale et sujets de droit d'un même ordre juridique ¹⁴.

On objecte parfois qu'il n'y a pas de législateur international.

C'est mal observer les faits d'un milieu interétatique. Il suffit, pour qu'il y ait corps législatif international, que des collèges gouvernementaux ayant compétence pour rechercher et formuler la règle de droit interétatique, puissent, en fait, édicter ces règles. Or, ces collèges existent : ils sont formés des divers groupes de gouvernants nationaux ayant compétence internationale pour incorporer dans l'instrument conventionnel des normes législatives ou réglementaires. Cette compétence est attribuée, selon des règles qui varient, dans chaque Etat, constitutionnellement, et font la part plus ou moins large tantôt aux gouvernants de l'ordre exécutif, tantôt à ceux de l'ordre législatif, tantôt même à certains procédés de gouvernement direct¹⁵. Mais ces gouvernants n'ont compétence pour légiférer internationalement qu'en vertu et dans la limite de normes internationales qui pourraient éventuellement restreindre la compétence encore largement discrétionnaire qu'elles laissent aux législateurs constitutionnels internes. En tout cas, on ne saurait pas plus tirer argument du fait que la législation internationale résulte de l'intervention successive de divers collèges nationaux, pour nier l'existence d'un corps législatif international, qu'on ne peut arguer de l'existence de Chambres séparées dans les Parlements nationaux, pour nier l'existence d'un corps législatif étatique. Le système des délégations austro-hongroises qui, dans la double monarchie, agissaient séparément, n'empêchait point qu'il existât des règles législatives communes. Il faut dire seulement que dans les ordres juridiques internationaux, le conditionnement les uns par les autres des actes de volonté des différents collèges législatifs est plus compliqué qu'en droit étatique et superétatique. La source écrite ou législative fonctionne dans les communautés internationales avec lenteur et difficulté et risque souvent d'être tarie.

Lorsqu'apparaît le phénomène fédératif ou constructif, le super-Parlement pointe immédiatement. Dans les simples unions administratives, il y a toujours une tendance à dégager directement ou indirectement une fonction réglementaire, fût-ce par le canal d'un organe conciliateur ou même juridictionnel. Dans la Société des Nations, la tendance est plus apparente encore à donner une compétence pseudo-législative à des rouages particuliers qu'on appelle les organismes techniques¹⁶. Parmi ces derniers, l'Organisation Internationale du Travail, dont la Partie XIII des traités de paix constitue la charte, comporte une Conférence générale conçue sur le modèle d'une sorte de Parlement international, dans lequel les représentants gouvernementaux ont cédé la moitié de leur compétence traditionnelle aux représentants directs des sujets de droit intéressés (patrons et ouvriers) de la collectivité internationale. Les textes qui sont votés à la majorité des deux tiers sont de véritables actes de législation internationale, mais de prélegislation étatique, l'adhésion des divers gouvernements étant indispensable à leur entrée en vigueur dans les ordres juridiques nationaux sous-jacents. La tendance à transformer

la collaboration législative interétatique en *pouvoir* législatif super-étatique est évidente, mais, dans l'un et l'autre système, la fonction législative n'en est pas moins accomplie.

*
* *

La source législative et réglementaire des ordres juridiques inter-étatiques ne dérive pas toujours de l'accord des volontés ou de la convention. Il arrive qu'elle soit unilatérale. Il suffit pour cela que le législateur étatique, individuel ou collectif, faisant fonction de législateur international, ait compétence pour rechercher et formuler le droit. Et cela est beaucoup plus fréquent qu'on se le figure.

Le législateur étatique agit unilatéralement comme législateur international, tantôt en vertu d'une simple compétence de fait, et tantôt en vertu d'une compétence constitutionnelle (internationale).

Compétence de fait, toutes les fois que les gouvernants nationaux se trouvent en position matérielle d'imposer leur conception de la règle internationale dans l'ordre juridique interétatique. Ici s'appliquent purement et simplement, sauf la transposition des ordres juridiques, les principes du droit interne en matière de gouvernement de fait. L'illustration la plus commune est celle du gouvernement vainqueur, dans ce phénomène de rupture de l'ordre juridique qu'on appelle la guerre. Le vainqueur, c'est-à-dire le détenteur de la plus grande force, impose sa loi ou son « diktät ». La validité du traité de paix ne s'explique en aucune façon par le « consentement » des gouvernements vaincus. C'est une plaisanterie de prétendre que ceux-ci choisissent librement entre deux maux et que leur volonté « contractuelle » n'est pas juridiquement viciée : *coactus volui, sed tamen volui* ! La signature du vaincu n'est autre chose qu'un aveu d'impuissance, et la constatation de la violence ; et si elle a une valeur juridique, c'est précisément parce qu'elle atteste la plus grande force sociale du vainqueur, laquelle légitime son pouvoir de fait et lui crée l'obligation d'en user pour la restauration de l'ordre juridique et l'établissement de la règle de droit. Dès l'instant que le recours à la force constitue une procédure légale, la compétence législative du vainqueur est formellement régulière. Quant à la validité intrinsèque de la législation de fait, elle est conditionnée tout comme celle de la législation constitutionnelle ou du traité, par sa conformité éventuelle et hypothétique avec le droit objectif ou la nécessité sociale. L'hypothèse du bien légiféré s'impose de la même façon dans les deux cas. Il va de soi, bien entendu, que cette assimilation ne peut plus être faite dans le cas où le droit positif interdit le recours aux moyens de force.

Il n'est pas besoin, au surplus, de supposer un conflit de forces pour faire apparaître le législateur international de fait : il suffit qu'un gouvernement national soit en état d'imposer sa volonté dans l'aménagement de l'ordre juridique interétatique. L'exemple typique

et bien connu est celui de la loi dite des « Garanties », qui, bien qu'émanant du Parlement italien, était au premier chef une législation internationale matérielle, puisqu'elle réglait une situation internationale : le droit organique d'une église œcuménique.

Tout à fait analogues sont les normes constructives posées par certains congrès solennels et adoptées par les grandes puissances, et qui bien qu'affectant d'ordinaire la forme de conventions multilatérales, finissent par s'imposer à la communauté internationale globale, et ont, à l'égard des non-signataires, la valeur d'une législation de fait, souvent munie de sanctions.

Tout ceci a déjà été souvent remarqué ; mais ce qui l'a été beaucoup moins, c'est la compétence législative unilatérale, pourtant normale et internationalement constitutionnelle, de tout législateur étatique dans les rapports juridiques internationaux.

Cette compétence apparaît tout d'abord, et l'on avouera que ce n'est pas un domaine d'action exceptionnel, en tout ce qui concerne les rapports juridiques internationaux entre particuliers sujets de droit. Il s'agit ici de ce qu'on appelle à juste titre le « droit privé international ». Malgré cette qualification d'international, beaucoup d'auteurs persistent à professer que le droit privé international a sa source dans la législation nationale. C'est, encore une fois, la prédominance du critère formel sur le critère matériel. Les normes du droit privé international sont en grande partie, il est vrai, l'œuvre soit du législateur, soit du juge étatiques, mais comme elles règlent des rapports internationaux par définition, elles ne peuvent constituer que des règles de droit internationales. L'erreur dérive de la méconnaissance de la loi du dédoublement fonctionnel. Lorsque le législateur étatique formule une règle de conflit de lois ou de juridictions, lorsque le juge national élabore une jurisprudence dans le même domaine, ils statuent dans l'ordre juridique international, pour une circonscription de la société internationale œcuménique composée de ressortissants de divers Etats, sur la base de règles de rattachement qui situent sur un territoire étatique déterminé des rapports juridiques indiscutablement internationaux. Le droit privé international est d'ailleurs basé sur un certain nombre de principes généraux de nature coutumière, qui eux sont indiscutablement de droit international, et de droit international public, puisqu'ils s'imposent à tous les gouvernants étatiques comme le cadre où s'inscrivent leurs décisions réglementaires. Les lois apparemment nationales et les jurisprudences étatiques ont elles-mêmes contribué au développement de ces règles coutumières des rapports privés internationaux. Comment pourraient-elles être d'une autre nature que ces dernières, et comment le droit international privé serait-il tantôt du droit interne et tantôt du droit international, selon l'ampleur de la norme qu'il incorpore ? Il fait partie intégrante de l'ordre juridique international. Cette vérité qui nous paraît d'évidence n'a pu être voilée que parce que dans ce domaine le droit international s'élabore en concurrence, que

les conflits y sont plus fréquents que nulle part ailleurs, et qu'il n'existe pour les résoudre que des législations conventionnelles régionales extrêmement rares et fragmentaires. Au surplus, la rareté primitive des relations internationales individuelles explique historiquement cet état de choses. Au contraire, dans les temps modernes, l'intensification du commerce international au sens large a provoqué l'épanouissement d'un droit international commun dont les normes principales visent l'établissement, la situation des étrangers, leurs rapports avec les nationaux et avec les gouvernements. Il n'est pas douteux que ce soient là essentiellement des rapports internationaux. D'une façon générale, les lois d'un pays, notamment en matière de police et de sûreté s'appliquant indifféremment aux nationaux et aux étrangers, toute norme territoriale a ses répercussions sur l'organisation de la société internationale.

Il faut encore considérer comme internationalement constitutionnelle et normale la compétence du législateur étatique pour fixer les conditions d'investissement des gouvernants et agents appelés à exercer des fonctions législatives ou gouvernementales interétatiques. Nous avons déjà signalé cette « délégation » du droit international au droit interne. Tout législateur étatique possède de même un pouvoir réglementaire pour assurer l'exécution des normes conventionnelles internationales sur son propre territoire. Les gouvernants nationaux sont, enfin, habilités par le droit international à faire les actes-condition nécessaires à l'application des normes coutumières ou législatives internationales. C'est ainsi, par exemple, que la déclaration de guerre, la déclaration de neutralité, l'établissement de listes de contrebande, la reconnaissance d'un gouvernement nouveau, l'occupation, l'établissement d'un protectorat et tant d'autres actes, tantôt d'ordre réglementaire, tantôt d'ordre exécutif, tantôt d'ordre conventionnel, tantôt unilatéraux, bilatéraux ou multilatéraux, conditionnent l'application des normes objectives du droit international régional ou universel.

Il est un point plus délicat sur lequel des explications un peu moins sommaires sont nécessaires. Il s'agit de la répercussion que peut avoir le droit conventionnel régional ou local, c'est-à-dire les traités particuliers, sur l'ensemble des rapports internationaux. Il s'agit ici de comprendre que ces traités peuvent être obligatoires, même pour des gouvernements non signataires ou, plus exactement, peuvent s'imposer aux sujets de droit des collectivités dont les gouvernements n'ont pas participé à leur élaboration, et à ces gouvernements eux-mêmes et à leurs agents. Cette limitation de la règle suivant laquelle les traités seraient pour les tiers *res inter alios acta*, montre bien que les traités ne sont pas de nature contractuelle et qu'une source particulière de droit interétatique peut agir dans l'ordre juridique international œcuménique.

L'exemple typique est celui du domaine public international : canaux, fleuves, détroits. Dans le cadre des règles générales, coutu-

mières ou conventionnelles qui déterminent le classement et les principes d'utilisation des éléments du domaine public international, il reste une marge de réglementation extrêmement large pour les Etats riverains et cette réglementation se réalise souvent par voie de traités particuliers. Or, il n'est pas douteux que ces traités particuliers s'appliquent aux ressortissants de tous les Etats membres de la société internationale, y compris les gouvernants, lors même que ceux-ci n'ont point participé à leur élaboration ou même ont refusé d'y participer. C'est ainsi que le régime des Détroits turcs ¹⁷ émanant du Traité de Lausanne est une réglementation internationale œcuménique. De même le statut du Danube ou des canaux inter-océaniques de Suez et de Panama, dans toute la limite où ce statut est conforme aux normes générales qui gouvernent les voies d'eau internationales.

Ce phénomène s'explique tout aussi aisément, et de la même façon, que l'extension de la validité des lois étatiques, dites territoriales, aux rapports internationaux situés sur le territoire. C'est même un phénomène d'ordre général : tout aménagement conventionnel d'un ordre juridique international particulier est valable pour les ordres juridiques interétatiques plus étendus, à la seule condition qu'il soit compatible avec les normes de ces ordres supérieurs. C'est la contre-partie nécessaire de la hiérarchie des normes, et la limitation naturelle de la règle, connue traditionnellement comme beaucoup trop absolue, selon laquelle les traités ne sont obligatoires qu'entre Etats signataires.

Ainsi, la conception implicitement contenue dans l'article 38.1 du statut de la Cour nous apparaît à beaucoup de points de vue comme insuffisante à traduire non seulement les nécessités sociales internationales, mais même l'état du droit positif international. La source législative a à la fois moins et plus de puissance que le texte ne le laisserait supposer. Elle n'est pas toujours exclusive de la source coutumière et elle ne se borne pas à couler dans les ordres juridiques interétatiques particuliers où on la voit sourdre originellement. *A fortiori* n'est-elle pas de caractère contractuel et n'engendre-t-elle pas de situations juridiques synallagmatiques ?

*
* *

La multiplication des conventions, des pactes, des traités, donne de nos jours un volume de plus en plus considérable à la source législative. Son importance reste pourtant, selon nous, très inférieure, dans les ordres juridiques internationaux, à celle de la coutume. Ce n'est pas ici le lieu d'entreprendre un parallèle balancé entre les mérites respectifs de la coutume et de la loi. Mais il n'est pas douteux que les insuffisances du droit écrit, déjà signalées par Gény en ce qui concerne le droit étatique, sont infiniment plus apparentes en droit international. Le caractère volontariste des traités, leur aboutissement à des compromis bâtarde entre intérêts diver-

gents, l'absence presque totale de contemplation de l'intérêt public qu'on y constate, les difficultés d'interprétation de textes qui sont volontairement évasifs ; l'absence d'institutions supranationales de revision qui font de la fameuse *clausula rebus sic stantibus* une sorte de principe nu, tout cela contribue à faire du droit des gens écrit une source formelle de valeur nettement inférieure à celle de la coutume.

Il est naturel d'ailleurs que dans les sociétés internationales où les fonctions sociales demeurent souvent indifférenciées, la coutume reprenne, comme dans les sociétés primitives, un champ d'action extrêmement large. Son caractère spontané et intuitif, sa malléabilité, lui permettent de s'adapter aux changements incessants des circonstances sociales. Son existence seule réduit à néant la tentative désespérée de l'école volontariste pour essayer de lui appliquer son idéologie traditionnelle. C'est prendre le contrepied des résultats les plus tangibles de l'observation élémentaire que de vouloir faire de la coutume, née d'actes autonomes isolés, et souvent incoordonnés, une sorte de contrat tacite, et c'est nier le caractère de contrainte des normes juridiques que de considérer qu'un groupe de gouvernants nouveaux peut prétendre à la fois à faire partie d'une société internationale et garder sa liberté d'accepter ou de refuser sa reconnaissance aux normes coutumières.

Enfin, les autres sources formelles de l'ordre juridique inter-étatique sont elles-mêmes tributaires de la source coutumière. C'est souvent dans les traités qu'il faut en chercher l'expression, lorsque les gouvernants qui les élaborent ont conscience de se plier à une nécessité juridique. Il arrive également que les mêmes dispositions conventionnelles soient à la fois sources législatives et sources coutumières, la répétition et l'accumulation des traités particuliers pouvant engendrer une coutume générale, comme la concordance répétée des lois locales peut déterminer dans un Etat fédéral l'apparition d'une norme générale.

C'est sous le bénéfice de ces observations qu'il convient d'examiner le paragraphe 2 de l'article 38 du statut de la Cour relatif à la coutume internationale « comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ».

Ce texte se réfère implicitement aux éléments essentiels de la formation coutumière du droit : répétition concordante d'actes juridiques autonomes accomplis par le sujet de droit ; éléments psychologiques d'acceptation de la règle ainsi dégagée comme étant le droit, sans toutefois que le texte indique assez nettement, selon nous, que cette acceptation est le fait de l'agent lui-même, avant d'être celui de l'opinion commune ; enfin, l'élément de *preuve*, qui est le plus délicat, et qui établit la liaison entre la source coutumière et la source jurisprudentielle.

Mais il y a des réserves à faire sur l'expression « pratique générale ». Elle semblerait indiquer que, dans l'esprit des rédacteurs, il n'y aurait pas, en droit des gens, de coutumes particulières. Pareille

erreur aboutirait à la négation de l'existence même des ordres juridiques interétatiques régionaux ou locaux, au sein de la société oecuménique du droit des gens. Or, il y a autant de corps de coutumes particuliers que d'ordres juridiques internationaux particuliers, c'est-à-dire une infinité, qui se chevauchent les uns les autres et se superposent les uns aux autres, obéissant automatiquement à la règle générale de la hiérarchie des normes. Il en résulte qu'une coutume particulière se trouve *ipso facto* abrogée par une coutume générale, aussi bien d'ailleurs que par une norme conventionnelle d'un ordre juridique plus étendu.

Il faut également rappeler que tout sujet de droit, dans le cadre de sa compétence ou de sa capacité, est agent producteur de coutume, les particuliers aussi bien que les agents et les gouvernants, et que, conformément à ce que nous avons dit plus haut en parlant du droit privé international, la règle coutumière qui naît des rapports privés peut avoir pour effet de modifier la compétence des autorités publiques interétatiques.

Autre observation qu'on a pu également pressentir. La coutume internationale ne naît pas seulement des rapports inter-gouvernementaux, elle naît aussi des *actes unilatéraux* faits par les autorités nationales, pour autant que ceux-ci interviennent dans l'ordre juridique international par application de la loi du dédoublement fonctionnel. La technique est ici la même qu'en ce qui concerne la source législative.

Mais on peut se demander s'il est nécessaire, pour créer une coutume internationale, que les actes unilatéraux des gouvernants nationaux aient eu pour but et pour résultat de produire un effet de droit dans un ordre juridique international, et si les actes juridiques qui n'ont de répercussion que sur l'ordonnancement juridique interne peuvent être cependant générateurs de coutumes internationales. On peut hésiter sur ce point. Mais on a déjà remarqué que dans le milieu intra-étatique la répétition concordante de décisions d'ordre législatif ou coutumier locales pouvait aboutir indirectement à l'élaboration d'une norme coutumière étatique ; de même, que la concordance des décisions jurisprudentielles pouvait aboutir à l'établissement d'une source jurisprudentielle de fait. Nous pensons qu'il en est de même, d'une part, dans les rapports entre les ordres juridiques étatiques et les ordres juridiques interétatiques, et, d'autre part, entre les ordres juridiques interétatiques superposés les uns aux autres. Le monisme juridique, en effet, professe qu'il ne peut pas y avoir de cloison étanche entre les divers ordres juridiques, et que l'imbrication et la superposition des phénomènes de solidarité intersociaux aboutit à des répercussions automatiques des divers ordres juridiques les uns sur les autres. Pour mieux dire, il n'existe qu'un ordre juridique commun qui est l'ordre juridique oecuménique du droit des gens. Et de même que ses normes essentielles conditionnent celles de tous les autres ordres juridiques sous-

jacents, interétatiques ou étatiques, de même, la formation des normes juridiques autonomes dans les ordres juridiques sous-jacents aboutit, par leur concordance et leur répétition, à la formation de normes générales dans l'ordre juridique œcuménique. La formation de la règle de droit peut aller de la base au sommet, comme du sommet à la base.

C'est sur cette base qu'il faut résoudre, selon nous, le problème, d'ailleurs difficile, de l'existence d'une troisième source formelle de droit des gens, source qui n'existerait point dans les ordres juridiques subordonnés, et que le statut de la C. P. J. I., dans son article 38, appelle « les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées ».

*
* *

La majorité des auteurs, et des plus considérables, est en effet d'accord pour reconnaître cette troisième source de droit des gens, distincte de la coutume comme du droit conventionnel, et pour déclarer que la Cour ne peut l'appliquer que subsidiairement, c'est-à-dire à défaut d'une règle coutumière ou conventionnelle.

Nous ne pouvons nous rallier ni à l'une, ni à l'autre de ces conclusions.

Rappelons qu'une source formelle de droit c'est la captation de la règle de droit objective par un agent compétent pour dire le droit positif. Or, de deux choses l'une : ou les règles générales du droit qui ne sont pas des règles conventionnelles seront constatées originairement par les agents coutumiers ou législatifs étatiques, ou bien elles le seront par le juge international. Dans cette deuxième hypothèse, elles rentreront dans la source jurisprudentielle, elles seront l'œuvre du juge jugeant en équité ; dans la première hypothèse, elles resteront règles législatives ou de droit interne. C'est du moins ce que doivent admettre les tenants de l'école dualiste.

C'est en effet à ce dernier parti que s'est rangé le comité de juristes chargé d'élaborer le statut de la C. P. J. I. Les principes généraux seraient des principes généraux du droit et non pas du droit *international*, et ce seraient originairement des règles de droit interne qu'il faut aller chercher dans les ordres juridiques étatiques, notamment dans le droit étatique codifié. Elles se trouvent communes aux codes de tous les États ou du moins à la grande majorité d'entre eux. Ces principes s'imposeraient à la conscience des peuples civilisés, et deviendraient ainsi des règles de droit international¹⁸.

Mais comment s'opère le passage des ordres juridiques internes à l'ordre juridique international ? La réponse n'est pas facile.

Pour les positivistes, tenants de l'école dualiste, le problème est particulièrement ardu. M. Anzilotti, notamment, exige une « réception » expresse dans l'ordre juridique international ; à défaut, les principes généraux ne s'appliqueraient pas. Il a fallu, selon lui, que

le statut de la Cour opère la réception en termes exprès, pour qu'il lui soit loisible de fonder son jugement sur une de ces normes générales. A défaut d'un accord exprès entre Etats litigants, un autre tribunal international, par exemple un tribunal d'arbitrage, n'aurait pas la même latitude.

Malheureusement, ces déductions strictement logiques, si l'on se place du point de vue dualiste, sont contredites par les faits : les principes ont toujours été appliqués par la jurisprudence internationale, sans que le scrupule leur soit venu d'exiger une réception. Il ne semble pas non plus que les juristes de La Haye aient eu l'intention d'édicter une règle de droit positif spéciale à la communauté particulière que compose la S. D. N.

Les juristes de l'école du droit naturel ont plus facilement résolu la difficulté. Il leur a suffi de voir là quelques-unes des règles de « l'irréductible droit naturel » dont parle Gény¹⁹. Malheureusement, il leur est extrêmement difficile de préciser quels peuvent être ces principes et de faire la distinction entre ceux qui ressortissent au droit naturel, source commune de tous les ordres juridiques étatiques ou internationaux, et quels sont ceux qui peuvent être considérés comme appartenant spécifiquement à l'ordre juridique international²⁰.

Pour nous, la notion de droit naturel nous semble insuffisamment précise et, surtout, incompatible avec la conception réaliste du droit qui nous fait voir en lui une science expérimentale, et non pas une idéologie, si élevée soit-elle, dictée par la conscience ou édictée par la raison. Le droit objectif n'est pas un idéal, c'est un ensemble de lois causales.

Il nous semble donc qu'un adepte de la doctrine moniste ne peut voir dans les principes généraux de l'article 38 qu'un phénomène d'élaboration coutumière du droit des gens.

Le fait que ces principes sont communs à un grand nombre de systèmes juridiques codifiés, permet, en effet, de supposer qu'il s'agit là de règles nécessaires à la vie de toute société politique. Des procédés d'investigation et d'expérimentation juridiques permettraient de le prouver assez aisément. C'est ainsi, par exemple, que la règle *pacta sunt servanda* est seule capable de procurer le sentiment de sécurité sans lequel la solidarité sociale risque de s'évanouir. Mais il faut à propos de chacun de ces principes faire la même démonstration. Il ne suffit pas de pré-supposer l'existence d'un principe immanent, qui vaudrait dans tous les temps et dans tous les lieux. Il nous paraît conforme à la réalité des choses de voir dans la concordance des principes d'un grand nombre de législations un phénomène de coutume, parce que nous y trouvons en effet les éléments de la coutume : l'autonomie de l'acte-règle ; sa répétition concordante ; sa double acceptation, dans chaque ordre juridique d'abord, dans l'opinion commune ensuite. Dès lors, quand le juge se trouve en présence d'un rapport juridique de l'ordre international,

il a la même compétence que celle qui lui est dévolue à l'égard de la coutume : rechercher la preuve et constater « une pratique générale acceptée comme étant de droit ». Cette formule nous paraît synonyme de l'autre « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », car cette « reconnaissance » ressort précisément de la pratique qu'elles en ont. Dès lors le juge international doit appliquer ces principes *de plano*, au même titre que la coutume et le droit conventionnel. Nous sommes même d'accord avec la majorité des juristes pour penser que ces principes s'imposent même à des Etats qui ne les ont pas expressément acceptés, même à des collectivités dans le droit positif desquelles on ne les trouve pas.

Il convient d'ajouter pourtant qu'il existe une nuance entre les deux catégories de règles mentionnées aux paragraphes 2 et 3 de notre texte. Elle provient du fait que la coutume dont il est question au paragraphe 2, c'est toute coutume, « générale ou spéciale », tandis qu'au paragraphe 3, c'est de la seule coutume *générale* qu'il s'agit, et non des coutumes spéciales. Cela a une grosse importance pratique du point de vue de la valeur hiérarchique des normes, car les principes généraux se trouveront ainsi appelés à primer dans l'application soit les coutumes particulières, soit les règles conventionnelles qui se trouveraient en contrariété avec eux. Le juge sera tenu d'appliquer ces principes généraux, de préférence et par ordre d'exclusivité. Ce dernier point va nettement à l'encontre de la doctrine généralement reçue.

On objectera sans doute que nos conclusions ne cadrent pas avec le droit positif qu'ont voulu instaurer les rédacteurs du statut. Cela est certain, mais il ne s'ensuit pas que cette constatation infirme notre façon de voir.

Les juristes de La Haye ont cru qu'il existait une troisième source formelle de droit, mais ils n'ont pas pu faire qu'elle existât en réalité. Ils n'ont pas en particulier démontré, ni cherché à démontrer, qu'il existât pour capter et formuler cette source un agent distinct législatif ou coutumier. Or, nous avons constaté qu'en ce qui concerne la coutume, la loi ou la jurisprudence, il existe une différenciation de fonctions. Elle ne se retrouve pas en ce qui concerne la troisième source et c'est au moins une prévention contre son existence. La solution que nous préconisons nous paraît être, autant que celle que nous rejetons, conciliable avec le droit positif lui-même, car tout ce que commande l'article 38 c'est d'appliquer ces règles de droit et nous sommes d'accord qu'elles doivent l'être.

Une divergence paraît pourtant irréductible. Elle porte sur le caractère subsidiaire d'application que l'on attribue aux règles générales du droit. Le caractère subsidiaire de la coutume, par rapport à la loi, n'existe que lorsque le droit positif adopte cette règle comme conséquence de la codification. Dans l'ordre juridique international où la coutume a conservé son rôle prédominant, nous avons vu renaître le principe de l'égale valeur des sources positives sous la

seule réserve de la hiérarchie des normes. Or, nous venons de voir que les principes généraux constituent au premier chef des normes générales et qui doivent prévaloir, nous l'avons dit, sur les règles particulières à tel ou tel ordre juridique interétatique subordonné. Sur ce point, nous serions en effet en contradiction avec le droit positif tel que le conçoit le statut de la Cour, monument de droit conventionnel, si ses rédacteurs n'avaient finalement supprimé du texte la mention « en ordre successif » qui ordonnait aux juges d'appliquer par ordre d'exclusivité chacune des trois sources du droit. Cette suppression détruit-elle l'argument rédactionnel que l'on peut tirer de l'ordre des paragraphes ? A vrai dire, peu nous importe : cela ne pourrait ébranler notre conception technique de l'utilisation des sources.

*
* *

Reste la dernière source formelle de droit, la jurisprudence à laquelle l'article 38 refuse sa reconnaissance.

Le droit positif de la S. D. N. nous paraît cette fois assez loin de la technique scientifique du droit. Cela s'explique plus aisément encore que dans le cas précédent. Le paragraphe 4 de l'article 38 a été dicté non pas par des considérations tirées de la nature intrinsèque de la fonction juridictionnelle, mais par des scrupules d'opportunité politique. On s'est préoccupé beaucoup moins de la logique interne des institutions sociales interétatiques que de ce que les gouvernements étaient disposés à accepter.

D'après le texte, les décisions judiciaires sont mises sur le même pied que les doctrines des publicistes les plus qualifiés, ce qui méconnaît le fait que les jurisconsultes n'ont aucune compétence officielle pour rechercher et formuler la règle de droit, tandis que le juge est constitutionnellement revêtu de cette compétence, qui est même une compétence liée. L'assimilation de la doctrine et de la jurisprudence est donc vicieuse, du point de vue de la technique juridique, puisqu'elle refuse aux juges un des attributs essentiels de la fonction juridictionnelle et empêche celle-ci de jouer son rôle de régulateur et de stabilisateur de l'ordonnement juridique. Le texte ne voit dans les précédents, comme dans la doctrine, qu'un moyen *auxiliaire* de détermination des règles de droit. Il s'agit bien cette fois du rôle d'appoint ou d'adjuvant dans l'interprétation auquel certains juristes, soucieux de souveraineté, auraient voulu réduire également les « principes généraux ». La Cour ne saurait, en tout cas, baser un arrêt sur les précédents juridictionnels uniquement, tandis qu'elle le peut faire en ce qui concerne les principes.

L'article rappelle la disposition de l'article 59 du statut, disposition elle-même fort discutable, car tout acte juridictionnel n'a pas nécessairement une portée relative. Il y a des décisions juridictionnelles de nature objective aussi bien dans l'ordre juridique interna-

tional que dans l'ordre juridique interne. Elles valent *erga omnes*, c'est-à-dire pour tous les sujets de droit de la communauté internationale dans laquelle fonctionne la juridiction. La difficulté est de savoir quelle est la texture de la collectivité interétatique ou l'étendue de l'ordre juridique au sein duquel fonctionne l'organe juridictionnel. Il faudrait rappeler ici l'évolution qui s'est produite en matière d'intervention et de mise en cause devant les tribunaux internationaux et la C. P. J. I. et qui tend à grouper, en qualité de parties à l'instance juridictionnelle, les gouvernements de toutes les collectivités intéressées à la solution du litige. C'est là précisément un effort en vue de permettre l'exercice de la juridiction objective. Or, il n'est pas douteux que le rappel de l'article 59 du statut de la Cour est nettement en sens contraire de cette évolution, qu'il tend à présenter comme absolu le principe de la relativité de la chose jugée et, par conséquent, coïncide avec la volonté des auteurs du statut d'écarter, en droit international positif, le *judge made law*.

Or, si le juge international n'est pas tenu par les décisions jurisprudentielles antérieures, pas plus que ne l'est, dans le système français le juge national, cela ne signifie pas, nous l'avons vu, que la jurisprudence ne soit pas une source de droit positif. Il nous paraît plus difficile encore de méconnaître l'influence de la jurisprudence sur le développement du droit dans l'ordre juridique interétatique que dans l'ordre juridique interne. A vrai dire, l'article 38 du statut n'interdit pas à la Cour de recourir aux précédents, mais seulement de baser sa sentence exclusivement sur ces précédents. Peut-être, pratiquement, cette interdiction n'est-elle pas de nature à restreindre beaucoup la liberté du juge, ni, heureusement, à l'entraîner au déni de justice sous le couvert du *non liquet*. Il sera rare que la Cour, si elle trouve dans des arrêts antérieurs les éléments essentiels de sa conviction, n'y découvre pas également la mention d'un principe coutumier, sous la forme tout au moins d'un principe général de droit, lui permettant de respecter dans sa lettre la prescription du paragraphe 4, sans pourtant renoncer à la continuité de sa jurisprudence.

Ce qui nous paraît plus défectueux peut-être que le refus de laisser aux précédents juridictionnels le rôle de source formelle du droit, c'est l'assimilation implicite que comporte la rédaction du paragraphe 4, entre l'utilisation des précédents ou de la doctrine et le jugement d'équité au sens étroit. Lorsqu'il invoque un précédent, le juge se borne à accepter comme étant en vigueur une règle de droit déjà découverte et appliquée dans un cas d'espèce analogue par une autre juridiction ou par celle dont il fait partie. Il ne se livre pas lui-même, au moins à titre principal, à la recherche et à la formulation de cette règle de droit. Il l'accepte comme déjà exprimée, comme il l'accepterait du législateur ou de la formation coutumière ; au maximum, il se borne à en vérifier la validité. Au contraire, lorsqu'il statue *ex aequo et bono*, il se comporte comme agent normatif principal, il agit en législateur, sous cette réserve que

sa compétence ne va pas, du moins dans le système français, jusqu'à pouvoir imposer son interprétation du droit objectif aux juges qui pourront ultérieurement se trouver en présence d'espèces postulant l'application de la même règle.

On s'explique aisément pourquoi le statut de la Cour a voulu restreindre ainsi le rôle du juge au delà de ce que font les législations continentales elles-mêmes dans les limites étroites du fameux « syllogisme légal ». La raison majeure de cette amputation nous est révélée par l'attitude des juristes anglo-saxons qui ont participé à l'élaboration du statut. Il semblera paradoxal, en effet, que les représentants des systèmes juridiques où règne le *judge made law* soient ceux qui ont le plus sévèrement combattu son extension dans le domaine des relations interétatiques. C'est qu'ils étaient parmi ceux qui redoutent le plus de voir la fonction juridictionnelle limiter le « domaine réservé » à la compétence discrétionnaire des gouvernants. La raison d'être de la disposition est donc nettement d'ordre politique, on serait tenté de dire exclusivement.

Ce sacrifice juridique est-il entièrement voulu et conscient ? Il se peut qu'il soit voilé aux yeux de beaucoup de juristes par l'idéologie de l'Etat. C'est que l'Etat est considéré comme une personne juridique, un sujet de droit, mais exceptionnel, doté d'une compétence arbitraire et qui échappe plus ou moins à la contrainte juridique, qu'il peut paraître impossible de le plier aux précédents et de l'incliner devant l'équité du juge. Si au contraire on parvient à éliminer cette idéologie de personnalité collective, ne fût-ce que pour un « instant de raison » ; si l'on consent à envisager une société internationale comme un groupement d'individus investis de compétences spécialisées, et les gouvernants de cette société non pas comme les incarnations métaphysiques des collectivités de base auxquelles ils appartiennent, mais comme des sujets de droit individuels dotés de compétences internationales, on n'éprouvera plus la même difficulté à confier au juge le rôle qui lui appartient normalement, de se prononcer en tout cas sur la régularité des situations juridiques contestées et des actes juridiques qui leur ont donné naissance. On lui permettra de suppléer au besoin aux déficiences du législateur, ou aux incertitudes de la coutume.

Il est à remarquer, en effet, que la même répugnance à laisser au juge l'intégralité de son rôle, y compris la mission de capter le droit à ses sources, se rencontre à un bien moindre degré lorsqu'il s'agit d'arbitrage que lorsqu'il s'agit de juridiction. C'est qu'en pratique, malgré l'effort exceptionnel fait à La Haye, en 1899 et en 1907, pour transformer l'arbitrage diplomatique en arbitrage juridictionnel, ce mode judiciaire de trancher les conflits est demeuré fortement imprégné de pratiques politiques. Les plaideurs choisissent leurs juges et délimitent leur compétence. C'est en connaissance de cause, au moindre risque, qu'ils leur confèrent, le cas échéant, le pouvoir de baser leurs sentences sur la jurisprudence et sur l'équité.

La sentence arbitrale pourra donc souvent puiser à toutes les sources formelles du droit. Mais lorsque s'établit la juridiction institutionnelle permanente, élue, donnant plus de garanties d'impartialité et de savoir, plus apte surtout à fonder elle-même une jurisprudence, et qui semblerait, *a priori*, devoir être dotée d'une compétence plus étendue que la juridiction arbitrale, on s'aperçoit que c'est le contraire qui se produit, parce que les gouvernements, en 1920 comme en 1899 et 1907, redoutent les progrès de la puissance morale du juge, concurrente de leur propre puissance matérielle. C'est le conflit du droit et de l'arbitraire. Il n'y a là rien de nouveau, car, dans l'ordre juridique étatique, gouvernants et agents ont résisté obstinément à l'emprise progressive du contrôle juridictionnel de légalité. Il y résistent encore malgré la disparition presque totale de l'acte de gouvernement et de l'immunité de juridiction des administrateurs. L'ordre juridique étatique triomphera quelque jour de cette résistance, mais elle ne sera vaincue sans doute que plus tardivement, dans les sociétés interétatiques, par l'ordre juridique international. On ne saurait en tout cas accepter de considérer l'état actuel du droit positif comme l'expression parfaite du droit. Ce n'est que par une discrimination soigneuse de ce qui est technique juridique correcte d'une part, et, de l'autre, obstacle politique à l'efficacité de cette technique, que l'on peut faire œuvre scientifique.

La jurisprudence devrait dans les sociétés internationales comme dans les sociétés primitives indifférenciées, remplir son rôle de source de droit positif subsidiaire. Comme en Israël, il serait infiniment précieux que les juges fussent rois. Ce sont les rois qui s'y opposent : ils veulent rester juges. La source jurisprudentielle se trouve ainsi n'être qu'un mince filet d'eau, précisément sur le terrain social où la sécheresse juridique est le plus redoutable. Il reste que, malgré les équivoques de l'article 38 du statut de la C. P. J. I., existent dans l'ordre juridique interétatique, comme dans tout autre ordre juridique les trois sources formelles de droit : la loi conventionnelle, la coutume spéciale et générale qui comprend les principes généraux, et la jurisprudence, que la politique anémie.

¹ Cet article a été écrit après une nouvelle lecture de l'admirable *Méthode d'interprétation* (1^{re} édition).

² Ce qui différencie le droit des autres contraintes sociales, notamment des contraintes morales et religieuses, c'est que c'est la règle de droit elle-même qui se qualifie de telle, trace la limite entre elle et ses voisines par la disposition qu'elle a de la contrainte matérielle. V. sur ce point, notre *Précis de droit des gens. Principes et systématique*.

³ Gény l'a montré dans le troisième chapitre de la seconde partie de sa *Méthode d'interprétation* consacrée à la libre recherche scientifique de la norme de droit en cas de déficience des sources formelles.

⁴ Il ne s'agit pas d'un élément méta-juridique comme le prétendent

les positivistes, puisque le juriste doit dégager l'essence de la norme et que celle-ci ne peut être d'une autre nature que le fond causal dont elle vient

⁵ C'est pourquoi il ne faut employer qu'avec réserve le mot intersocial comme synonyme du mot international. Nous l'avons fait nous-mêmes, peut-être imprudemment à la suite de Duguit. Mais il faut bien comprendre que milieu social par opposition à intersocial ne signifie rien, tout milieu social étant de nos jours intersocial.

⁶ V. GURVITCH, *L'idée du droit social*, Paris, Sirey, 1931.

⁷ V. notre *Précis*, fascicule I, pp. 31 et s. ; 187 et s.

⁸ V. notre *Précis*, Principes et systématique.

⁹ Relatif à l'autorité relative de la chose jugée.

¹⁰ Comp. art. 13 du Pacte de la S. d. N. et 36 du Statut de la Cour.

¹¹ V. pour l'insuffisance de cette disposition notre *Précis*, 2^e fascicule, pp. 402 et s.

¹² C'est la signification juridique de la règle que les traités n'ont, en principe, de valeur obligatoire qu'entre les signataires.

¹³ Le principe posé à l'article 1142 du Code civil n'est pas particulier au droit français, ni aux disciplines du droit privé. C'est une règle dont le fondement est dans la « nature des choses ».

¹⁴ Prenons l'exemple d'un traité de commerce, les stipulations qu'il contient ne peuvent être considérées comme créant pour les Etats dits contractants des obligations de faire que si l'on cède à un assez grossier anthropomorphisme. Le traité se borne à déterminer dans l'ordre juridique interétatique de deux collectivités les compétences d'un certain nombre de particuliers : commerçants, banquiers, transporteurs, etc. Ces règles de compétence une fois posées doivent être respectées par les administrateurs et les tribunaux de chacun des deux pays qui ne sauraient les méconnaître et par les législateurs qui ne peuvent les contredire. La compétence des agents et gouvernants se trouve ainsi modifiée *ipso facto*. Tels sont les effets automatiques du traité législatif et réglementaire. Il est inutile d'imaginer une situation contractuelle entre ces personnes fictives qui s'appellent les Etats.

¹⁵ Par exemple, en Suisse, en tant que le referendum s'applique à certains traités.

¹⁶ V. notre *Précis de Droit des gens*, 2^e fascicule, pp. 493 et s., et notre livre *L'organisation internationale du travail*, 2^e partie, chap. V.

¹⁷ Auquel le Canada, par exemple, a refusé de s'associer.

¹⁸ V. le rapport de M. Verdross à l'Institut de droit international, vingt et unième Commission. V^o 37 de l'*Annuaire*, 1932, p. 283.

¹⁹ V. Ch. DE VISSCHER, *Contribution à l'étude des sources du droit international* (*Rev. de dr. int. et législ. comp.*, 1933, pp. 395 et s.).

²⁰ V. les observations du professeur Kusters sur le rapport du professeur Verdross à l'Institut de droit international, session d'Oslo, V^o 37, pp. 301 et s.

TITRE IX

SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Sous ce titre nous n'avons qu'une seule contribution à placer, et encore, ne traite-t-elle pas principalement du droit international privé, au sens spécifique du mot : c'est-à-dire des moyens employés pour résoudre les conflits qui s'élèvent entre les droits des diverses nations dont se compose la communauté internationale.

Elle vise surtout une excroissance — ou une imitation — du droit international privé, qui consiste à utiliser les méthodes et les principes du droit international privé pour résoudre les conflits qui, à l'intérieur d'une même nation, surgissent entre les législations locales qui y sont concurremment en vigueur.

C'est là une discipline qui, en réalité, a ses buts et son tempérament propres, et une discipline de caractère exclusivement national. Elle ne se rencontre que dans deux catégories d'Etats :

1° Ceux qui vivent sous un régime fédératif : Etats-Unis d'Amérique, dominions Canadien, Australien, Sud-Africain, républiques de l'Amérique du Sud ayant suivi dans leurs constitutions le modèle fédéraliste de la constitution des Etats-Unis, en Europe la Suisse — où cette discipline a eu plus d'importance que le pur droit international privé avant la mise en vigueur du Code fédéral des obligations, et surtout du Code civil fédéral ;

2° Les Etats unitaires qui ne sont pas encore parvenus à consolider leur unité politique par l'unité du droit privé. Tels les Etats qui ont été reconstitués ou notablement agrandis par les traités clôturant la guerre mondiale, par exemple la Pologne qui, au lendemain de sa reconstitution, s'est préoccupée d'abord d'émettre une loi, destinée à régler les conflits entre législations en vigueur dans ses diverses provinces, en attendant que la promulgation de codes nationaux puisse empêcher ces conflits de surgir.

Pour quiconque veut bien ouvrir les yeux à la perception de cette réalité que les Etats fédératifs, du type de celui auquel appartient M. Lorenzen, ont cessé depuis longtemps d'être de simples groupements d'Etats associés, pour devenir de « véritables nations », il est évident qu'il s'agit là d'un droit interprovincial ou inter-régional, et non du droit international privé authentique.

Mais c'est un rameau du droit national qui cherche à se glisser

dans le cadre traditionnel du droit international privé, qui travaille, et a pour l'instant réussi, à se fondre dans son mouvement général, mais qui, présentant dans le milieu national où il se développe une utilité pratique, et par conséquent une puissance d'action fort supérieures à celles du vrai droit international privé, détourne inévitablement ce dernier, par son influence, des aspirations à l'établissement de l'ordre et de la paix juridiques dans la communauté internationale, pour l'entraîner dans des directions particulières de politique juridique nationale.

Malgré sa nature principale d'étude de droit national ou fédéral, la contribution du professeur Lorenzen n'en présente pas moins un grand intérêt du point de vue du droit international privé proprement dit. Elle projette sur lui d'une maison voisine — ou annexe — un faisceau de lumière qui fait ressortir les deux principaux écueils sur lesquels se brisent — et se briseront sans doute encore longtemps — les efforts faits pour mettre le droit international privé en mesure de justifier la présence du mot *international* dans son enseigne traditionnelle, et d'atteindre ses véritables fins, en se pénétrant d'un esprit d'uniformité internationale.

Dans tous les pays — et ils sont encore nombreux — où l'on soude ensemble, sous l'étiquette commune de droit international privé, deux disciplines poursuivant des buts divergents, et où l'on cherche à poser des règles communes pour la solution des conflits de lois internes et celle des conflits de lois internationaux, il est inévitable qu'on se préoccupe principalement, dans l'établissement et l'application de ces règles, de ce qui constitue le *id quod plerumque fit* : le conflit entre lois nationales, et que l'expression donnée aux règles, dites de droit international privé, par les autorités judiciaires et doctrinales nationales soit orientée avant tout vers la satisfaction d'intérêts nationaux ou fédéraux. A raison de la trop grande inégalité des forces d'action locale des deux disciplines, artificiellement accolées, ce sera toujours le pseudo-droit international privé qui dominera la marche du pur droit international privé et l'entraînera dans ses directions propres : des directions nécessairement variables d'un pays à l'autre.

Nous mettons ainsi le doigt sur la plus grave des causes qui contribueront à maintenir longtemps le régime — certainement peu recommandable — auquel doit se plier la masse principale du droit international privé, c'est-à-dire tous ceux de ses éléments, qui ne se sont point encore cristallisés en des règles conventionnelles consacrées par des protocoles ayant reçu l'adhésion de l'unanimité ou la grande majorité des peuples civilisés.

Le droit international privé, en sa forme générale actuelle, part d'un postulat évidemment incompatible avec toute possibilité d'édification d'un droit réellement *international* dans son esprit et ses applications. Ce postulat c'est l'affirmation que chacune des législations nationales doit rester libre de déterminer souverainement.

en l'absence d'engagement international contraire, — d'après ses conceptions propres de la justice et de l'opportunité — quand et dans quelle mesure elle accordera application sur son territoire aux lois étrangères.

Cette conception nationaliste du règlement des conflits entre lois nationales a peut-être été développée avec plus de clarté et de vigueur que partout ailleurs dans l'un des derniers et meilleurs manuels français sur la matière : les *Principes de droit international privé* d'Etienne Bartin. Mais elle se retrouve à la base de toutes les jurisprudences nationales. C'est ce qui a amené l'*Académie de Droit International* de La Haye à comprendre, depuis quelques années, dans la série de ses cours de vacances, des enseignements consacrés à l'exposition des vues du droit international privé particulières à tel ou tel pays, montrant par là que le droit international privé, — étant conçu, par ce droit vivant qu'est la pratique judiciaire, comme un chapitre du droit national — prend nécessairement de ce chef autant de physionomies distinctes qu'il y a de nationalités, ou même de territoires autonomes de droit distincts.

Cette conception nationaliste du droit international privé a abouti à des résultats tels que celui-ci. Pour la détermination, par exemple de la loi appelée en tous lieux à régir la condition familiale et la capacité de chaque personne, les juristes des pays de *common law* s'attachent aussi obstinément à la loi du lieu où cette personne est domiciliée que les juristes de la majorité des pays de *droit civil* à la loi de sa nationalité. La discipline du droit international privé arrive ainsi trop souvent à faire dégénérer les conflits entre dispositions de droit interne des diverses législations nationales en conflits entre leurs dispositions de droit international privé.

Le passage du stade actuel des réglementations nationales du conflit de lois à l'internationalisation de la doctrine du droit international privé exigera, même dans les rapports entre peuples arrivés à l'unification de leur droit intérieur, l'acceptation de limitations à l'égoïsme de leurs souverainetés nationales plus étendues que celles auxquelles ils se sont résignés jusqu'ici, mais qui, cependant, ne seraient certes point intolérables.

L'inclination effective devant des règlements du conflit de lois, établis par une entente internationale — qu'elle soit l'œuvre de la science ou de la diplomatie, — serait autrement difficile pour les pays, — comme les Etats-Unis et bien d'autres — où les règles dites de droit international privé ont pour fonction de régler les conflits s'élevant entre les législations qui se partagent géographiquement la direction de la vie juridique de la nation, aussi bien — et même plus fréquemment, — que de résoudre les conflits entre ces législations internes et les législations des autres nations. Il semble bien que la condition indispensable d'une participation de ces pays à l'établissement d'un droit international, de nature internationale, soit la dissociation dans leur littérature juridique entre deux disci-

plines, confondues sous le même nom, dont l'une doit se pénétrer d'un esprit international pour réaliser ses aspirations, et l'autre se rendrait impuissante à atteindre ses propres buts, si elle se laissait entraîner par le même souffle d'universalisme.

La contribution, qui forme le chapitre unique de ce titre, attire également notre attention sur un autre obstacle, — encore plus difficile à surmonter — que le droit international privé — aussi bien sous la forme évoluée de droit conventionnel que sous la forme de produit doctrinal — aura à vaincre pour établir, dans les réalités du droit vivant, l'uniformité internationale du règlement des conflits de loi.

Que l'adoption d'une législation uniforme ou de textes uniformes soit impuissante à assurer pleinement l'application uniforme du droit, tant qu'elle n'est point complétée par des mesures prises pour imposer aux juridictions des divers Etats une interprétation uniforme de ces textes, et qu'il n'y ait point d'autre moyen efficace de la leur imposer que l'intervention d'une juridiction supérieure pour mettre fin à leurs divergences d'interprétation, c'est ce qu'ont appris aux juristes américains les expériences poursuivies depuis environ un demi-siècle par leur Commission d'uniformité des lois d'Etats, et en particulier l'histoire de celui des actes uniformes dont ils sont le plus légitimement fiers, parce qu'il s'est finalement imposé à l'adoption par tous les Etats de l'Union Nord-américaine : *l'Uniform Negotiable Instruments Acts*.

La démonstration partielle de ce qu'on peut attendre — et surtout la démonstration qu'il ne faut pas trop attendre — de l'intervention d'une juridiction supra-étatique, pour mettre l'harmonie entre les jurisprudences d'Etats, a été faite aux Etats-Unis précisément sur le terrain du droit international privé — du droit international privé interne. Elle a été rendue possible à la Cour suprême des Etats-Unis par les facilités que lui offrait, pour placer ses vues du conflit de lois sous l'autorité de la constitution, la prononciation de ces quatre mots magiques *due process of law*, qui ont causé tant de trouble à nos traducteurs dans leur obstination à les traduire.

Que le long et patient travail de cette Cour régulatrice n'ait donné que les résultats limités que décrit M. Lorenzen, qu'elle ne soit pas parvenue à établir aux Etats-Unis une réglementation uniforme même des seuls conflits de lois intérieurs, quelle illustration cela n'apporte-t-il pas de ce que valent, de ce que peuvent les sources actuelles du droit international privé ? Quelle illumination cela ne projette-t-il pas sur les causes intimes — les causes congénitales — de l'impuissance de cette discipline à atteindre pleinement ses fins !

Pour donner plus de précision à ses vues, le savant professeur de Yale University a dû entrer dans l'étude de quelques problèmes spécifiquement américains, qui demandent, pour leur définition et leur analyse, le recours à un ensemble de termes techniques de la procédure civile américaine, dont la portée exacte serait difficile à

faire saisir à ceux des lecteurs de ce Recueil qui appartiennent aux pays de *droit civil*.

Le vocabulaire de la procédure — cette servante du « droit substantiel », si peu accueillante pour les gens du dehors qu'est l'*adjective law* des Anglo-saxons — est en quelque sorte la gangue épineuse qui défend la moelle d'un système juridique contre les curiosités des juristes étrangers aussi bien que des laïques, et leur rend plus malaisé d'en pénétrer la substance. Une expérience acquise dans la mise en train du *Recueil International de la Jurisprudence du Travail* nous avait déjà appris que la première précaution à prendre, pour rendre le contenu essentiel et l'esprit de décisions judiciaires accessibles à la compréhension des lecteurs étrangers aux pays où elles ont été rendues, consiste à éliminer des « motivations d'arrêts » ou des « opinions des juges » les indications d'ordre purement procédural.

Nous avons cru prudent de recourir aux mêmes mesures, en publiant la traduction française de l'étude de M. Lorenzen, pour mieux assurer la claire et rapide compréhension de ses vues essentielles par la majorité de ses lecteurs : les lecteurs du texte français. Nous avons pratiqué quelques coupures dans la version française, d'accord avec la traductrice qui eût été souvent embarrassée — comme nous-même — pour rendre en termes, à la fois compréhensibles et exacts, certains mots de la langue procédurale anglo-américaine.

Mais on trouvera ici le texte intégral de l'original anglais, qui permettra de suivre, dans tous leurs détails et toutes leurs nuances, les vues de l'auteur — ou celles qu'il avait à l'époque où son étude a été écrite.

Car, depuis ce moment, M. Lorenzen m'avait demandé de la lui retourner, pour y faire quelques retouches de fond. Son désir était d'autant plus naturel que des éléments nouveaux avaient, entre temps, été introduits dans la documentation de son sujet, par le *Restatement* d'ensemble des principes du droit international privé américain, entrepris sur l'initiative de l'*American Law Institute*, et par les études critiques, que les conclusions du comité de *Restatement* ont inspirées à de nombreux spécialistes américains, et aussi à d'autres juristes de *common law*, comme notre très cher ami John D. Falconbridge, dans *University Pennsylvania Law Review*, avril et mai 1933.

Je m'excuse près de M. Lorenzen que le souci de faire aboutir une publication, déjà trop lente à paraître, ne m'ait pas permis de lui donner satisfaction. Et je rappelle, tout spécialement que sa contribution — comme toutes les autres d'ailleurs, sauf trois ou quatre, — date de deux ans ou deux ans et demi.

CHAPITRE UNIQUE

**The federal Constitution
of the United States of America
as a Source of Private International Law**

par E. LORENZEN,
Professor of Law Yale University

The problems of Private International Law in the United States arise out of a legal system more complex than any legal system in Europe. Regarding the power to legislative, we have federal legislation by the Congress of the United States, based upon delegated power by the states to the federal government, and state legislation by forty-eight states. The Supreme Court of the United States has the power of determining whether the federal or state legislation is constitutional. There exist also side by side two sets of courts, the federal courts and the state courts. The jurisdiction of the federal courts is defined in the Constitution of the United States, whereas the

**La Constitution fédérale des Etats-Unis d'Amérique
comme source de droit international privé**

par E. LORENZEN
Professeur à Yale University
Traduit par Jenny ARON-MENGERSSEN,
Licenciée en droit, Docteur ès Lettres

Le droit international privé soulève des problèmes plus ardues aux Etats-Unis qu'en Europe parce que le système juridique américain est plus complexe qu'aucun système juridique européen. En ce qui concerne le pouvoir législatif, il y a d'un côté la législation fédérale du Congrès des Etats-Unis, qui agit par délégation de pouvoir accordée par les Etats au gouvernement fédéral, de l'autre la législation des quarante-huit Etats. La Cour suprême des Etats-Unis est compétente pour juger de la constitutionnalité, soit des lois fédérales, soit des lois des Etats. Il y a également côte à côte deux espèces de cours, les cours fédérales et les cours des Etats. La juridiction des cours et tribunaux fédéraux est déterminée par la constitution des Etats-Unis, alors que la juridiction des tribunaux locaux est réglée par les constitutions et les lois en vigueur dans les différents Etats.

jurisdiction of the state courts depends upon the constitutions and legislations of the different states. Federal legislation may come both before a federal or a state court. If suit based upon such legislation is brought in a state court, such court must apply the doctrines relating thereto laid down by the Supreme Court of the United States. Only so far as the Supreme Court holds that a particular matter relates to "procedure", instead of the "substantive" rights of the parties, may local rules be applied. When a suit is brought before a federal court which has jurisdiction in the matter, it can never be removed to a state court. On the other hand, where suit is first brought before a state court, it may frequently be removed to a federal court. The federal courts do not always apply the law of the state in which they sit, nor the law of another state, for in matters of commercial law or general jurisprudence, they follow their own doctrines, which are determined ultimately by the Supreme Court of the United States¹.

In considering the subject of Private International Law in the United States, it is necessary at the outset to exclude from consideration matters relating to the duty of state courts to enforce federal legislation, or to the power of removal of cases from the state courts to the federal courts, and the question what matters are deemed by the federal courts to be matters of commercial law or of general jurisprudence, as contrasted with "local" law, as regards which the law of the state in question will be enforced. Both categories of problems have given rise to an infinite number of

L'interprétation des lois fédérales peut être portée aussi bien devant un tribunal fédéral que devant un tribunal local.

Lorsque un procès, basé sur la législation fédérale, est intenté devant un tribunal d'Etat, celui-ci doit appliquer les règles consacrées par la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis. Seulement dans la mesure où la Cour suprême considère qu'il s'agit d'une question de procédure, et non d'un droit « substantiel » des parties, des règles locales peuvent être appliquées. Lorsqu'un procès est porté devant un tribunal fédéral qui est compétent en la matière, ce procès ne saurait en aucun cas être transféré devant un tribunal local. D'autre part, toutes les fois qu'un procès est porté en premier lieu devant un tribunal local, il peut fréquemment être transféré à un tribunal fédéral. Les tribunaux fédéraux n'appliquent pas toujours la loi de l'Etat dans lequel ils siègent, ni la loi d'aucun autre Etat, car en matière de droit commercial comme en matière de jurisprudence générale, ils suivent leurs propres doctrines qui sont établies définitivement par la Cour suprême des Etats-Unis¹.

Lorsque l'on étudie les problèmes que pose le droit international privé aux Etats-Unis, il convient d'écarter systématiquement toutes questions ayant trait au devoir des tribunaux des Etats d'appliquer la législation fédérale, ou bien celles relatives au renvoi aux tribunaux fédéraux de la connaissance des cas portés devant une juridiction locale : de même faut-il exclure toute question relative aux considérations qui ont pu amener les tribunaux fédéraux à ranger certaines matières, soit dans le domaine du droit commercial, soit dans celui de la jurisprudence générale par opposition au droit local des divers Etats. Ces deux catégo-

disputes, which do not belong, however, to Private International Law.

A case decided by the highest state court having jurisdiction in the matter may be brought before the Supreme Court of the United States where a "federal question" is involved, that court having the ultimate power to decide such cases. It is this type of case which this article is to discuss. This raises the question regarding the extent to which the rules of Private International Law which are recognized in this country are imposed upon the states by the Supreme Court of the United States as the final interpreter of the federal constitution. Until comparatively recent times the rules of Private International Law prevailing in this country were discussed without much reference to the Constitution of the United States. The works on the Conflict of Laws by Story and Wharton bear evidence of this fact, and even the more recent treatises by Minor and Goodrich have little to say about the federal constitution, except with respect to the jurisdiction of courts and the enforcement of foreign judgments, and, so far as the subject is dealt with, taxation. The reason for this traditional separation between Private International Law and Constitutional Law is probably due to the fact that, apart from the particular subjects mentioned, the individual states were deemed to be free in the main to adopt their own rules of the Conflict of Laws, undisturbed by the Supreme Court of the United States. In other words, the rules of Private International Law of the

ries de problèmes ont fait l'objet d'innombrables controverses, qui dépassent le cadre du droit international privé.

Un cas jugé en dernière instance par une juridiction locale peut encore être porté devant la Cour suprême des Etats-Unis, toutes les fois qu'il s'agit de trancher un point de « droit fédéral », car il est de la compétence de la Cour suprême de connaître de pareils litiges en dernière instance. C'est ce genre de litiges qui fera l'objet d'étude du présent article. Il soulève d'abord la question de la mesure dans laquelle les règles de droit international privé, reconnues en Amérique, sont imposées aux divers Etats par la Cour suprême des Etats-Unis, en sa qualité d'interprète suprême de la constitution fédérale. Jusqu'à une époque relativement récente les règles de droit international privé telles qu'elles étaient en vigueur en Amérique étaient discutées en dehors du cadre de la constitution des Etats-Unis. Les ouvrages de Story et Wharton sur le conflit des lois témoignent de ce fait ; et même les traités plus récents de Minor et de Goodrich s'occupent peu de la constitution fédérale, excepté en ce qui concerne la compétence des tribunaux et l'exécution des jugements rendus à l'étranger et, dans une certaine mesure, les questions fiscales. La raison de cette distinction traditionnelle établie entre le droit international privé et le droit constitutionnel se trouve probablement dans le fait que, abstraction faite de cas particuliers mentionnés plus haut, d'une façon générale les quarante-huit Etats sont estimés être libres d'adopter des règles individuelles de conflits des lois en dehors de tout contrôle de la Cour suprême des Etats-Unis. En d'autres termes, les règles de droit international privé des divers Etats ont été considérées comme faisant partie des lois locales qui

individual states were regarded as a part of the local law over which the Supreme Court had no control. Unlike the Australian system, in which the highest national court has the power to review all decisions of state courts, the American system provided for a review of state decisions only where a "federal question" was involved. The problem specifically concerning us is whether the application of all rules of Private International Law by a state court is to be regarded as presenting a "federal question". Let us suppose, for example, that a cause of action arose in state Y, that in the eyes of the Supreme Court of the United States the correct rule of Private International Law demands the application of the laws of state X, and that the courts of state Y applied the law of state Y or the law of a third state, state Z. Could the case be taken to the Supreme Court of the United States as involving a federal question, and would the decision of the highest state court be reversed?

In one line of cases the federal constitution has been clearly recognized as dictating the rules of Private International Law to the state courts and legislatures, namely, in the matter of jurisdiction, including the enforcement of judgments of sister states. Section 1 of Article IV of the Constitution of the United States provides :

" Full faith and credit shall be given in each state to the public acts, records and judicial proceedings of every other state, and the Congress may by general laws prescribe the manner in which such

échappent au contrôle de la Cour suprême. A l'opposé du système australien qui donne à la plus haute cour du pays le droit de réviser toutes les décisions rendues par les tribunaux des divers Etats, le système américain prévoit une révision des jugements rendus par les tribunaux des Etats seulement pour les cas où un point de « droit fédéral » est discuté. Le problème qui se pose alors est de savoir si l'application de toutes les règles de droit international privé, de la part d'une Cour d'Etat, doit être considérée comme mettant en jeu un point de « droit fédéral ». Supposons, par exemple, qu'un litige soit soulevé dans l'Etat Y, qu'au regard de la Cour suprême des Etats-Unis la règle correcte de droit international privé demande l'application des lois de l'Etat X, et que les tribunaux de l'Etat Y appliquent la loi de l'Etat Y, ou bien la loi d'un tiers Etat, l'Etat Z. Ce litige pourra-t-il être porté devant la Cour suprême des Etats-Unis comme mettant en jeu un point de « droit fédéral », et le jugement rendu par la plus haute juridiction d'un Etat pourra-t-il être renversé ?

Dans une série de cas la constitution fédérale se reconnaît le droit d'imposer les règles de droit international privé aux tribunaux des divers Etats et à leurs législateurs, c'est-à-dire, en matière de détermination de la compétence des tribunaux, y compris l'exequatur des jugements rendus par les autres Etats. L'article 4, section I, pose la règle suivante :

« Pleine foi et plein crédit seront donnés dans chaque Etat aux actes publics, « records » et procédures judiciaires de chacun des autres Etats ; et le Congrès par des lois générales pourra prescrire la manière

acts, records and judicial proceedings shall be proved, and the effect thereof. ”

In pursuance of the power thus vested Congress prescribed by the Act of May 26, 1790, the mode in which public acts, records and judicial proceedings were to be authenticated, and the effect thereof. The words relating to the effect have remained substantially unaltered and read as follows today :

“ And the said records and judicial proceedings, so authenticated, shall have such faith and credit given to them in every court within the United States as they have by law or usage in the courts of State from which they are taken ². ”

The Act of Congress of 1790 was supplemented by the Act of March 27th, 1804, providing for the authentication of “ all records and exemplifications of office books, which are or may be kept in any public office of any state not appertaining to a court ”, and requiring the same faith and credit to be given to them as to judicial proceedings. Section 2 of the Act of 1804 provided “ that all the provisions of this act, and the act to which it is the supplement, shall apply as well to the public acts, records, office books, judicial proceedings, courts, and offices of the respective territories of the United States, as to the public acts, records, office books, judicial proceedings, courts and offices of the several states ”. In the revision of the United States statutes of 1874, the two acts became sections 905 and 906. The question has been raised whether the words “ public acts ” in the second section of the Act of 1804 amended the Act of Mai 26th, 1790, so far as to give the same effect to public acts as to records and judgments. If such was the intent, it should be noted that the words were dropped in distributing section 2 among the provisions of sections 905 and 906 of the Revised Statutes ³.

In the absence of specific directions on the point, it is the duty of the Supreme Court of the United States to define the meaning and application of the terms used in the Constitution and the supporting legislation of Congress. With regard to “ judicial ” proceedings many decisions have been rendered. According to these full

par laquelle ces actes, « records » et procédures judiciaires seront prouvés et leurs effets. »

En vertu des pouvoirs ainsi accordés au Congrès, celui-ci a déterminé, par l'Acte du 26 mai 1790, les modes de preuve des actes publics, registres et jugements et la force probante qui s'y rattacherait. La proposition relative à la force probante n'a subi aucune modification essentielle.

[Suit l'indication des retouches qui ont été apportées à cet acte initial et de la disposition finale contenue à cet égard dans les sections 905 et 906 des *Revised Statutes* des Etats-Unis de 1874. L'auteur étudie ensuite les applications que la Cour suprême a faites de ces dispositions : applications qui n'intéressent que le droit fédéral ou interétatique américain, et non le vrai droit international privé, comme le montre cette conclusion] :

faith and credit is due to judgments of sister states only if they are rendered by a court having jurisdiction in the matter, and what is meant by jurisdiction within the "full faith and credit" clause is determined by the Supreme Court. The principles adopted by the Supreme Court in defining the jurisdiction of courts for this purpose are those of Private International Law, as it conceives them to be for the purpose at hand. With respect to personal actions service of process within the state is sufficient, provided the defendant does not enjoy the privilege of extraterritoriality, or, perhaps, is brought into the state by force or fraud. Jurisdiction exists also when the defendant has submitted to the jurisdiction of the court. By statute, jurisdiction may be taken also with respect to injuries caused by non-resident automobilists, without personal service or consent, service upon some state official having been provided for ⁴. Whether a personal judgment may be entered based on the defendant's domicil in the state is not finally determined ⁵. Jurisdiction over foreign corporations has given rise to much difficulty. The Supreme Court has passed upon the question in a great number of cases, so that the law on the subject is pretty well defined today ⁶.

The Supreme Court has defined the jurisdiction of courts within the meaning of the "full faith and credit" clause also in other than personal actions. With respect to some matters, for example, the subject of divorce, the law is well settled ⁷. With respect to others, the Supreme Court has not had an opportunity to indicate its position fully, so that much remains to be done.

The Supreme Court determines also all other defenses, if any, which are available in suits upon judgments of sister states, for example, whether fraud may be set up ⁸, or the fact that the original cause of action was "penal" in its nature ⁹. It is worthy to note that the state courts are not permitted to set up that the enforcement of a judgment of a sister state would be contrary to the public policy of the forum ¹⁰.

The "full faith and credit" clause is limited to judgments of sister states. With respect to judgments of foreign countries, the states are free, so far as this particular clause of the federal constitution is concerned, to adopt whatever rules they may choose.

Other clauses of the federal constitution have limited the power of the state legislatures and courts in their choice of rules relating to the jurisdiction of courts. Of these the "due process" clause

La clause de « pleine foi et plein crédit » ne vise que les jugements rendus par l'un quelconque des quarante-huit Etats. Quant aux jugements rendus à l'étranger, les Etats sont libres, pour autant qu'il s'agit de cette clause particulière de la Constitution fédérale, de suivre les règles qui bonnes leur semblent.

Dans d'autres clauses, aussi bien définies que celle qui précède, la Constitution fédérale limite le pouvoir des législateurs et des tribunaux locaux en ce qui concerne le choix des règles relatives à la juridiction

has played the widest role. According to this clause, which is to be found in the Fourteenth Amendment, so far as it relates to the states, a state may not deprive a person of property "without due process of law". In its bearing upon the jurisdiction of courts, it is established by the decisions of the Supreme Court of the United States that no judgment is binding unless sufficient notice was given to the defendant of the pendency of the action and a reasonable opportunity to defend ¹¹. This doctrine is not limited to suits upon judgments of sister states, but applies equally to the enforcement of judgments of foreign countries, and to the enforcement of local judgments in the state where they were rendered. If the judgment is void, the defendant's property cannot be taken by way of execution.

The mode of notice required will depend upon the nature of the action and the circumstances of the individual case. The requirements in admiralty proceedings in rem vary from those of common law actions in rem, and both in turn differ from those in personal actions. In general it may be said that the best practicable mode must be used. Thus, where a person was domiciled in state X, which state he had left with no intention of returning, but had established no new domicile, it was held that notification of the pendency of a personal action against him in state X through a newspaper did not satisfy the "due process" clause, when it appeared that his family still resided in state X ¹². Under those circumstances, such notice could have been left with the family and should have

des tribunaux. La clause qui a joué un rôle des plus importants est celle de la « procédure en forme due ». En vertu de cette clause, qui se trouve dans le 14^{me} Amendement, dans la mesure où celle-ci a trait aux divers Etats, un Etat ne peut pas dépouiller une personne de son droit de propriété, sans suivre une « procédure légale en forme due ». La Cour suprême des Etats-Unis a décidé qu'aucun jugement n'avait force obligatoire à moins que le défendeur n'eût eu connaissance de l'introduction de l'instance et une occasion raisonnable de se défendre ¹¹. Cette jurisprudence ne vise pas uniquement les procès engagés à la suite des jugements rendus dans un des Etats unis, mais s'applique également à la mise en vigueur des jugements rendus à l'étranger et aux jugements rendus par l'un des tribunaux locaux d'un Etat quelconque. Si le jugement est nul, le défendeur ne saurait être dépouillé de son droit de propriété par aucune voie d'exécution.

Le mode de notification de l'introduction de l'instance varie selon la nature de l'action et selon les circonstances propres à chaque cas. Pour les actions réelles, les notifications varient suivant qu'il s'agit de droit maritime ou de droit commun, et elles varient encore dans l'un et l'autre cas toutes les fois qu'il s'agit d'une action personnelle. D'une façon générale c'est le mode de notification le plus commode qui est employé. Ainsi, lorsque une personne avait été domiciliée dans l'Etat X, qu'elle avait quitté sans aucune intention de retour, mais sans avoir établi ailleurs un nouveau domicile, il ne suffisait pas d'après la clause de « procédure en forme due » que l'introduction d'une action personnelle contre elle fût notifiée par l'intermédiaire d'un journal de l'Etat X dans le cas où sa famille continuait à résider dans l'Etat X ¹². En pareille occurrence la notification aurait pu être faite à la famille en

been left with it, because of the greater probability that it would have actually reached him. In other words, notification through a newspaper, which in all probability would never reach him, was not permissible where another mode of notification was reasonably available.

The "due process" clause has figured also prominently in connection with the jurisdiction of courts over foreign corporations. Owing to time-honored metaphysical motions concerning the nature of corporations, our courts have had considerable difficulty in working out a rational basis of jurisdiction with respect to them. Power over foreign corporations exists by reason of their doing business in the state, but even here service must be made upon some representative agent of the corporation in order to be due process of law. The statutes providing for service upon some state official are valid only if a sufficient provision is made therein for the notification of the corporation. The same requirement exists with respect to non-resident owners of automobiles, where suit is brought against them on account of injuries resulting within the state, service being made, in accordance with the terms of the statute, upon some state official. The judgment rendered on the basis of such a statute is valid only, as satisfying the due process requirement, if the statute contains a reasonable provision for the notification of the defendant¹³.

Another clause of the Constitution has been invoked by the Supreme Court of the United States in recent cases as a limitation upon the power of state courts in rendering personal judgments. This is the "commerce" clause, which prohibits the states from unduly burdening interstate commerce. Until lately this clause was deemed to affect only the legislative power of the states as regards

laissant un écrit entre ses mains, lequel écrit aurait ainsi plus de chances d'atteindre la personne absente. En d'autres termes, la notification par voie de presse qui probablement n'aurait jamais atteint la personne absente n'était pas admise là où un autre mode de notification était possible.

Une application particulière de la clause de « procédure en forme due » a été faite à propos de la compétence des cours quant aux personnes morales de nationalité étrangère. En s'inspirant des notions métaphysiques sur la nature juridique des personnes morales, les tribunaux américains ont eu des difficultés considérables à l'élaboration d'une base rationnelle pour la juridiction relative aux personnes morales. Cependant les tribunaux ont un certain pouvoir sur les personnes morales étrangères dans la mesure où celles-ci se livrent à une activité commerciale à l'intérieur d'un des Etats ; mais, même dans ce cas, il faut toujours assigner un représentant de la personne morale pour qu'il soit satisfait à la « procédure en forme due ». Les lois autorisant la remise de l'assignation à un officier public ne seront constitutionnellement valables qu'autant que des précautions suffisantes y seront prises pour assurer la transmission à la personne morale. La même règle vaut pour les propriétaires d'automobiles qui n'ont pas de résidence aux Etats-Unis lorsqu'un procès leur est intenté à la suite d'accidents

taxation, and in matters belonging primarily to the federal government and thus not belonging properly to the field of Private International Law. In the light of the late decisions of the Supreme Court, the commerce clause may be used to restrain state courts from assuming jurisdiction over foreign causes of action. In accordance with this new development, a judgment against a foreign corporation upon a foreign cause of action may, under some circumstances, be regarded as invalid, although the corporation did business within the state and was thus subject to the jurisdiction of the courts in general, and the service upon the corporation conformed to the requirements of due process of law, if the Supreme Court of the United States is of the opinion that the taking of jurisdiction under the circumstances constituted an undue burden upon interstate commerce¹⁴. The full import of this new limitation upon the power of the state in matters of Private International Law will appear only after the Supreme Court has more fully elucidated its position. Many question suggest themselves. For example, will the new limitation of jurisdictions be restricted to defendants which are public service corporations, or will it be applied to all defendants engaged in any kind of interstate commerce? Will the submission of the defendant to the jurisdiction of the court affect the question; or is the new limitation not imposed for the defendant's protection but in the public interest? Will the new doctrine be applied if the plaintiff or the defendant is a resident of the state where the suit is brought, or if the cause of action upon which suit is brought arose or was to be performed in the state?

Another clause of the federal constitution which affects the legislative and judicial power of a state with reference to its courts is the "privilege and immunities" clause. According to Article IV, section 1 (1) "the citizens of each state shall be entitled to all privileges and immunities of the citizens of the several states".

causés dans l'un des Etats si, d'après la loi de l'Etat, l'assignation peut être remise à quelque officier public. Le jugement rendu en vertu d'une telle loi n'est valable que pour autant qu'il respecte les formes légales de procédure; ceci ne sera possible que dans le cas où la loi aura soin de préciser les modes de notification¹⁵.

[L'auteur expose ensuite le rôle qui a été joué par une autre clause de la Constitution des Etats-Unis, dans le développement non pas du pur droit international privé, du droit international privé général, mais seulement du droit international (ou interétatique) fédéral. Le caractère de règlement intérieur fédéral de cette disposition ressort, en effet, des termes mêmes de cette clause, la célèbre *commerce clause*, clause répartissant le pouvoir de réglementer le commerce entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés et interdisant, notamment, à chacun des Etats d'entraver le commerce entre Etats.]

Une autre clause de la Constitution fédérale qui a trait au pouvoir législatif et judiciaire des Etats, concernant plus particulièrement leurs tribunaux, est la clause dite « des privilèges et immunités ». Conformément à l'article 4, section 1^{re}, « les sujets de chaque Etat jouiront de

Aliens and corporations of foreign countries are not protected by this clause, nor are corporations of a sister state ¹⁵ citizens within the meaning of this clause. With respect to such parties, state legislatures and courts are able to make discriminations which would be unconstitutional as regards citizens. The Anglo-American rule that a defendant in a personal action may be sued in any state in which he may be served has led in certain parts of the country, where juries render high verdicts in personal injury cases, to the importation of litigation which by right belongs to the courts of other states. Against this abuse some courts have tried to protect themselves by holding that access to courts on the part of non-residents is discretionary and may be denied by the courts in the proper case ¹⁶. The same end has been sought in some states by legislation. With regard to citizens of the United States, the question has arisen, however, whether any discrimination against citizens of a sister state introduced by legislative enactments or the ruling of a court, was constitutional in view of the "privilege and immunities" clause ¹⁷. In the light of a recent decision by the Supreme Court of the United States, it seems that if the discrimination is based not upon citizenship but upon residence, it will be deemed valid. The New York Statute, which was under consideration, closed the doors of the New York courts to suits by non-residents upon foreign causes of action, and it being found that the statute was applicable to New York citizens who were non-residents as well as to other non-resident citizens, the Supreme Court was satisfied that the discrimination rested upon residence and not upon citizenship, and upheld the constitutionality of the statute.

Attention should be called to the fact, however, that the "privilege and immunities" clause does not permit discrimination be-

tous les privilèges et de toutes les immunités dont jouiront les sujets des autres Etats unis ».

Les étrangers et les personnes morales étrangères ne seront pas protégés par cette clause ; les personnes morales constituées dans l'un des Etats ne seront pas considérées dans l'Etat voisin comme « sujets » ¹⁴ dans l'acception de cette clause. Au sujet de ces personnes morales les lois et les tribunaux des divers Etats peuvent faire des distinctions qui seraient contraires à la Constitution si elles s'appliquaient à des simples particuliers. [La constatation initiale que la dite clause ne protège que les ressortissants des Etats frères, et non ceux des nations étrangères, montre encore que les questions, qui y sont rattachées, se meuvent uniquement dans le champ particulier de cette annexe du droit international privé qu'est la réglementation des conflits entre les législations et les juridictions d'un même Etat fédéral.

La suite immédiate de cette contribution fait connaître que, pour déterminer si une loi d'Etat contenant des discriminations au point de vue de l'accès de la justice, tombe ou non sous le coup de l'inconstitutionnalité du chef de cette clause, la Cour suprême tend à distinguer entre les discriminations fondées sur la résidence dans l'Etat — qui n'ont pas d'ordinaire cet effet, — et celles qui sont fondées sur l'appar-

tween citizens of the United States altogether, for even as to them reasonable discriminations are allowed. Thus the Supreme Court held a Minnesota statute which closed the Minnesota courts to foreign suits barred by the statute of limitations of the state in which the cause of action arose, but excepted from the operation of the statute residents of the state, to be constitutional even with respect to a plaintiff who was a citizen of another state, provided a reasonable time was allowed by the statute in which suit might have been brought. Under the particular facts of the case the plaintiff had one year after the cause of action arose in which to sue, whereas residents of the state would have had three years. The Supreme Court held that the one-year provision was a reasonable one and that the discrimination gave to the plaintiff no cause for complaint¹⁸. From a practical point of view residence in a state is in most instances synonymous with citizenship, so far as citizens of the United States are concerned, and thus the question arises whether the Supreme Court may not ultimately attack all problems under the "privilege and immunities" clause from the standpoint of reasonableness, even though it be conceded that it involves discrimination based upon citizenship, instead of making the constitutionality depend upon "residence" as distinguished from "citizenship"¹⁹.

Another clause of the Constitution — the "equal protection" clause — may be mentioned, which is to be found in the Fourteenth Amendment to the Constitution and reads as follows :

"No state shall deny to any person within its jurisdiction the equal protection of its laws."

This clause applies to aliens and foreign corporations that are *within the jurisdiction of the state*, as well as to citizens of the United States. The meaning of this clause has been before the Supreme Court of the United States on many occasions, and its decisions make it plain that the equal protection is not to be taken

tenance comme sujet (citoyenneté d'Etat) à l'Etat légiférant ou à l'un des autres Etats fédérés — qui sont de nature à compromettre la constitutionnalité de l'acte législatif. Elle signale aussi le rôle que peut être appelé à jouer ici le critère de constitutionnalité tiré du caractère raisonnable ou déraisonnable de la discrimination faite par l'acte attaqué.]

Il convient de citer encore une autre clause de la Constitution, celle de « l'égalité devant la loi », qui se trouve dans le quatorzième Amendement de la Constitution et dont la teneur est la suivante :

« Aucun Etat ne refusera à une personne tombant sous sa juridiction l'égalité de protection de ses lois. »

Cette clause s'applique aux étrangers et aux personnes morales qui relèvent de la juridiction de l'un des Etats aussi bien qu'aux sujets américains. A maintes reprises la Cour suprême des Etats-Unis eut à se prononcer sur cette clause. Ses arrêts font apparaître sa doctrine : la notion d'« égalité devant la loi » ne doit pas être entendue dans un sens littéral mais, au contraire, des classifications raisonnables sont permises. Quant aux personnes morales étrangères la question suivante fut souvent soulevée : à quelles conditions une personne morale étrangère doit-elle

in a literal sense, reasonable classifications being allowed. With respect to foreign corporations the question has frequently been : when can such corporations be said to be " within " the jurisdiction of a state for the purpose of this constitutional provision?

The subject of Taxation, which is frequently included in the United States, in courses on the Conflict of Laws, is intimately affected by various clauses in the federal constitution. It is of interest to students of Private International Law, because the Supreme Court has been applying principles of the Conflict of Laws in determining the jurisdiction of states to tax²⁰. Thus it was held for a long time, in accordance with the maxim *mobilia personam sequuntur*, that the state of a person's domicil could impose a property tax, or a tax upon death upon all personal property belonging to him, wherever situated. With the greater recognition of the claims respect to tangible personalty, it was held that the state in which such property was located could impose a tax. As such a tax might be imposed at the same time at the domicil of the owner this led in many instances to double taxation. In order to relieve the owner of this burden, the Supreme Court of the United States, has in recent time invoked the " due process " clause of the federal constitution, and held that the imposition of a tax on tangible property located outside the state, and thus subject to taxation at the situs, could not be taxed by the state in which the owner was domiciled, without depriving the owner of property without due process of law, as forbidden by the Fourteenth Amendment to the federal constitution²¹.

satisfaire pour être considérée comme « relevant » de la juridiction de l'un des Etats et pour être protégée par cette disposition constitutionnelle.

Les matières fiscales, qui aux Etats-Unis donnent fréquemment lieu à des conflits de lois, sont visées par plusieurs clauses de la Constitution fédérale. Ceci présente un intérêt particulier aux yeux de ceux qui s'occupent de droit international privé, car la Cour suprême a appliqué les principes de conflits de lois pour déterminer la compétence des Etats pour établir des impôts²⁰. Ainsi, suivant le vieil adage « *mobilia sequuntur personam* » on avait considéré pendant longtemps que l'Etat où une personne avait son domicile pouvait établir des taxes sur ses propriétés, et au moment du décès pouvait prélever une taxe de mutation ou une taxe successorale sur tous les biens personnels du *de cujus*, indépendamment de leur situation. Mais avec le temps la *lex situs* gagna du terrain et favorisa le mouvement qui aboutit à permettre à chaque Etat d'imposer les biens corporels situés à l'intérieur de ses frontières. Or, il arriva fréquemment que le même propriétaire fût imposé une seconde fois au lieu de son domicile, et supportât ainsi une double imposition. A fin d'alléger la charge du propriétaire, la Cour suprême des Etats-Unis a invoqué récemment la clause de la « procédure en forme due », insérée dans la Constitution fédérale, et a décidé que les biens corporels, situés en dehors des frontières d'un Etat, qui tombent sous le coup de la *lex situs*, ne sauraient être imposés par l'Etat où le propriétaire a son domicile, car cet Etat commettrait une infraction à la clause de la procédure en forme due, telle qu'elle est insérée dans le 14^e amendement à la Constitution fédérale²¹.

More recently the same principle has been extended also to inheritance taxation, so that the law of the domicil can no longer impose a tax upon tangibles which were permanently located, at the time of death, in other states ²².

Where the property is sent from one state to another and is in a certain state on the taxing day, the power of such state to tax the property has involved a consideration of the "commerce" clause of the federal constitution. This clause, as interpreted by the Supreme Court of the United States, deprives the state of the power to tax such property, provided it is at the time in continuous, non-stop transit. The imposition of the tax under such circumstance is held to be an undue burden upon interstate commerce ²³.

The maxim *mobilia personam sequuntur* is still recognized with respect to intangible property, so that the law of the domicil of the owner can impose a property tax ²⁴ or a succession tax upon death. Bank deposits have been held taxable in the state of the debtor's domicil ²⁵. If kept in another state for purposes of investment and reinvestment, intangible property has been regarded as having acquired in such state a *business situs*, so as to enable such state to impose a tax ²⁶. Where the intangible property was represented by a document, as in the case of a bond or note, former cases allowed the state in which the document was to impose a tax ²⁷. In the case of shares of stock, the state in which the corporation was organized was recognized as having the power to impose a tax upon

Plus récemment le même principe a été étendu aux taxes successorales ; et ainsi la loi du domicile ne peut plus justifier l'imposition des biens qui, à l'époque du décès, sont situés dans un autre Etat ²².

Lorsque les biens sont susceptibles d'être transmis d'un Etat à l'autre et qu'ils se trouvent le jour de l'imposition dans un Etat donné, ce dernier doit se conformer à la clause commerciale, telle qu'elle est insérée dans la Constitution fédérale. Dans l'interprétation de la Cour suprême des Etats-Unis cette clause prive l'Etat de transit du droit de prélever un impôt sur la marchandise, pourvu toutefois qu'il s'agisse d'un « non-stop » transit. S'il en est ainsi le prélèvement d'un droit sur la marchandise en transit est considéré comme une charge susceptible d'entraver le commerce entre Etats ²³.

L'adage « *mobilia sequuntur personam* » s'applique encore aux meubles incorporels ; c'est ainsi que l'Etat où le de cuius a son domicile à l'époque de son décès a le droit de prélever un impôt sur la fortune ²⁴ et une taxe sur la succession. Les dépôts en banque sont imposés dans l'Etat où se trouve le domicile du débiteur ²⁵. Si, pour des fins de spéculation, ils sont transférés dans d'autres Etats ils y acquièrent de ce fait un « *situs d'affaire* » qui permet à l'Etat en question de les imposer ²⁶. Lorsque des biens sont représentés par un document, tels que obligations ou billets, il avait été admis par des arrêts antérieurs que l'Etat où se trouvait le document avait le droit de prélever un impôt sur ces biens ²⁷. Dans le cas d'actions de sociétés, c'était à l'Etat dans lequel la société avait été fondée qu'il appartenait d'imposer le propriétaire du capital-actions ²⁸. Au cours de ces dernières années, la Cour suprême des Etats-Unis est intervenue également dans cette dernière espèce de cas et a décidé que l'Etat dans lequel le document est domicilié ne peut prélever

the owner of the stock ²⁸. In the last few years the Supreme Court of the United States has interfered also in this class of cases and held that the state in which the document is located has no power to tax ²⁹. Whether it will go further in its attempt to prevent multiple taxation, so as to prevent taxation, both at the domicile of the owner and by the state in which the intangible property may have acquired a "business" situs, remains to be seen. The alleged justification for such intervention on the part of the Supreme Court is always the "due process" clause of the Fourteenth Amendment.

State legislation relating to taxation is frequently brought before the Supreme Court of the United States also for the purpose of deciding whether it is in violation of the "equal protection" clause of the federal constitution ³⁰.

The foregoing pages have indicated in general outline the extent to which, by means of various clauses in the federal constitution, the United States Supreme Court has controlled the legislation and judicial decisions of the individual states relating to the Conflict of Laws. This description has no doubt served to show the extreme complexity of the legal machinery established by the framers of our government and the inter-relationship between constitutional and Conflict of Laws question. But it has not provided a definite answer to the query raised above, namely, whether by virtue of the constitutional provisions referred to, the Supreme Court of the United States has in fact become the arbiter in *all* questions in this country relating to Private International Law.

With the above background in mind, let us inquire specifically now whether a categorical answer to the general problem just

aucun droit fiscal ²⁹. C'est un problème de l'avenir que de savoir si la Cour persévérera dans cette voie, afin d'éviter une double imposition, une première fois au lieu du domicile du propriétaire et une seconde fois dans l'Etat où le bien incorporel a acquis un « situs d'affaire ». Cette intervention réitérée de la part de la Cour suprême se fonde toujours sur la clause de « procédure en forme due » du quatorzième Amendement.

Les lois fiscales des divers Etats sont fréquemment portées devant la Cour suprême des Etats-Unis, pour décider si elles ne violent pas la clause de l'« égalité devant la loi » inscrite dans la Constitution fédérale ³⁰.

Les pages qui précèdent ont indiqué sommairement la mesure dans laquelle la Cour suprême des Etats-Unis, au moyen des clauses diverses insérées dans la Constitution fédérale, a su contrôler les lois et les décisions judiciaires des Etats-Unis en ce qui concerne le conflit des lois. Les faits enregistrés dans ces pages ont sans doute montré l'extrême complexité du mécanisme juridique créé par les constructeurs de notre système de gouvernement et les relations entre le droit constitutionnel et le conflit de loi qui en découlent. Cependant, une question attend toujours de recevoir sa solution : celle de savoir si, en vertu de ces dispositions constitutionnelles la Cour suprême des Etats-Unis est devenue en fait l'arbitre dans toutes les questions qui intéressent le droit international privé.

mentioned is possible. As the Supreme Court is the highest appellate court, so far as the federal courts are concerned, it goes without saying that it determines all rules of Private International Law with respect to such courts. With reference to the state courts, however, the Supreme Court has not been constituted a general court of appeals and it can control their decisions only if a "federal question" is presented. A review of the decisions of the state courts by the Supreme Court exists as of right only "where is drawn in question the validity of a treaty or statute of the United States, and the decision is against its validity ; or where is drawn in question the validity of a statute of any State, on the ground of its being repugnant to the Constitution, treaties, or laws of the United States, and the decision is in favor of its validity" ³¹. In other cases such review can be had only on a writ of certiorari, which is granted or withheld within the discretion of the Supreme Court. The question is thus whether the Supreme Court regards all questions involving Private International Law as raising a "federal question". If, in the case assumed above ³², state Y applied its own law or that of state Z to the cause of action arising in state X, may the Supreme Court bring the case before it on certiorari ? If it may, it is apparent that it has the power of controlling all decisions by the state courts relating to Private International Law as well as those of the lower federal courts. -

Après cet examen préliminaire il serait opportun de rechercher si l'on peut trouver une réponse catégorique à la question que nous venons de poser. Comme la Cour suprême est la plus haute instance d'appel, pour ce qui est du ressort des tribunaux fédéraux, il va sans dire que c'est elle qui pose toutes les règles de droit international privé par rapport à ces tribunaux.

Cependant, au regard des tribunaux des Etats, la Cour suprême ne fonctionne généralement pas comme une instance d'appel et elle ne peut reviser un jugement rendu par un tribunal local que si un « point de droit fédéral » est mis en jeu. La Cour suprême a le droit de reviser les décisions judiciaires des Etats seulement « lorsque l'on met en cause la validité d'un traité ou d'une loi américaine et que la décision est contre la validité du traité ou de la loi en question ; ou bien lorsque la validité d'une loi d'Etat est contestée, pour cause d'opposition à la Constitution, aux traités ou aux lois fédérales, et que la décision est pour la validité de cette loi locale » ³¹. Dans tous les autres cas cette révision ne peut avoir lieu que sur un « writ of certiorari » — une mesure d'évocation — qu'il dépend discrétionnairement de la Cour suprême d'accorder ou de refuser. La question est de savoir si la Cour suprême considère tous les problèmes du droit international privé comme mettant en jeu un « point de droit fédéral ». Si, dans le cas cité plus haut ³², l'Etat Y appliquait sa propre loi ou celle de l'Etat Z, à un procès intenté dans l'Etat X, la Cour suprême pourra-t-elle évoquer ce cas devant ses juges au moyen d'un « writ of certiorari » ? S'il en est ainsi, la Cour suprême a le droit de contrôler tous les jugements des cours d'Etat relatifs au droit international privé aussi bien que les jugements rendus par les tribunaux fédéraux, inférieurs dans la hiérarchie judiciaire.

Until recently, the answer to this question would have been categorically in the negative. It would have been asserted with confidence that the rules of Private International Law in each state constituted parts of the local law of the state, and that the legislatures and courts of each state were free, therefore, to choose such rules as they preferred, both with respect to situation arising in sister states and foreign countries, subject only to such exceptions as were imposed by the various clauses of the federal constitution, chief among which were the "full faith and credit" clause and the "due process" clauses. In other words, apart from these exceptions, the mere fact that a state legislature or the courts of a state chose a rule of Private International Law which the Supreme Court of the United States disapproved of, did not subject the matter to review by such court ; it did not raise a "federal question".

A clear pronouncement to this effect may be found in the case of *Kryger v. Wilson* ³³, which was decided by the Supreme Court of the United States as late as 1916. In this case a contract had been entered into in Minnesota relating to land in North Dakota. In determining the rights of the parties, the North Dakota Supreme Court applied the law of the situs, instead of the law of the place where the contract had been made. It was urged that this constituted the adoption of the wrong rule of the conflict of laws, which should call for a reversal of the judgment by the Supreme Court. The court, however, affirmed the decision of the state court.

Jusqu'à une date fort récente, la réponse aurait sans doute été négative. On se serait borné à affirmer, avec beaucoup d'assurance, que dans chaque Etat les règles de droit international privé faisaient partie intégrante des lois locales ; et que par conséquent les législateurs et les juges de ces Etats étaient libres de choisir les règles qu'ils préféreraient tant pour les litiges nés dans un Etat frère que pour les litiges nés à l'étranger, sous la seule réserve des exceptions prévues par des clauses spéciales de la Constitution fédérale, telles que la clause de la « force probante » et celle de la « procédure en forme due ».

En d'autres termes en dehors de ces exceptions, le simple fait que le juge ou le législateur de l'un quelconque des Etats a choisi une règle de droit international privé, qui n'a pas trouvé l'approbation de la Cour suprême des Etats-Unis, ne donne aucunement lieu à la révision du jugement rendu par un tribunal de cet Etat ; car aucun « point de droit fédéral » n'est mis en jeu.

Une décision nette dans ce sens peut être trouvée dans le cas *Kryger c. Wilson* ³³, qui a été jugé par la Cour suprême des Etats-Unis en 1916. En l'espèce, un contrat a été conclu dans l'Etat de Minnesota concernant des terres situées dans le Nord du Dakota. Pour déterminer les droits respectifs des parties, la Cour suprême du Dakota du Nord a appliqué la *lex situs* et non la loi du lieu où le contrat a été conclu. On plaida que c'était là l'adoption d'une règle erronée de conflits des lois, chose qui motivait une réformation de la décision par la Cour suprême. Celle-ci a pourtant confirmé le jugement rendu par la Cour du Dakota. Le juge Brandeis, chargé de formuler l'avis de la Cour, s'exprime de la façon suivante :

Mr. Justice Brandeis, in writing the opinion of the Court, made the following statement :

“The most that the plaintiff in error can say is that the state court made a mistaken application of doctrines of the conflict of laws in deciding that the cancellation of a land contract is governed by the law of the *situs* instead of the place of making and performance. But that being purely a question of local common law, is a matter with which this court is not concerned ³⁴. ”

If there is no constitutional obligation on the part of each state to apply correct principles of the Conflicts of Laws, as conceived of by the Supreme Court of the United States, with respect to fact situation occurring in a sister state, there is, of course, none if the facts occur in a foreign country. In the exceptional cases mentioned above, where a constitutional duty does exist, it may operate only as between the states of this country, as in connection with the “ full faith and credit ” clause, so that the states are free to choose the rules of the Conflict of Laws with respect to foreign countries, or it may extend to foreign countries as well, as in connection with the “ due process ” clause.

In the absence of a constitutional obligation to conform to the views of the Supreme Court of the United States in the matter of the Conflict of Laws, state Y in the case above referred to ³⁵ could determine the rights of the parties, if it saw fit, with reference to the law of the forum or with reference to the law of state Z. The courts of the forum could take the position, even as between sister

« Tout ce que le demandeur peut invoquer à l'appui de sa thèse est le fait que la Cour du Dakota du Nord a fait une application erronée des règles de conflit des lois, en décidant que la résiliation d'un contrat portant sur des immeubles est régie par la *lex situs*, au lieu de la loi de la conclusion ou de l'exécution du contrat. Mais cette question relève seulement du droit commun local et ne concerne nullement la Cour suprême ³⁴. »

Si la Constitution fédérale n'impose pas aux Etats l'obligation d'appliquer les règles de conflit des lois, telles qu'elles sont conçues par la Cour suprême aux litiges nés dans un Etat frère, il n'y a, à plus forte raison, aucune obligation quant aux litiges nés à l'étranger. Dans les quelques cas exceptionnels, qui ont été mentionnés plus haut, où la Constitution prévoit la possibilité d'une révision, les Etats sont obligés, dans leurs rapports mutuels, de respecter la Constitution notamment en ce qui concerne la clause de « force probante »; de sorte que les Etats, sont libres de choisir les règles de conflit de lois qu'ils appliqueront aux rapports avec les pays étrangers et de leur étendre ou non celles qui (dans les rapports fédéraux) sont en connexion avec la clause de *due process*.

En l'absence de textes imposant aux tribunaux des Etats l'obligation de se conformer à l'avis de la Cour suprême en matière de conflit des lois, l'Etat Y, dans l'espèce traitée plus haut ³⁵, pouvait déterminer les droits respectifs des parties soit d'après la *lex fori* soit d'après la loi de l'Etat Z. Les tribunaux du lieu où le procès a été intenté, même quand il s'agit de rapports entre Etats frères, peuvent s'opposer à l'ap-

states, that the enforcement of the right created by the law of another state would be against the public policy of the forum. There are decisions to this effect in the state courts, and the Supreme Court appears to approve the doctrine, at least where the law of the forum had a reasonable connection with the facts of the case, apart from the circumstance that suit was brought there ³⁶.

A decision rendered by the Supreme Court of Wisconsin is of interest in this connection. In that case ³⁷ a telegram was sent from New York to Illinois, unrepeatable, and subject to the stipulation that in case of delay the company should be liable only to refund the price of the message. The delivery of the telegram having been delayed, the plaintiff sued the defendant in the courts of Wisconsin for substantial damages. Such damages were awarded, it being held that the enforcement of the special limitation was against the public policy of the state. It should be noted, that, although the contract had no relation to Wisconsin, local Wisconsin law was applied to the stipulation limiting liability without reference to its validity under the law of New York and Illinois. In other words, the public policy argument in the case operated to give to the plaintiff more than he was entitled to under the laws of the states with which the contract had any connection at its inception. Would the Supreme Court have sustained the decision as within the doctrine announced in *Kryger v. Wilson*?

At the time of the decision of *Kryger v. Wilson* there existed other Supreme Court decisions which threw doubt upon the propo-

plication d'un droit reconnu par les lois d'un autre Etat sous prétexte que ce droit est contraire à l'ordre public local. Il y a de nombreuses décisions en ce sens, rendues par les tribunaux des Etats, et la Cour suprême paraît entièrement d'accord avec cette jurisprudence, au moins dans le cas où la *lex fori* aurait pu normalement connaître du litige abstraction faite du lieu de l'introduction de l'instance ³⁶.

En ce sens un arrêt de la Cour suprême du Wisconsin est particulièrement formel ³⁷. En l'espèce, un télégramme a été envoyé de New-York en Illinois soumis à cette stipulation qu'en cas de retard la compagnie ne serait redevable que du prix du message télégraphique. Le télégramme avait été livré avec un retard considérable et le demandeur poursuivit le défendeur devant les tribunaux du Wisconsin pour dommages « substantiels ». Le demandeur obtint gain de cause, car les tribunaux du Wisconsin considéraient qu'une pareille limitation de la responsabilité était contraire à l'ordre public. Bien que le contrat en question n'eût aucun rapport avec le Wisconsin, les tribunaux de cet Etat appliquèrent néanmoins leurs lois locales à la stipulation limitant la responsabilité de la compagnie, sans se préoccuper des lois de New-York ou de l'Illinois.

En d'autres termes, dans le cas qui vient d'être cité la notion d'ordre public aboutit à conférer au demandeur plus de droits qu'il n'en avait d'après les lois sous l'empire desquelles il avait contracté. La Cour suprême des Etats-Unis approuverait-elle pareille décision comme étant conforme à sa doctrine, telle qu'elle l'a formulée dans l'affaire *Kryger c. Wilson* ?

sition there stated, namely, that the choice of the rules of the Conflict of Laws by a state was a matter of mere local concern and did not raise a "federal question", which would permit the Supreme Court to impose its views. In *Converse v. Hamilton*³⁸, for example, decided in 1912, the courts of Wisconsin were compelled by the Supreme Court to give effect to the statutory liability of stockholders imposed by the constitution and legislation of the state of Minnesota, and were not allowed to say that the enforcement of such liability was against the public policy of the forum. And in *Supreme Council of the Royal Arcanum v. Green*³⁹, decided by the Supreme Court in 1915, the New York courts were compelled to apply the law of Massachusetts with regard to assessments by a fraternal association, which was organized under the law of Massachusetts, although the defendant's contract of membership had been entered into in New York with the local branch lodge. In *New York Life Insurance Co. v. Head*⁴⁰, decided by the Supreme Court in 1914, it was held that the Missouri courts could not apply the Missouri statutory provisions to a loan on a policy of life insurance, when the insurance contract was made in Missouri but the modifying contract in another state.

A series of other cases have come before the Supreme Court since the decision in *Kryger v. Wilson*, which tend in the same direction as the cases just mentioned. One of these⁴¹ was similar to the *Supreme Council of the Royal Arcanum v. Green*, and another⁴² similar to the *New York Life Insurance Co. v. Head*. Two other cases, *Aetna Life Insurance Co. v. Dunken*⁴³ and *Home Insurance Company v. Dick*⁴⁴, present special interest. In the former, *Dunken*

A l'époque de l'arrêt *Kryger c. Wilson* il y avait d'autres arrêts de la Cour suprême qui jetaient le doute sur cette proposition que le choix des règles de conflit des lois est dans chaque Etat une affaire purement locale et ne mettait en jeu aucun « point de droit fédéral », seule chose qui puisse justifier l'immixtion de Cour suprême. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Converse c. Hamilton*³⁸, jugée en 1912, les cours du Wisconsin furent contraintes par la Cour suprême à donner effet à la responsabilité statutaire des actionnaires imposée par la Constitution et les lois du Minnesota et ne furent pas admises à invoquer que leur application était contraire à la conception de l'ordre public existante dans leur Etat. Dans l'affaire du *Conseil supérieur de la Royal Arcanum c. Green* jugée en 1915³⁹, les tribunaux de New-York ont été obligés d'appliquer la loi de Massachusette aux cotisations d'une « Association amicale », qui avait été constituée sous la loi de Massachusetts, bien que le défendeur eût signé le contrat d'adhésion dans une section new-yorkaise de cette Amicale. Dans l'affaire de la *Compagnie d'assurance New-Yorkaise c. Head*⁴⁰, jugée par la Cour suprême en 1914, il fut décidé que les tribunaux du Missouri devaient appliquer, non leur loi d'Etat sous l'empire de laquelle le contrat d'assurance avait été conclu, mais la loi de l'Etat dans lequel ce contrat avait été modifié.

Depuis l'affaire *Kryger c. Wilson*, nombre d'arrêts se sont prononcés dans un sens analogue. Deux d'entre eux présentent un intérêt particulier. Ce sont d'un côté, celui de la *Compagnie d'assurance sur la vie*

took out a seven-year term life insurance policy while living in the state of Tennessee, the contract being a Tennessee contract. Afterwards he moved to the state of Texas, and, in accordance with the terms of the contract, the policy was converted into a twenty-payment life commercial policy. The application for the conversion was mailed to the Tennessee manager and by him forwarded to the home office of the company in Connecticut. The new policy was sent by the company to the agent in Tennessee and by him forwarded by mail to Dunken in Texas, together with a loan note. Dunken received the policy, but did not pay the premium or execute the loan papers. He died within three months. In a suit against the company, judgment was rendered for the amount of the policy less certain offsets, together with a statutory penalty of twelve per cent., and an attorney's fee of \$ 3000. The Supreme Court of the United States reversed the judgment, holding that the contract was a Tennessee contract and that the Texas statutory provision could not be constitutionally applied to such contract.

Home Insurance Company v. Dick is the latest decision by the Supreme Court on the subject under discussion. In this case, Dick, a citizen of Texas, brought suit in Texas against a Mexican corporation to recover on a policy of fire insurance on a tug, which had been issued to him in Mexico and was payable there. The Mexican corporation was not doing business in Texas, so that no personal judgment against it could be entered, but recovery was sought by means of an *in rem* proceeding, that is, a garnishment proceeding, the garnishee, a New York corporation, being indebted to the Mexi-

Aetna c. Dunken ⁴¹, et de l'autre, celui de la *Home Insurance Co c. Dick* ⁴². Dans le premier cas, Dunken, domicilié dans l'Etat de Tennessee, conclut dans ce même Etat un contrat d'assurance sur la vie avec des versements échelonnés sur un délai de 7 ans. Par la suite Dunken établit son domicile au Texas et, en accord avec les conditions du contrat, la police fut convertie en une police à versements échelonnés sur un délai de vingt ans. La demande de conversion fut portée à la connaissance du siège central de la compagnie, qui se trouvait au Connecticut, par les soins de l'agent du Tennessee. La nouvelle police avait été envoyée à Dunken à son nouveau domicile au Texas, par l'intermédiaire de l'agent du Tennessee. Dunken reçut bien les documents ainsi que la note des frais occasionnés par la conversion. Au bout de trois mois il mourut sans avoir acquitté ni primes ni débours de la compagnie. Les héritiers de Dunken réclamèrent le paiement de la police et ils obtinrent gain de cause, déduction faite de certaines sommes qui revenaient à la compagnie, en même temps que des intérêts moratoires, tels que les prévoyaient les lois du Texas. La Cour suprême cassa ce jugement par ce motif que le contrat avait été conclu au Tennessee et que par conséquent les lois du Texas ne sauraient régir pareil contrat.

La seconde espèce, *Compagnie d'assurance du Foyer c. Dick* contient la dernière décision de la Cour suprême à ce sujet. Dick, sujet du Texas, intenta devant les tribunaux de son pays un procès à une compagnie d'assurance mexicaine pour obtenir le paiement d'une police d'assurance incendie, qui lui avait été délivrée au Mexique et qui était payable

can corporation under contracts of reinsurance. The suit was not commenced until more than a year after the date of the loss. There was a provision in the contract of insurance, valid according to the law of Mexico, that suit must be brought within one year from the date of the loss. There was a statute in Texas, however, rendering invalid any stipulation for a shorter limitation than two years. The Texas Supreme Court allowed a judgment against the corporation, but was reversed by the Supreme Court of the United States. The Supreme Court held that the Texas statute was not merely one of limitation, which, according to Anglo-American conceptions, would make it procedural and applicable to all causes of action. In that regard the learned court said : " The statute is not simply one of limitation. It does not merely fix the time in which the aid of the Texas courts may be invoked. Nor does it govern only the remedies available in the Texas courts. It deals with the powers and capacities of persons and corporations. It expressly prohibits the making of certain contracts ⁴⁵. " Such a statute, the Supreme Court held, could not be constitutionally applied to a Mexican contract. In reply to the argument that the Texas statute contained a declaration of public policy, and that a state was privileged to decline to enforce a foreign cause of action on that ground, the Supreme Court stated : " We need not consider how far the State may go in imposing

également au Mexique. La compagnie mexicaine n'avait aucune activité commerciale au Texas et par conséquent aucune action personnelle ne pouvait être intentée contre elle devant les tribunaux mexicains. Mais Dick réclama le paiement de la police par une procédure *in rem*, pratiquée sur un tiers, une compagnie new-yorkaise qui était débitrice de la compagnie mexicaine en vertu de contrats de réassurance. L'action en justice fut intentée plus d'un an après le sinistre. Dans le contrat d'assurance il y avait une clause, valable selon la loi mexicaine, qui imposait à l'assuré d'agir dans le délai d'un an à partir du jour du sinistre. Au contraire selon la loi du Texas toute stipulation tendant à limiter le délai d'action à moins de deux ans était nulle et non-avenue. La Cour suprême du Texas accorda jugement contre la Compagnie, mais la Cour suprême des Etats-Unis renversa sa décision. La Cour suprême a considéré que la loi du Texas n'avait pas un caractère « de pure péremption », ce qui, d'après la conception anglo-américaine, l'aurait rendue applicable à toute action en justice. A ce sujet l'avis de la docte Cour est le suivant : « La loi dont il est question n'a pas un caractère de pure péremption. Elle ne fixe pas seulement le délai dans lequel il faut saisir les tribunaux du Texas. Elle ne se borne pas à régler les moyens d'action pouvant être utilisés devant les tribunaux du Texas. Elle traite des pouvoirs et de la capacité des personnes physiques et morales. Elle défend formellement la conclusion de certains contrats ⁴⁵. » Selon l'avis de la Cour suprême, une pareille loi ne pouvait pas constitutionnellement être appliquée à un contrat conclu au Mexique. En réponse à l'argument que la loi du Texas contenait une clause relative à l'ordre public et que chaque Etat avait le droit de se refuser, pour cette raison d'ordre public, à appliquer une loi étrangère, la Cour suprême a formulé l'opinion suivante : « Nous n'avons pas besoin de nous enquérir des restrictions qu'un Etat peut imposer à ceux qui résident sur son sol ou aux sociétés étrangères qui

restrictions on the conduct of its own residents, and of foreign corporations which have received permission to do business within its borders ; or how far it may go in refusing to lend the aid of its courts to the enforcement of rights acquired outside its borders. It may not abrogate the right of parties beyond its borders having no relation to anything done or to be done within them ⁴⁶. »

What conclusion can be drawn from these cases in regard to the present power of the states to apply their own rules of Private International Law? Have they lost their independent power in this regard completely, not only when the fact situation arises in a sister state, but also when it has taken place in a foreign country? The Supreme Court has never announced unequivocally its power under the federal constitution to control all state decisions, involving the Conflict of Laws. Obviously there is no express provision in the federal constitution conferring such power. But it is apparent that two clauses in the constitution might be relied upon to give support to such a power of control, namely, the "full faith and credit" clause and the "due process" clause. With reference to causes of action arising in the United States, the "full faith and credit" clause could be readily utilized, at least as regards actions based upon statutes. The clause demands that "full faith and credit shall be given in each state to the public acts..., of every state". By holding that this provision imposes upon the state courts the duty to apply the proper statutes in all cases involving the Conflict of Laws, the Supreme Court could review any conflicts case arising out of transaction occurring in a sister state, when the cause of action is based upon a statute. There has been considerable uncertainty con-

exercent une activité commerciale à l'intérieur de ses frontières ; de même il est inutile de nous occuper du refus qu'un Etat peut opposer à la mise en vigueur des droits acquis en dehors de ses frontières. Aucun Etat ne pourra porter atteinte aux droits acquis en dehors de ses frontières, quand ces droits n'ont rien à voir avec ce qui a été fait ou doit l'être dans l'Etat en question ⁴⁶. »

Quelle est la conclusion que l'on peut tirer de ces cas en ce qui concerne le pouvoir actuel des Etats d'appliquer leurs propres règles de droit international privé? Les Etats ont-ils perdu leur pouvoir indépendant à cet égard, non seulement quand il s'agit de relations avec un des Etats unis, mais aussi quand il s'agit de rapports avec l'étranger? La Cour suprême n'a jamais affirmé nettement son pouvoir de contrôler, sous le couvert de la Constitution fédérale, toutes les décisions des Etats relatives aux conflits de lois. A n'en pas douter, la Constitution fédérale ne contient aucune clause formelle susceptible de confirmer ce pouvoir. Cependant deux clauses de la Constitution pourraient aisément servir d'arguments en faveur d'un tel pouvoir de contrôle ; ce sont la clause de la « force probante » et celle de la « procédure en forme due ». Pour ce qui est des procès intentés aux Etats-Unis, la clause de la « force probante » peut facilement être utilisée à propos d'actions fondées sur une loi. La clause en question exige que « chaque Etat agrée les actes publics... de tout autre Etat ». Si l'on considère que cette clause oblige les Etats à appliquer à chaque conflit de lois la loi naturellement dési-

cerning the extent to which the "full faith and credit" clause is available for the above purpose. As stated at the beginning of this article, Congressional legislation in support of the constitutional mandate so far as it relates to "public acts", is not explicit. In the absence of such legislation, the Supreme Court might hold that the provisions of the federal constitution requiring that full faith and credit be given to the public acts of sister states are "self executing", that is, requiring no Congressional action⁴⁷. There are many cases where the Supreme Court, while tacitly admitting that full faith and credit was required to be given to the statutes of sister states, has declined to reverse the decisions of the state courts on the ground that they did not deny the *validity* of the statute, but merely misconstrued or misapplied it⁴⁸. If it goes beyond this, the Supreme Court will be obliged to tell the state courts which statutes are applicable to the fact situations before such courts and what the meaning of such statutes is. When the operative facts occur in more than one state, the Supreme Court will have to determine whether the proper rule of the Conflict of Laws called for the application of the statute of one state or for that of another, for example, whether it should be the statute of the place of contracting or the statute of the place of performance, unless, perchance, it is

gnée pour sa solution, la Cour suprême aurait le droit de connaître de tous les cas de conflits qui résulteraient de transactions intervenues à l'intérieur des Etats-Unis, à condition qu'il s'agisse d'actions fondées sur une loi. Une grande incertitude a régné quant à l'étendue qu'il fallait donner à la clause de la « force probante ». Dès le début du présent article il a été fait allusion au manque de précision par lequel se signalent les lois du Congrès sur la matière. En présence des lacunes de cette législation, la Cour suprême pourrait considérer cette clause de la Constitution fédérale comme « exécutoire d'elle-même », c'est-à-dire, ne requérant aucune intervention du Congrès⁴⁷. Dans un grand nombre de cas, tout en admettant tacitement que « pleins crédit et foi » doivent être donnés aux lois des Etats frères, elle s'est refusée à renverser les décisions de Cours d'Etats pour la raison qu'ils n'avaient pas dénié la *validité* de la loi (d'un autre Etat), mais l'avaient seulement mal interprétée ou mal appliquée⁴⁸. Pour aller plus loin, la Cour suprême serait obligée d'indiquer aux Cours d'Etats, quelle est la loi applicable à chacune des situations de fait qui leur sont soumises et quel est le sens de cette loi*. Lorsque les faits litigieux mettent en cause plus d'un Etat, la Cour suprême aurait à déterminer si c'est la loi d'un Etat ou celle d'un autre qui convient pour la solution du litige, par exemple s'il faut appliquer la loi du lieu où le contrat a été conclu ou celle du lieu où il doit être exécuté, à moins qu'elle ne se résigne à laisser les Cours d'Etat

* C'est la même raison qu'invoquent la Cour de cassation française et le *Reichsgericht* pour ranger la détermination du contenu et du sens de la loi étrangère parmi les constatations de fait ou les *Feststellungen*, et se contenter que les juridictions soumises à leur contrôle déclarent quelle est celle des lois nationales qu'elles vont appliquer à la solution du conflit de lois dont elles sont saisies, sans rechercher si elles l'appliquent réellement et correctement. Il suffit que la loi, que la Cour subordonnée manifeste l'intention d'appliquer soit celle qui est désignée par la règle de droit international admise par la jurisprudence de la Cour régulatrice.

prepared to allow the states to choose the law of any state with the operative facts have a substantial connection.

As the "full faith and credit" clause refers only to states of this country, the Supreme Court could not hold very well that the clause, so far as it relates to public acts, included causes of action arising in foreign countries. It is also very difficult to conceive that the Supreme Court would ever extend the application of the "full faith and credit" clause to the decisional doctrines of a sister state. The term "public act" may be held to include the constitution of a state, its legislative enactments, etc.⁴⁹, but the rules laid down by the courts in past decisions, which constitute the common law of the state, can be brought within the term "public acts" only by the greatest stretch of the imagination.

We thus see that even if it were inclined to control all decisions of the state courts, involving the Conflict of Laws, or Private International Law, the Supreme Court would find it practically impossible to reach this result in reliance upon the "full faith and credit clause", for in the normal course of events, it would not include causes of action arising in foreign countries, nor common-law causes of action arising in sister states.

However, the "due process" clause of the federal constitution is not necessarily subject to such limitations. Although its application in the field of the Conflict of Laws has been confined largely to matters affecting the jurisdiction of courts, the words "due process" have no inherent meaning, so that they could be extended

choisir la loi de l'Etat qui leur paraît avoir les rapports les plus substantiels avec les faits litigieux.

Etant donné que la clause de « pleins crédit et foi » ne se réfère qu'aux seuls Etats de l'Union Américaine, la Cour ne pouvait pas facilement admettre qu'elle puisse s'appliquer à des actes publics contenant des causes d'action qui se sont produites à l'étranger. Il est aussi très difficile de concevoir que la Cour suprême puisse jamais étendre l'application de cette clause aux décisions doctrinales émises dans un Etat frère. On peut bien admettre que le terme « actes publics » comprend la constitution d'un Etat, ses actes législatifs, etc.⁴⁹, mais il faudrait une grande puissance d'imagination pour faire entrer dans ce terme « actes publics » les règles posées dans les décisions antérieures des cours qui constituent le « common law » ou droit judiciaire de cet Etat.

Nous voyons ainsi que, même si la Cour suprême était disposée à contrôler toutes les décisions des Cours d'Etats portant sur le conflit de lois ou de droit international privé, elle se trouverait dans l'impossibilité d'atteindre ce résultat au moyen de la clause de la « force probante » ; car celle-ci ne vise ni les procès soulevés à l'étranger ni les procès relevant du droit commun de l'un des Etats unis.

A l'opposé, la clause de la « procédure en forme due » n'est pas nécessairement sujette à des pareilles limitations. Bien que son application dans le domaine des conflits de lois se soit en grande partie bornée aux questions relatives à la compétence des Cours d'Etats, les termes « procédure en forme due » n'ont aucune signification parti-

without shock to the legal profession to cover any situation where, in the opinion of the Supreme Court of the United States, the rights of the parties have been determined with reference to an erroneous rule of the Conflict of Laws. Whether such an erroneous determination has reference to the law of a sister state, or to that of a foreign country would be immaterial, as would be also the fact whether the right involved was a common law or a statutory right. Nor would it matter whether the error consisted in the application or non-application of the law of another state or country, or of the law of the forum ⁵⁰.

In the event that the Supreme Court should assume the role of being the arbiter of all questions relating to the Conflict of Laws, various questions of a subordinate character or nature would remain to be determined. In the first place, the Supreme Court would have to reach definite conclusions in its choice of the rules of the Conflict of Laws, which would indicate to the courts of the states which law was to be applied. It would have to determine also within what limits, if any, courts of a sister state could decline to give effect to a foreign cause of action, whether common-law or statutory, on grounds of public policy ⁵¹.

Certain other qualifications, already existing with respect to the "full faith and credit" clause, would no doubt continue to be recognized. If, for example, a state should create a statutory cause of action, but provide that suit must be brought within the state, the Supreme Court would no doubt continue to hold that the courts of other states would not be bound by such provision ⁵². The existing rule also that the "full faith and credit" clause applies only to

culière. Et, dès lors, cette clause pourrait, sans choquer, être invoquée dans tous les cas où la Cour suprême des Etats-Unis estime qu'il y a erreur dans l'application des règles de conflit des lois. Le fait de savoir si l'erreur a été commise dans l'application de la loi d'un Etat américain, ou dans l'application d'une loi étrangère serait aussi peu important que le fait de savoir s'il s'agit d'un droit commun ou d'un droit législatif. Il importerait également fort peu que l'erreur consiste dans l'application ou dans la non-application de la loi d'un autre Etat américain ou d'une loi étrangère, ou dans celle de la loi du tribunal saisi ⁵⁰.

En premier lieu, la Cour suprême devrait s'efforcer de se prononcer définitivement dans le choix qu'elle fait en matière des règles de conflit des lois pour indiquer aux tribunaux des Etats la loi applicable dans chaque circonstance. Elle devrait aussi indiquer à quelles conditions un tribunal local pourrait, sous un prétexte d'ordre public, refuser de connaître d'une action fondée sur la loi d'un Etat voisin, qu'il s'agisse de droit commun ou de droit législatif ⁵¹.

D'autres qualifications, qui ont déjà été établies par rapport à la clause de la « force probante » continueraient sans doute à être reconnues comme par le passé. Si, par exemple, un Etat créait par l'émission d'une nouvelle loi une nouvelle cause d'action, à condition que le procès soit intenté devant ses tribunaux, la Cour suprême continuerait sans doute à affirmer que les tribunaux des autres Etats ne sont nullement tenus de se conformer à cette mesure législative ⁵². De même y a-t-il lieu

substantive matters, leaving the courts of the forum free to apply their own laws to matters of procedure ⁵³ would, without question, be continued. Where the foreign cause of action cannot be enforced substantially as created ⁵⁴, the courts of the forum would be free no doubt to decline jurisdiction ; as would be the case also when the remedy is intimately connected with the right by the law creating the obligation, and there is no machinery at the forum suitable for the enforcement of such right ⁵⁵. Again, if the foreign cause of action is "penal" in the international sense, as defined by the Supreme Court of the United States ⁵⁶, the state courts might be left free, by way of exception, to decline to give effect thereto. Another exception would relate to the enforcement of foreign revenue acts ⁵⁷.

If it be asked what the Supreme Court of the United States is likely to do in the matter of controlling the rules of Private International Law adopted by the state legislatures or courts, it is hazardous to make an answer. In the light of the court's attitude in the past, it would seem that more likely than not, it will continue to intervene only under exceptional circumstances, where, in its opinion, either uniformity is desirable, or it seems necessary to draw definite limits to the application of state legislation. Although the logical implication of decisions of this sort may be that *all* erroneous applications of the rules of the Conflict of Laws by state courts should be regarded by the Supreme Court as giving rise to a "federal question", practical considerations will probably deter it from drawing such a conclusion. Until it is convinced that uniformity in the rules of

de croire qu'elle maintiendrait en vigueur la règle actuelle qui précise que la clause de la « force probante » s'applique seulement aux matières « substantielles » et que le tribunal saisi garde toute sa liberté quant aux règles de procédure ⁵³. Toutes les fois que la nouvelle cause d'action ne pourrait être introduite telle qu'elle avait été conçue au lieu d'origine ⁵⁴, le tribunal saisi aurait sans doute le droit de refuser de l'accueillir ; il en serait ainsi dans le cas où l'action sanctionnant un droit a été intimement liée à ce droit par la loi (étrangère) qui a créé ce droit, alors que le tribunal saisi ne dispose pas d'un rouage suffisant pour la mise en vigueur d'un appareil pour la mise en force de ce droit ⁵⁵. Aussi, dans le cas où la nouvelle cause d'action serait d'ordre criminel au point de vue international, tel qu'il a été défini par la Cour suprême ⁵⁶, il pourrait, exceptionnellement être autorisé à décliner la connaissance de cette affaire ⁵⁷.

Il serait quelque peu téméraire de répondre dès à présent à la question de savoir si, à l'avenir, la Cour suprême des Etats-Unis assumera un contrôle plus ou moins rigoureux des règles de droit international privé, telles qu'elles sont appliquées par les législateurs et les juges des divers Etats. Si l'on concluait du passé à l'avenir, il paraîtrait fort vraisemblable que la Cour continuerait à n'intervenir que dans des circonstances exceptionnelles, pour maintenir l'uniformité d'interprétation et pour définir strictement la sphère d'application des législations locales. Logiquement, toute erreur dans l'application des règles de conflit des lois devrait être considérée par la Cour suprême comme mettant en jeu un « point de droit fédéral » ; mais des considérations d'ordre pratique inspireront probablement à la Cour d'autres solutions plus réservées. Jusqu'au moment où la Cour suprême aura acquis la con-

Private International Law and their application has become a paramount necessity, we may expect that it will continue to base its decisions in cases where intervention on its part seems desirable, as in the past, upon such clauses of the federal constitution as seem most fitting for the case in hand, instead of announcing the broad proposition that the erroneous adoption or misapplication of any rule of Private International Law constitutes a violation of the "due process" clause.

Under our present governmental structure, which leaves the general legislative power in the hands of the individual states, except where it has been delegated to Congress, uniformity of legislation is, of course, out of the question. The common-law doctrines of the various states will also continue to differ under the present political structure, because no appeal lies to the Supreme Court of the United States from all decisions of the state courts. However, as regards the rules of Private International Law, it is at the present time within the power of the Supreme Court to create uniformity. Until this power is asserted such rules will continue to belong to the jurisdiction of the individual states, subject to such qualifications, as may be imposed by the Supreme Court of the United States by virtue of particular clauses of the federal Constitution.

viction que l'uniformité dans l'interprétation et dans l'application des règles de droit international privé est une nécessité impérieuse, elle continuera, selon toutes prévisions, à justifier ses interventions, comme dans le passé, au moyen des clauses de la Constitution fédérale qui lui paraîtront les plus opportunes en l'occurrence. Et elle s'abstiendra de poser en principe que l'erreur dans la désignation ou dans l'application des règles de droit international privé constitue une violation de la clause de la « procédure en forme due ».

Sous la structure actuelle de notre gouvernement, qui laisse le pouvoir législatif général entre les mains des divers Etats, dont se compose notre Union fédérale, sauf pour les matières où il a été délégué par la Constitution au Congrès, il ne saurait, naturellement, être question d'uniformité de législation. Tant que se maintiendra cette structure politique des Etats-Unis, les doctrines de *common law* (ou de droit judiciaire) des divers Etats fédérés continueront à diverger les unes des autres, puisqu'il n'y a point d'appel possible à la Cour suprême des Etats-Unis pour toutes les décisions des Cours d'Etats. Cependant, en ce qui concerne les règles du droit international privé, il serait, dès l'heure présente, au pouvoir de la Cour suprême d'en établir l'uniformité. Mais, tant qu'elle n'aura point manifesté la volonté d'assumer et d'exercer ce pouvoir, ces règles du droit international privé resteront dans la dépendance des juridictions de chacun des Etats, sous la seule réserve des limitations qui peuvent être imposées par la Cour suprême des Etats-Unis à la liberté d'appréciation de ces juridictions, en vertu de clauses particulières de la Constitution fédérale.

¹ See *Swift v. Tyson*, 16 Pet. 1 (U. S., 1842).

² U. S. Rev. Stat. sec. 905 ; U. S. Comp. Stat. 1916, sec. 1519, p. 2431.

³ Now sections 687 and 688, title 28, of The Code of the Laws of the United States of America (1925). See FIELD, *Judicial Notice of Public Acts under the Full Faith and Credit Clause*, 12 *Minn. Law Rev.* 439, 442, note 12 ; LANGMAID, *The Full Faith and Credit Required for Public Acts*, 24 *Ill. Law Rev.* 382, 388-390.

⁴ McDonald v. Mabie, 243 U. S. 90 (1917).

⁵ Hess v. Pawloski, 274 U. S. 352 (1927).

⁶ See BULLINGTON, *Jurisdiction over Foreign Corporations*, 6 *N. C. Law Rev.* 47.

⁷ Atherton v. Atherton, 181 U. S. 155 (1901) ; Haddock v. Haddock, 201 U. S. 562 (1906) ; Thompson v. Thompson, 226 U. S. 551 (1913).

⁸ See Christmas v. Russell, 5 Wall. 290 (U. S., 1866). At the time of this decision equitable defenses could not be interposed in the federal courts in actions at law. At that time, therefore, the plea of fraud could be no defense. Since 1915 equitable defenses are available in such actions, but the Supreme Court has as yet not had an occasion to pass upon the question whether the defense of fraud shall be cut off for other reasons than the procedural one indicated.

⁹ See Huntington v. Attrill, 146 U. S. 657 (1892).

¹⁰ Fauntleroy v. Lum, 210 U. S. 230 (1908) ; Roche v. McDonald, 275 U. S. 449 (1928).

¹¹ Pennoyer v. Neff, 95 U. S. 714 (1877) ; Riverside v. Menefee, 237 U. S. 189 (1915) ; Wuchter v. Pizzuti, 276 U. S. 13 (1928).

¹² McDonald v. Mabie, 243 U. S. 90 (1917).

¹³ Wuchter v. Pizzuti, *supra* note 11.

¹⁴ See Davis v. Farmers' Co-op. Equity Co., 262 U. S. 312 (1923) ; Michigan Central Ry. v. Mix, 278 U. S. 492 (1929) ; see also Missouri v. Taylor, 266 U. S. 200 (1924), Atchison v. Topeka S. F. and S. Ry. v. Wells, 265 U. S. 801 (1924) ; Harris v. American Ry. Express Co., 12 Fed. (2nd) 487 ; certiorari denied by Supreme Court in 273 U. S. 695 (1926).

¹⁵ Paul v. Virginia, 8 Wall. 168 (U. S., 1868).

¹⁶ BLAIR, *The Doctrine of Forum Non Conveniens in Anglo-American Law*, 29 *Col. Law Rev.* 1.

¹⁷ Douglas v. New York and N. H. and H. R. Co., 279 U. S. 377 (1929).

¹⁸ Canadian Nat. Ry. v. Eggen, 252 U. S. 553 (1920).

¹⁹ Concerning the privileges and immunities in general of citizens of the United States and of the individual states, see MCGOVNEY, *Privileges and Immunities Clause, Fourteenth Amendment*, 4 *Iowa Law Bulletin* 219 ; MEYERS, *The Privileges and Immunities of Citizens in the Several States*, 1 *Mich. Law Rev.* 286, 364.

²⁰ POWELL, *Taxation of Things in Transit*, 7 *Va. Law Rev.* at p. 526.

²¹ Union Refrigerator Transit Co. v. Kentucky, 199 U. S. 194 (1905).

²² Frick v. Pennsylvania, 268 U. S. 473 (1925).

²³ POWELL, *Taxation of Things in Transit*, 7 *Va. Law Rev.* 167, 245, 429, 497 ; *Extra-Territorial Inheritance Taxation*, 20 *Col. Law Rev.* 297.

²⁴ Hawley v. Malden, 232 U. S. 1 (1914).

²⁵ Blackstone v. Miller, 188 U. S. 189 (1903), overruled by Farmers' Loan and Trust Company v. Minnesota, 280 U. S. 204 (1929).

²⁶ Metropolitan Life Ins. Co. v. New Orleans, 205 U. S. 395 (1907).

²⁷ Wheeler v. Sohmer, 233 U. S. 434 (1914).

²⁸ *Tappan v. Merchants Nat. Bank*, 19 Wall. 490 U. S. (1873); *Corry v. Baltimore*, 196 U. S. 466 (1905).

²⁹ *Farmers' Loan and Trust Co. v. Minnesota*, 280 U. S. 204 (1929) ; *Baldwin v. State of Missouri*, 281 U. S. 586 (1930).

³⁰ *Travellers' Ins. Co. v. Conn.*, 185 U. S. 364 (1902) ; *Travis v. Yale and Towne Mfg. Co.*, 252 U. S. 60 (1920) ; *Shafer v. Carter*, 252 U. S. 37 (1920).

³¹ 43 Stat. 937 (1925).

³² *Supra*, à la quatrième page de cet article.

³³ 242 U. S. 171 (1916).

³⁴ 242 U. S. 171 at p. 176.

³⁵ *Supra*, à la quatrième page de cet article.

³⁶ *Union Trust Co. v. Grosman*, 245 U. S. 412 (1917) ; with which compare *Converse v. Hamilton*, 224 U. S. 243 (1912) ; also *Home Ins. Co. v. Dick*, 281 U. S. 397 (1930).

³⁷ *Fox v. Postal Telegraph Co.*, 138 Wis. 648 (1909).

³⁸ 224 U. S. 243 (1912).

³⁹ 237 U. S. 531 (1915).

⁴⁰ 234 U. S. 149 (1914).

⁴¹ *New York Life Ins. Co. v. Dodge*, 246 U. S. 357 (1918).

⁴² *Modern Woodman v. Mixer*, 267 U. S. 544 (1925).

⁴³ *Aetna Life Ins. Co. v. Dunken*, 266 U. S. 389 (1924).

⁴⁴ *Home Ins. Co. v. Dick*, 281 U. S. 397 (1930).

⁴⁵ 281 U. S. at p. 407.

⁴⁶ 281 U. S., at p. 410.

⁴⁷ See FIELD, *loc. cit.*, *supra* note 3, at 442 et seq.

⁴⁸ *Chicago and Alton Rd. v. Wiggins Ferry Co.*, 119 U. S. 615 (1877) ; *Lloyd v. Matthews*, 155 U. S. 222 (1894) ; *Pa. Fire Ins. Co. v. Gold Issue Mining Co.*, 243 U. S. 93 (1917).

⁴⁹ FIELD, *loc. cit.*, *supra* note 3, at 440-441.

⁵⁰ One eminent writer has gone beyond this and contended that the due process clause should cover any erroneous decision by a state court, although involving purely domestic facts. SCHOFIELD, *The Supreme Court of the United States and the Enforcement of State Law by State Courts*, 3 *Ill. Law Rev.* 195. The law has been established, however, in the contrary sense.

⁵¹ Compare *supra* note 36 ; see also *Bothwell v. Buckbee, Mears Co.*, 275 U. S. 274 (1927).

⁵² *Atchison, T. and S. F. R. Co. v. Sowers*, 213 U. S. 55 (1909) ; *Tenn. Coal, Iron and R. Co. v. George*, 233 U. S. 354 (1914).

⁵³ *McElmoyle v. Cohen*, 13 Pet. 312 U. S. (1839).

⁵⁴ *Slater v. Mex. Nat. R. Co.*, 194 U. S. 120 (1904).

⁵⁵ For example, if suit should be brought under a foreign Workmen's Compensation Act, which has set up a special administrative machinery for the enforcement of the claim, and no such machinery exists at the forum.

⁵⁶ See *Huntington v. Attrill*, 146 U. S. 657 (1892).

⁵⁷ See note, 29 *Columbia Law Rev.* 782.

TITRE X

DROIT COMPARÉ

ET DROIT COMMUN INTERNATIONAL

En décrivant — au travers de leur application aux conflits de lois internes d'une fédération d'Etats — le fonctionnement des méthodes et des principes de la discipline, connue sous le nom désormais indéracinable de droit international privé, le chapitre unique du titre précédent a fait ressortir plus brutalement que cette discipline est frappée, par ses conditions actuelles de vie, d'infirmités graves, et d'infirmités destinées à rester inguérissables tant qu'elle n'aura pas franchi définitivement le stade du développement doctrinal pour passer au développement par voie de législation internationale. Mais il n'était pas besoin de cet éclairage par l'extérieur pour rendre ces infirmités sensibles à la masse des justiciables — et en particulier aux commerçants — dont les hasards de la litigation font trop souvent, pour leur plus grand dommage, les usagers involontaires de la doctrine des conflits de lois. Aussi y a-t-il déjà longtemps que s'est éveillé chez eux le désir de voir se constituer, parallèlement à cette forme ancienne de droit privé international, d'humeur irréductiblement nationaliste, qu'est la théorie classique du conflit de lois, un type plus moderne de droit international privé, qui s'inspire d'un esprit résolument international, et puisse jouer, par rapport à son aînée le rôle que la médecine préventive tient auprès de la médecine curative.

Le droit comparé n'a longtemps été que l'éveil, dans chaque pays, d'une curiosité des institutions étrangères, sans but défini. Tout au plus visait-il à fournir des suggestions à la politique juridique nationale et à aider les cours de justice à appliquer correctement les législations étrangères, déclarées compétentes, pour la réglementation de certaines catégories de rapports juridiques, par leurs règles nationales de solution des conflits de lois. Ce n'est guère que depuis la fin de la guerre mondiale que le droit comparé a commencé à s'aiguiller nettement vers la tâche que j'ai toujours considérée comme sa fonction essentielle (v. mon étude critique sur le premier des grands livres de Gény, *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, dans la *Revue internationale de l'enseignement*, 1900, II,

218-243, et mes *Etudes de droit commun législatif ou de droit civil comparé. La fonction du droit civil comparé*, Paris, Giard, 1903). Cette fonction c'est la participation à la mise en lumière ou la préparation d'un droit international privé, international à la fois dans ses sources et ses applications.

Le droit comparé se présente ainsi non pas comme un produit juridique, mais comme l'un des instruments — l'instrument doctrinal — de dégagement d'un corps de principes juridiques, à portée internationale ou supra-nationale, pour la désignation duquel il est difficile de trouver un nom satisfaisant. La plupart de ceux que j'ai successivement essayés ne valaient rien : droit commun législatif parce que la législation est loin d'être la seule source de ce droit, droit commun de la société des nations, parce que la communauté internationale actuelle ne se confond pas avec l'organisme politique désigné par ce terme, droit européen ou droit occidental, parce que, si la civilisation dans le cadre de laquelle, et en fonction de laquelle se développe ce droit a eu son berceau dans l'Europe occidentale, elle s'est depuis longtemps diffusée sur d'autres continents. L'étiquette droit mondial ne me plaît guère, non plus, parce qu'elle prête au dit corps de droit des ambitions plus vastes que celles qu'il lui est possible de réaliser. Cette difficulté d'étiquetage tient à ce que le seul titre qui pourrait qualifier exactement le produit en question — droit privé international — est devenu la propriété et la marque personnelle de son aînée, la théorie du conflit de loi.

Alors que le droit international privé, bâti par cette dernière, attend que les conflits s'élèvent entre lois nationales pour les résoudre par des moyens de fortune, le droit international privé, bâti par le droit comparé en liaison avec la législation uniforme, se préoccupe de couper le mal dans sa racine et de supprimer les conflits de lois en en faisant disparaître la cause : la diversité de contenus des droits nationaux.

Deux de nos collègues japonais, Naojiro Sugiyama, dans le tome II de ce Recueil (Libre recherche scientifique) et Kotaro Tanaka, dans le tome III (Sources du droit commercial) ont, comme préambule ou conclusion de travaux consacrés à d'autres sujets, affirmé leur foi en l'avenir de cette discipline. Ils l'ont fait avec la sûreté de vues et la compétence que leur donne la participation au fécond de travail qui s'est fait à l'Université Impériale de Tokio pour y préparer l'organisation méthodique de l'enseignement du droit comparé, et qui a débuté par l'établissement dans cette université de trois chaires consacrées respectivement à l'étude du droit allemand, du droit anglais et du droit français. D'autres aussi, parmi les travailleurs du droit privé, ont rendu hommage à l'existence, comme l'une des plus claires réalités du temps présent, d'un fonds de principes et de croyances, de données et d'aspirations juridiques unissant l'ensemble de la communauté internationale actuelle, — fonds qui déjà fournit une ample matière première au

type de droit privé international que travaille à développer le droit comparé.

Mais la plus saisissante et la plus instructive de ces attestations est indubitablement celle qui se dégage du solide et homogène faisceau d'études sur les sources du droit international public que forment dans ce troisième volume les contributions de A. Baumgarten, d'Edwin Borchard, de Louis Le Fur, de Nicolas Politis, de Georges Scelle, d'Alfred Verdross et de Charles de Visscher. Il en ressort que c'est par l'intermédiaire du corps du droit international privé — constitué par les principes généraux de droit commun aux peuples civilisés — que se fait sentir l'aide donnée par le droit privé au travail des constructeurs du droit international public. Ces contributions nous rappellent que des organes d'application du droit international public, tels que les commissions ou juridictions arbitrales, n'ont point attendu que nous — les hommes du droit privé — découvriions les vertus internationales de ces principes, pour rendre hommage à ces vertus et les faire servir à l'apaisement des conflits internationaux.

Quelques-uns des apporteurs français de contributions ont traité, dans des chapitres antérieurs de ce Recueil, de l'aide donnée, soit par le droit administratif au droit civil, soit par le droit civil au droit administratif. Le faisceau des contributions de droit international public attire non moins utilement l'attention sur les services respectifs que peuvent et doivent se rendre droit privé et droit des gens, et surtout sur les éléments nouveaux d'activité que le droit international public fournit au droit privé, en l'engageant à son service et en l'obligeant, pour ce service, à explorer un domaine que civilistes et commercialistes sont, en général, trop portés à laisser en friche.

Je ne cacherai point que cet emploi auxiliaire du corps de droit privé international, que j'appelle, faute de mieux, droit commun international, m'a personnellement forcé à étudier des éléments de ce droit supra-national vers lesquels ma curiosité spontanée ne m'eût sans doute jamais attiré. C'est de demandes d'attestations de l'existence, dans ce droit commun aux peuples civilisés, de tel ou tel principe — ou de telle ou telle combinaison de principes — qui m'étaient présentées en vue d'utilisation dans des conflits de droit international public, que sont sortis les deux seuls travaux de quelque étendue que j'ai pu publier au cours de cette année : *Un parère de jurisprudence comparative 1° Dettes contractées en monnaie étrangère... ; 2° Rôle de la clause compromissoire dans les marchés du commerce international*, tome 33 de la Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon, et *Une fuite dans les institutions de paix. Le libre jeu des représailles et l'embargo punitif sur les marchandises. Fermeture du droit privé international à leur action*, dans la Revue de l'Université de Lyon, 1934.

Aucune des contributions précitées n'a, toutefois, touché autrement qu'en passant aux matières du présent titre. Parmi les envois

qui me sont parvenus en réponse à la circulaire traçant le plan du *Recueil Génv*, le seul qui rentre dans cette sphère d'étude, est le travail — qui en formera le premier chapitre — que Wieland a intitulé *Rechtsquellen und Weltrecht*. Dans ses pages, d'une rare condensation, se trouvent posés tant de problèmes vitaux pour la discipline du droit comparé que je ne puis résister au désir de noter quelques-unes des réflexions que sa lecture m'a inspirées. Ce qui m'amène à renoncer à l'intention, que j'avais manifestée dans la préface de ce Recueil, d'y borner ma coopération à l'assemblage des contributions d'autrui. J'esquisserai donc, à la hâte, dans un dernier chapitre, quelques vues personnelles sur quelques-uns des problèmes que la contribution de Wieland a si clairement posés.

CHAPITRE PREMIER

Rechtsquellen und Weltrecht

von Prof. K. WIELAND, Basel

I. Der Begriff „Rechtsquellen“ lässt sich bekanntlich in verschiedenem Sinne verstehen. Bezeichnet man als Rechtsquellen in allgemein üblicher Weise Gesetz, Gewohnheit, autonome Satzung, etc., so lehrt schon der bildliche Ausdruck „Quelle“ (source), dass unter Rechtsquellen nicht die Schöpfung der Rechtssätze zu verstehen ist, sondern nur, was einem Rechtssatze verbindliche Kraft verleiht (sanction). Gleich wie „Quelle“ nur den Ort bezeichnet, an dem das Wasser ans Licht tritt, nicht aber die das Hervorsprudeln bewirkenden unterirdischen Wasseradern, so unterscheiden wir von den Rechtsquellen im hergebrachten Sinn die das Recht seinem gedanklichen Inhalte nach erzeugenden geistigen Kräfte, die eigentlichen rechtsbildenden Faktoren, zielbewusste Ueberlegung, Zweckmässigkeitserwägungen, subjektives Rechtsgefühl. Nicht der Gesetzgeber erzeugt das Recht, sondern der Verfasser des Entwurfs, freilich auch er nur, soweit ihm dessen Sinn und Tragweite bewusst geworden ist.

Sources du droit et droit mondial

par K. WIELAND, Professeur à l'Université de Bâle

Traduit par Jean SPACH
Licencié en droit

I. La notion de sources du droit recouvre des sens différents. De façon générale on bloque sous cette qualification la loi, la coutume, les règlements autonomes ; pareille conception ne s'attache pas aux facteurs d'élaboration des règles de droit, mais uniquement aux cadres où ces dernières s'expriment pour avoir une force obligatoire et sanctionnée. Le mot figuré source est au demeurant topique : il ne désigne pas l'ensemble des veines souterraines qui font jaillir l'eau ; mais l'endroit où celle-ci sort du sol. Des sources du droit entendues selon le point de vue ci-dessus rapporté il importe donc de distinguer les forces spirituelles qui façonnent le contenu intellectuel des règles de droit : volontés réfléchies d'atteindre tels buts, considérations purement pragmatiques, sentiment subjectif du droit. Ce n'est pas le législateur qui crée le droit, c'est l'auteur du projet de loi et ce uniquement dans la mesure où il a eu pleine conscience du sens profond et de la portée de son projet.

Diese verschiedene Bedeutung des Begriffs „Rechtsquelle“ muss man im Auge behalten, wenn man über die Frage, inwieweit ist ein einheitliches Weltrecht möglich, wünschbar und durchführbar, ein richtiges Urteil gewinnen will.

Als Rechtsquellen im üblichen Verstande weisen die normalen Entstehungsgründe eines einheitlichen Weltrechts, nämlich Staatsverträge, keinen besonderen Charakter auf. Denn auch Staatsverträge bedürfen, um im Inneren eines Staates wirksam zu werden, eines deren Befolgung anbefehlenden Gesetzes (sanction, introduction). Allein Erzeuger des staatsvertraglichen Rechts sind die Verfasser des Entwurfes, d.h. die den Inhalt des Uebereinkommens festsetzenden internationalen Konferenzen, nur dass der Inhalt des Konferenz Entwurfes für die nationalen Parlamente bindend ist. Die gesetzgebenden Parlamente, können nur den Staatsvertrag als Ganzes annehmen oder ablehnen, sie können nur „ja“ oder „nein“ sagen. Auf die Gestaltung seines Inhalts haben sie keinen Einfluss. Bei Licht betrachtet hat der Landesgesetzgeber zugunsten einer internationalen Instanz abgedankt.

II. Inwieweit ist die Schaffung eines einheitlichen Weltrechts wünschbar? Die Frage wird ohne Weiteres zu bejahen sein für diejenigen einheitlichen und überstaatlichen Rechtsnormen, die wir der Kürze halben als *einheitliches internationales Recht* bezeichnen wollen. Wir verstehen darunter Staatsvertragliche Normen, die eine internationale Beziehung irgend welcher Art aufweisen, z.B. international einheitliche Konfliktsnormen (conflits des lois). Wie

Ces deux significations de l'expression sources du droit ne doivent pas être perdues de vue lorsqu'on se propose une mise au point impartiale du problème du droit mondial, un jugement exact sur ses possibilités de réalisation, sa désirabilité et son utilité réelle.

Le procédé normal d'élaboration du droit mondial c'est le traité international. Celui-ci n'a pas une nature différente des autres parmi l'ensemble des sources du droit entendues au sens habituel. Car, ce traité, lui aussi, n'a force obligatoire à l'intérieur d'un Etat que s'il y a été introduit et sanctionné par une loi. Son véritable auteur reste néanmoins la conférence internationale qui en a élaboré le contenu : le texte du projet mis sur pied par la conférence lie, en effet, les Parlements nationaux. Ceux-ci ne peuvent qu'adopter ou rejeter l'ensemble de la convention : ils sont en face d'une alternative ; ils n'ont aucun pouvoir sur le contenu de l'acte. En réalité, le législateur interne a abdiqué en faveur d'une autorité internationale.

II. La réalisation d'un droit mondial est-elle donc à souhaiter ? On répondra tout de suite affirmativement en ce qui concerne un ensemble de règles unitaires et supra-nationales que nous appellerons *droit international unifié*. Nous entendons par là des règles juridiques, issues de conventions entre Etats, concernant quelque catégorie de rapports internationaux (comme par exemple : des normes internationales unifiées de conflits de loi).

aber verhält es sich mit dem *international einheitlichen Recht*, dem Weltrecht im engeren Sinn, d.h. inhaltlich übereinstimmenden Rechtssätze, eine Mehrheit von Staaten umfassend, die jedoch dem Gebiet der rein internen Gesetzgebung angehören und von jeder internationalen Beziehung losgelöst sind, z.B. ein einheitliches Wechsel-, Aktienrecht etc. Manche Autoren halten die Vereinheitlichung nicht nur etwa des materiellen Handels- und Wechselrechts, sondern auch des gesamten Zivilrechts, des ehelichen Güter- (*régime matrimonial*) oder Erbrechts, den Ersatz der Landesgesetze durch einen einheitlichen Weltkodex für ein erstrebenswertes Ideal. Allein das künftige einheitliche Weltrecht bleibt eine Utopie, ist ein Traum und nicht einmal ein schöner. Noch immer wird die Lehre der historischen Schule wahr bleiben, dass das Recht Ausfluss des Volksbewusstseins ist. Auf der nationalen Differenzierung beruht seine Lebenskraft, sein Gedeihen und sein innerer Reichtum. Wie bereits das äussere Gewand verschiedener Landesgesetze ein verschiedenes ist und den abweichenden Volkscharakter zur Anschauung bringt, wie jedes seine besonderen Vorzüge und Mängel hat, wie auch die juristische Methode der Rechtsfindung und Rechtsanwendung durch die Differenzierung bedingt sind, hat Niemand überzeugender dargetan, als der verehrte Jubilar in seiner Vergleichung der Technik des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs und des schweizerische Zivilgesetzbuchs. S. *Livre du centenaire du Code civil français*, t. II, pp. 1022 ss. (1904). Dank dem einförmigen jedes individuellen Gepräges baren einheitlichen Weltrecht müssten wir auch auf die reichen bereits gezeitigten und noch zu erwartenden Früchte der Rechts-

Mais il en est autrement en ce qui concerne un *droit unitaire international*, un droit mondial au sens étroit du mot, c'est-à-dire un ensemble de règles de droit dont le contenu est établi de façon concordante dans une pluralité d'Etats, alors que pourtant ces règles rentrent dans le domaine de la pure législation interne et sont étrangères au cercle des relations internationales. (Tel par exemple un droit uniforme du change ou du droit des sociétés par actions.)

De nombreux auteurs estiment qu'il faut uniformiser non seulement le droit commercial et cambiste, mais aussi l'ensemble du droit civil, matrimonial et successoral. Remplacer les diverses législations par un code mondial serait un magnifique idéal.

Pareille unification des législations est en réalité une utopie au demeurant peu séduisante. Les principes dégagés par l'école historique sont, en effet, toujours vrais : le droit est un produit de la conscience populaire. Sa force vitale, son progrès, sa richesse interne sont conditionnés par les différenciations nationales. Le vénéré jubilaire dans une comparaison entre la technique du B. G. B. et celle du Code civil suisse (*Livre du centenaire du Code civil français*, t. II, p. 1022) a mis en relief de façon extraordinairement saisissante l'opposition entre les formes externes des diverses législations, entre les psychologies populaires divergentes qui s'y manifestent, entre les méthodes d'élaboration et d'interprétation qui en découlent, entre les avantages et les inconvénients qui en résultent.

D'autre part, le jour où un droit mondial uniforme dépouillé de toutes les empreintes particulières serait en vigueur il faudrait renoncer

vergleichung verzichten. Und lehrt nicht die Rechtsvergleichung, wie *E. Lambert* gezeigt hat, dass verschiedene Wege nach Rom führen und welcher Weg der beste, einfachste und kürzeste ist, um ein gesetzgeberisches Ziel zu erreichen?

Es gibt indess Ausnahmen. Als solche wird man vielleicht die bereits seit Langem anerstrebt Vereinheitlichung des *Wechselrechts* ansehen dürfen; denn das Wechselrecht ist, so scheint es wenigstens, von sämtlichen eine nationale Differenzierung rechtfertigenden Faktoren völlig losgelöst.

III. Ist die Vereinheitlichung auf solch beschränkten Gebieten von internationalem Gepräge durchführbar und auf welchem Wege ist sie es?

Wir übergehen die in den letzten Jahren viel erörterte Frage, in welchem Umfange die Vereinheitlichung des Wechselrechts anzustreben ist, und stellen uns auf den Boden der beiden Haager Abkommen von 1910 und 1912 sowie des Genfer Abkommens von 1930: Grundsätzlich volle Vereinheitlichung, jedoch mit einzelnen Vorbehalten zugunsten der Landesgesetzgebung. Ist die Schaffung eines einheitlichen Wechselrechts im Umfange der erwähnten Abkommen Erfolg verheissend und unter welchen Voraussetzungen ist sie es? Genügt es, dass eine kleinere oder grössere Anzahl von Staaten sich dem Abkommen anschliessen und seinen Inhalt zum Gesetz erklären? Die bisherigen Erfahrungen sind nichts weniger als ermutigend. Ein Abkommen ist bis auf den heutigen Tag noch von keinem Staate ratifiziert worden. Der Hauptgrund, der gegen Annahme der Haager Entwürfe geltend gemacht worden ist, ist für

aux leçons si larges qu'a déjà données et que donnera encore l'étude du droit comparé. Le droit comparé, comme *E. Lambert* l'a montré, n'indique-t-il pas de nombreuses voies pour réaliser tel but législatif et parmi tous ces chemins qui mènent à Rome, n'oriente-t-il pas vers le plus sûr, le plus simple et le plus court.

De cette condamnation de l'unification du droit il faut peut-être excepter, en particulier, tout ce qui a trait à la matière du change. Le droit du change est, effet, dépouillé très nettement de tous les facteurs de différenciation nationale.

L'unification du droit est donc admissible sur quelques matières spéciales de nature internationale. Comment la réaliser? On fera abstraction ici du problème maintes fois soulevé au cours des dernières années de l'étendue des matières dans laquelle peut être entreprise l'unification du droit du change. On se placera exclusivement sur le terrain des Conférences de La Haye de 1910 et 1912 et de Genève de 1930, c'est-à-dire de l'unification totale et absolue de tout le droit du change, à l'exception d'un certain nombre de points « réservés » à la législation des divers pays. La création d'un droit unitaire du change dans l'étendue envisagée par les conventions internationales précitées tiendra-t-elle les promesses qu'elle a fait luire et à quelles conditions les tiendra-t-elle? Suffira-t-il qu'un plus ou moins grand nombre d'Etats adhèrent au texte sorti de l'accord international et en introduisent le contenu dans leurs législations nationales? Les expériences faites jusqu'ici sont loin d'être

jedes künftige Weltrecht providentiell ; denn er liegt nicht im Inhalt des zur Vereinheitlichung vorgeschlagenen Gesetzestextes, sondern ist allgemeiner politischer Natur : Der Landesgesetzgeber will auf einem Gebiet, das der internen Gesetzgebung angehört, nicht zugunsten einer internationalen Konferenz abdanken, sondern will Herr im eigenen Hause bleiben, oder wie sich der Berichterstatter zum neuen französischen Wechselgesetz (Louis Dubois) am 16. Juin 1914 ausgedrückt hat : "Le parlement ne saurait devenir une simple Chambre d'Enregistrement d'une législation internationale. „

Allein gesetzt auch, dass das Wunder sich wirklich vollzieht, die bisher die eine ablehrende Haltung einnehmenden Staaten ihren Widerspruch aufgeben und sich, wie einst der Frankenkönig, zu einem reumütigen *adora quod incendisti bekennen* ; ist damit das erstrebte Weltwechselrecht tatsächlich gesichert, die völlige Einheit errungen? Kann man mit einem neueren österreichischen Schriftsteller in den Ruf einstimmen : „Ein Uebereinkommen, ein Recht und ein Kommentar.“ Es wäre nicht schwer z.B. aus der schweizerischen Praxis den Nachweis zu erbringen, dass einem und demselben einheitlichen Bundesgesetze im deutschen und französischen Sprachgebiet in der Praxis eine völlig abweichende Auffassung und Anwendung zu Teil geworden ist. Gleiches liesse sich auch für ein künftige Weltrecht in noch viel weitergehendem Umfange befürchten. Mit Annahme und Einführung (sanction) des Abkommens ist zwar eine einheitliche Rechtsquelle im üblichen Sinne, ein einheitliches Gesetz ins Leben getreten. Dies schliesst indess nicht aus, dass die rechtsbildenden geistigen Kräfte, die grundlegenden Auffassungen, Technik und Methoden auseinander gehen, jedes Land eine Sprache spricht, die das Andere nicht versteht. Bekanntlich treten uns

encourageantes. L'accord international n'a jusqu'à aujourd'hui été ratifié par aucun Etat *. La principale raison qui a empêché de mettre en vigueur les projets de La Haye fait prévoir l'avenir de toute tentative de droit mondial. En effet, elle n'a pas trait au contenu du texte proposé ; elle est d'allure plus générale : le législateur étatique entend rester maître dans un domaine qui ressort au droit interne ; il ne veut pas abdiquer en faveur d'une conférence internationale. Comme le disait le rapporteur de la nouvelle loi française sur la lettre de change M. Louis Dubois « le Parlement ne saurait devenir une simple chambre d'enregistrement d'une législation internationale ».

Croyons cependant un instant au miracle : Les gouvernants convertis à la foi nouvelle abandonnent leur attitude hostile et comme ce vieux roi franc adorent ce qu'ils ont brûlé hier. Sera-t-il pour autant pleinement réalisé, ce vœu d'un droit du change unifié? Pourra-t-on alors dire avec

* Il est indispensable de rappeler une fois de plus que la plupart des contributions réunies ici datent de deux ou trois ans. A l'époque où celle-ci a été écrite, peu de temps après la conclusion de la Convention de Genève pour l'adoption d'une loi uniforme sur la lettre de change et le billet à ordre, tous ceux des juristes, qui avaient suivi de près les tentatives antérieures d'unification de cette branche du droit, auraient sans doute fait les mêmes pronostics que Wieland. Car il était alors difficile de prévoir le revirement qui, en cette matière, s'est produit dans l'attitude des Etats, et dont les manifestations n'ont commencé à se faire sentir qu'avec l'année 1932.

im französischen und deutschen Wechselrecht zwei grundsätzlich entgegengesetzte Auffassungen entgegen. Die deutsche herrschende Lehre erkennt im Wechselrecht ein Recht von völlig eigenartigem Charakter, das von seinem civilrechtlichen Geschäftsgrund (cause) völlig losgelöst ist. Das Wechselrecht ist das Recht der abstrakten Wechselobligation. Die französische Theorie stellt das Wechselrecht in seinen inneren, unlöslichen Zusammenhang mit dem gemeinen Civilrecht. Die Wechselverpflichtung zwischen den ursprünglichen Parteien (tireur, preneur) ist nichts anderes als die Verpflichtung aus dem civilrechtlichen Geschäftsgrund (contrat de change). Man denke ferner an die mit dem Wechsel verbundenen Rechte auf die provision. Die Haager und Genfer Entwürfe verdecken diese Gegensätze, indem sie sich darüber ausschweigen oder sie den Landesgesetzten überlassen. Heisst dies nicht vielleicht Vogelstraussenpolitik treiben? Wir müssen es uns versagen, Inhalt und Tragweite dieses Gegensatzes näher darzulegen, sondern uns damit begnügen, die durch langjährige Beschäftigung mit den die erstrebte Vereinheitlichung betreffenden Fragen in Theorie und Praxis begründete Ueberzeugung auszusprechen, dass solange nicht beide Teile sich bemühen, sich gegenseitig zu verstehen und ein Aussöhnung der divergierenden Grundauffassungen anzustreben, so lange nicht, wo wirkliche Gegensätze bestehen, der berechtigte Kern einer jeden von ihnen anerkannt wird, die durch Annahme eines Uebereinkommens scheinbar gewonnene Einheit nach *Thollers* treffender

tel auteur autrichien moderne : « un accord, un droit, un commentaire » ? L'on sait qu'en Suisse l'interprétation et l'application des lois fédérales varient parfois selon que l'on se trouve en pays de langue allemande ou française. Sur le plan mondial et s'agissant d'un droit mondial pareilles scissions seront encore plus à craindre. Sans doute, la convention internationale une fois introduite et sanctionnée dans les divers pays constitue une source du droit unitaire, une législation uniforme. Mais cela n'empêchera pas que les forces spirituelles qui façonnent le droit, que les conceptions, la technique et la méthode qui sont à sa base, ne fassent parler à chaque pays un langage que l'autre ne comprendra pas.

Ainsi la conception allemande du droit du change se sépare profondément de la notion française. La doctrine allemande soutient le point de vue de la réglementation autonome de l'obligation abstraite née de l'opération de change ; cette obligation est indépendante de sa cause c'est-à-dire des actes juridiques qui l'ont occasionnée. La théorie française, au contraire place le droit du change en rapport intime, indissoluble avec le droit civil général. L'obligation cambiaire entre les parties primitives (tireur, preneur) n'est autre chose que l'obligation qu'a fait naître le contrat à propos duquel intervient l'opération du change (contrat de change). Ces divergences de vue sont encore plus accusées à propos du problème de la provision. Les projets de La Haye et de Genève dissimulent ces contrastes en les passant sous silence ou en réservant les matières qui y donnent lieu aux législations internes. N'est-ce point là le jeu de l'autruche.

Il nous est impossible d'exposer plus amplement le contenu et la portée de ces divergences. Bornons-nous à affirmer avec la conviction de celui qui a longuement fouillé les aspects théoriques et pratiques du pro-

Bezeichnung nichts Anderes sein wird, als „une unité de façade“. Zur äusseren, mit mechanischen Mitteln errungenen Einheit muss die innere Einheit hinzutreten. Mit anderen Worten : nicht nur die Rechtsquellen im äusseren formellen Sinn müssen die gleichen sein, sondern auch in den die Rechtsschöpfung bedingenden geistigen Faktoren muss, soweit möglich, Uebereinstimmung bestehen. Diese zu erzielen ist nicht Sache prunkvoller, sich an das äussere Detail haltender Konferenzreden, sondern der geräuschlosen, den Blick auf das Ganze richtenden Rechtsvergleichung.

blème que le droit mondial réalisera au plus ce que Thaller appelait une unité de façade, tant qu'il n'aura pas été fait œuvre de compréhension mutuelle par une conciliation des données fondamentales contraires ou au moins par une détermination précise de celles qui sont irréductibles. De fait, l'unité purement externe obtenue par des procédés quasi-mécaniques doit se compléter par une cohésion interne. Il faut unifier non seulement les sources purement formelles du droit mais encore les idées forces créatrices du droit. Pareille tâche ne convient guère aux conférences solennelles, et à leurs discussions qui se tiennent aux détails externes des choses, elle incombe, en réalité, au droit comparé dont la mission est de scruter en silence l'ensemble des législations.

LITERATUR

I. *Haager und Genfer Abkommen betr. Vereinheitlichung des Wechselrechts* : Zu den Haager Abkommen vergl. K. WIELAND, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, Band 68, S. 345 ff. (Abkommen v. 1910) und Band 74, S. 1 ff. (Abkommen v. 1912). Dasselbst nähere Angaben über Quellen und Literatur. Société des Nations, Conférence internationale pour l'unification du droit en matière de lettres de change, billets à ordre et chèques, Genève le 7 juin 1930.

II. Erörterungen über die Vereinheitlichung des Wechselrechts in der Zeit zwischen dem Haager und dem Genfer Abkommen : K. WIELAND, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, Bd. 88, S. 156 ff. ; derselbe, *Zentralblatt für Handelsrecht*, 1928, S. 285 ff. ; derselbe *Das Wechselrecht im Schweiz. Entwürfe eines revidierten Obligationenrechts und die Wechselrechtsvereinheitlichung*, Zürich, 1929 ; v. FLOTOW, *Zeitschr. für ausländisches und internationales Privatrecht* I, S. 68 ff., A. SPÉRON, *Vers l'Unification du droit de change*, extrait des *Annales de droit commercial*, 1929, p. 1-62.

III. Zur Ausgleichung der Gegensätze von deutschem und französischem Wechselrecht : K. WIELAND, *Der Wechsel und seine zivilrechtlichen Grundlagen*, 1901 ; Derselbe, *Cambium und Wechselbrief (Festgabe der jur. Fakultät Basel für A. Heusler, 1904)*, S. 1 ff. Neuerdings : E. HIRSCH, *Der Rechtsbegriff „provision“ im französischen und internationalen Wechselrecht*, 1930, eine Schrift die auch dem französischen Leser nachdrücklich empfohlen sein möge.

CHAPITRE II

Sources du droit comparé ou supranational Législation uniforme et jurisprudence comparative

par Edouard LAMBERT,
Université de Lyon

Je dois tout d'abord reconnaître la parfaite exactitude du point de départ adopté par la contribution de Wieland : l'opposition faite par elle entre deux sortes d'aspirations à l'unification du droit.

1° D'une part la poursuite d'un « droit international unifié », c'est-à-dire d'une entente entre les Etats dont se compose la communauté internationale pour résoudre uniformément les problèmes rentrant dans le champ du Droit des Gens et dans celui du type traditionnel de Droit International Privé que représente la théorie du Conflit de Lois. Que la substitution, dans ce double domaine, d'un esprit de conciliation internationale à la lutte entre les conceptions nationales du droit, soit chose hautement désirable, rares seraient ceux qui seraient tentés de le contester, en dehors peut-être de quelques milieux de politiciens, pour la première de ces branches du droit international, et, pour la seconde, de quelques menus groupes de techniciens, attachés aux routines de leur art et reculant devant la révision et la réadaptation de leurs instruments de travail. En dépit des résistances inavouées auxquelles elle se heurte sourdement, et qu'on a vu agir encore à La Haye de tout leur poids pour entraver l'amorçage d'une unification, par voie de codification, des principes du Droit des Gens, cette œuvre d'internationalisation effective du droit international — public et privé — n'est certainement pas irréalisable, même dans l'état actuel de la communauté internationale. Car l'opinion publique — cette grande force motrice du droit dont la poussée rend possible bien des réformes jugées impossibles avant qu'elle se soit mise en mouvement — place cette transformation du droit international — du droit international public surtout — parmi les tâches immédiates, les tâches urgentes, proposées à l'activité commune des gouvernants. Nous nous accorderons donc à reconnaître, avec Wieland, que la « désirabilité » et la « réalisabilité » de ce « droit international unifié » sont des questions qu'on

doit considérer comme dès aujourd'hui tranchées et sur lesquelles il n'est plus utile de revenir ;

2° D'autre part, la recherche d'un *droit internationalement unifié*, d'un *droit privé mondial*, c'est-à-dire la substitution à nos droits privés nationaux d'aujourd'hui, et à leur diversité, de droits privés nationaux qui soient tous copiés sur un même modèle ou, — ce qui revient au même — qui se fondent en un seul droit mondial. Si cette substitution d'un droit mondial aux droits nationaux pouvait être réalisée en bloc — *in complexu*, comme disaient les artisans de la réception du droit romain au moyen âge, — serait-elle désirable ? C'est là une de ces questions académiques, de ces *moot-questions*, que les cours anglaises et américaines se refusent à examiner parce qu'elles ne se posent point sous une forme concrète. Le juriste, habitué à s'en tenir aux réalités — ou au moins aux virtualités du temps présent — et à s'abstenir de tirer des traites sur un avenir lointain, s'abstiendra, lui aussi, de se prononcer sur la « désirabilité » d'une réception d'ensemble d'un corps de droit privé mondial, tant que n'a point encore sonné, et qu'on ne sent point encore approcher l'heure où cette révolution serait entrée dans le cercle des choses immédiatement prévisibles ou réalisables. Sans doute un centre international d'études et d'action juridiques, créé à Rome, sous le patronage de la S. D. N., a en quelque sorte pris comme drapeau cet idéal lointain d'un « droit internationalement unifié », en s'intitulant *Institut pour l'unification du droit privé*. Mais ses fondateurs n'ont vu là qu'une étiquette d'apparat, destinée à couvrir en les magnifiant les buts plus modestes et plus pratiques qu'on y poursuit.

Sans doute aussi, depuis la fin de la guerre mondiale, des vœux en faveur de l'unification globale du droit commercial, parfois même de tout le droit privé, ont été émis dans de nombreux congrès internationaux de commerçants, d'hommes politiques ou de propagandistes de la paix par le droit. Mais ce sont là articles-réclame, comme on en inscrit d'ordinaire dans les programmes des partis politiques sans se préoccuper de leur réalisation, et qu'on n'y inscrirait pas si l'on se préoccupait de leur réalisation.

Il est donc plus que probable que la question de la « désirabilité » (ce mot anglais sonne aussi bien et avec le même son en français que dans son pays d'origine) de l'adoption d'un corps complet de droit privé mondial, ne se posera que dans un temps où, ni Wieland ni moi, ne serons plus là pour prendre part à la consultation. Laissons donc encore cette seconde question de côté, non plus, comme la première, parce qu'elle est trop mûre, mais parce qu'elle ne se pose pas encore utilement et concrètement.

Nous arrivons ainsi avec Wieland au terrain encore et déjà ouvert à discussion utile : la question de la « désirabilité » et de la « réalisabilité » actuelle, non pas de l'unification totale du droit privé, mais de l'unification graduelle de quelques-unes de ses branches ou de quelques-uns de ses chapitres. Si, dans ses aspects secon-

daïres et subsidiaires, cette question est loin d'être close, il est toutefois un point d'importance primordiale sur lequel elle ne reste plus entière : c'est le point de vue de la « désirabilité ».

Il sort des cercles de participants à l'activité internationale de la production et du commerce des protestations si concordantes et si énergiques contre les entraves que leur impose la diversité des lois nationales, dans ceux de leurs chapitres qui ont les applications commerciales et industrielles les plus usuelles, la demande de réaction contre ces gênes s'y développe avec une intensité si constamment croissante, et les juristes eux-mêmes ont déjà constitué entre eux tant de groupements internationaux en vue d'organiser cette réaction, qu'il me semble bien qu'on puisse dire ici encore, que la question initiale est déjà tranchée par cet ultime facteur de l'évolution du droit qu'est l'opinion publique. Ce qui reste à résoudre — et ce qui ne pourra sans doute l'être que par des approximations variables avec les temps — c'est l'ensemble de questions suivantes : Quelles sont les matières pour lesquelles cette unification est désirable ? Quelles sont celles pour lesquelles elle est actuellement réalisable ? Quel est l'ordre dans lequel ces matières se classent au point de vue de la « désirabilité » et surtout de la « réalisabilité » de leur unification ? Par quels moyens et dans quelle mesure peut-elle être atteinte ?

J'ai eu un instant l'impression que Wieland abordait ces questions dans un esprit inverse à celui qui, depuis plus de trente ans, m'a toujours guidé dans l'étude du droit comparé, et qu'il opposait à mon trop confiant optimisme un prudent scepticisme. Mais une lecture plus attentive m'a fait penser que ce scepticisme ne visait pas tant les aspirations à l'uniformisation de branches ou de chapitres du droit eux-mêmes que le procédé par lequel on cherche le plus généralement à réaliser ces aspirations : la *législation uniforme*.

Rappelons tout d'abord en quoi consiste ce procédé qui a été l'objet d'une longue expérimentation — féconde en enseignements — sur le terrain fédéral, aux Etats-Unis, — avant de prendre les larges développements qu'il a reçus — surtout depuis la fin de la guerre mondiale — dans la sphère des relations internationales. Il y sert à remédier à l'absence, à l'intérieur de la société actuelle des peuples, d'un organe législatif qui puisse édicter des lois directement applicables dans l'ensemble de cette communauté — une législation internationale — comme il a servi, et sert encore aux Etats-Unis, à remédier aux inconvénients d'une distribution au compte-gouttes, — par la constitution, au Congrès fédéral d'un pouvoir législatif dont la masse essentielle, dans le domaine du droit privé, est réservée à la libre et discursive réglementation par les 48 législatures des Etats fédérés. Il cherche à concilier le besoin de réglementation uniforme — fédérale ou nationale — avec le respect de l'autonomie législative des Etats, en amenant tous ces Etats à légiférer en quelque sorte à l'unisson, à s'entendre pour introduire, sur un même chapitre de droit, dans leurs législations nationales,

des lois copiées sur un même modèle, qui, étant uniformes dans leur lettre aussi bien que dans leur substance, puissent par leur juxtaposition imiter les effets d'une législation internationale.

C'est afin de préparer l'unification, ou le rapprochement progressif, des législations nationales du travail, par cette voie de la législation uniforme, que le Traité de Versailles a créé, dans la Partie I du Pacte de la Société des Nations, article 230 et dans la Partie 13, articles 387 à 427, l'Organisation Internationale du Travail, avec ses deux rouages : la Conférence générale du travail et le Bureau International du Travail. C'est à cette méthode qu'ont recouru soit les Etats scandinaves pour se doter en certaines matières d'un même droit, — soit un comité de juristes français et italiens en travaillant, par la rédaction d'un projet de code franco-italien des obligations, à préparer l'unification du droit des obligations entre ces deux pays, et peut-être même entre tous les pays du groupe latin, — ou encore les législatures allemande et autrichienne, pendant la période qui a suivi immédiatement la guerre mondiale, en cherchant à frayer les voies à l'*Anschluss* politique par la mise en harmonie des parties les plus récentes de leurs législations civiles et économiques, — ou encore les peuples de l'Amérique latine en s'efforçant à établir entre eux l'uniformité du règlement des conflits de lois par une propagande pour l'adoption commune du modèle tracé dans le code rédigé par le Président de l'Académie Internationale de Droit comparé, Antonio de Bustamante. Et c'est encore le même instrument que des organismes, tels que, d'une part le Comité juridique international de l'aviation, les comités de l'aviation de l'*International Law Association* et de l'*American Bar Association*, et, d'autre part, le *Comité International de la télégraphie sans fil* et divers comités de caractère plus officiel ou administratif, cherchent à mettre en mouvement pour réaliser l'équivalent pratique d'un code international de l'air ou d'une réglementation internationale des multiples problèmes juridiques posés par le développement de la radio-électricité. Ce sont là exemples dont il serait aisé d'allonger sensiblement la liste.

Mais, de tous les recours à la législation uniforme, celui qui a le plus vivement attiré l'attention des juristes est l'emploi qui en a été cherché depuis longtemps sur le terrain du droit des effets de commerce. Grâce au succès éclatant de l'*Uniform Negotiable Instruments Act* et à son adoption finale par tous les Etats de l'Union nord-américaine, cette application est apparue comme la pierre de touche de ce que la législation uniforme pouvait donner, et de ce qu'elle était impuissante à donner, sur le terrain fédéral, et en même temps dans les rapports entre les peuples vivant sous la domination historique du *common law anglo-saxon*. Elle est aussi l'un des meilleurs critères de ce qu'on peut attendre de la législation uniforme dans le cercle des relations internationales.

Il était donc naturel que, dans l'étude qui forme le premier chapitre de ce dernier titre, Wieland s'attachât de préférence à cette

expérience-type, pour apprécier la valeur de la législation uniforme comme instrument de rapprochement entre les droits nationaux par voie législative. Si je cote aujourd'hui cette valeur plus haut que ne le faisait Wieland dans un travail écrit en 1931 — et que je ne l'aurais fait à cette même époque — c'est que nous n'avons pas été placés dans les mêmes conditions pour nous livrer à ces estimations de valeur. Wieland n'a pu faire état que des seuls résultats des tentatives faites à La Haye en 1910 et 1912, qui n'avaient certes pas été encourageants, tandis que mon estimation est établie à la lumière des résultats obtenus, à la date de 1934, par la reprise de la même tentative à Genève.

Or, depuis 1931, un revirement, que l'expérience du passé ne laissait pas prévoir, s'est produit dans l'attitude d'un grand nombre de pays à l'égard de cette application de la législation uniforme. Un certain nombre d'introductions effectives dans des législations nationales de la *Loi uniforme*, arrêtée par l'une des conventions de Genève de 1930, ont été réalisées dès 1932 : au Danemark, loi du 23 mars 1932, en Grèce, loi du 11 mars 1932, en Norvège, loi du 27 mai 1932, et en Suède (loi du 13 mai 1932). Dès cette même année 1932, les conventions de Genève ont été ratifiées par la Belgique, la Finlande, l'Italie, le Japon, la Suisse. L'année 1934 a vu entrer en vigueur des lois nationales sur le change édictées en conformité avec ces conventions, dès le 1^{er} janvier en Autriche (loi du 8 août 1932 et en Hollande (loi du 25 juillet 1932) et, avec le 1^{er} avril, en Allemagne. Et des ratifications des conventions de Genève sont en voie de préparation — pour ne parler que de l'Europe, — en Espagne, Hongrie, Luxembourg, Pologne, Portugal, Tchécoslovaquie.

Sans doute, le texte de la loi uniforme sur la lettre de change et le billet à ordre, établi à Genève en 1930, n'a aucune chance de pénétrer dans les pays de *common law*. Les représentants de ces pays en avaient loyalement prévenu leurs collègues dès le début des conférences de Genève aussi bien que de celles de La Haye. Ces pays ont depuis longtemps réalisé, dans leurs relations entre eux, les bienfaits d'une unification — sinon complète, du moins suffisante aux besoins de leur commerce — du droit du change, grâce, d'une part, à l'étroite parenté entre le *Bills of Exchange Act* anglais et l'*Uniform Negotiable Instruments Law* américaine, et, d'autre part, à la propagation de leurs principes dans toutes les autres terres de *common law*. Pour se rallier à la loi uniforme de Genève — ou à toute autre loi uniforme de même genre — il eut fallu aux Anglo-Saxons recommencer, près des multiples législations, branchées sur le *common law*, le patient travail de près d'un demi-siècle qui les a dotées d'un droit uniforme du change anglo-américain ; et, dans l'intervalle, il eût fallu renoncer à la sécurité effective des relations juridiques de change, assurée par ce droit uniforme anglo-américain dans le cercle des pays de *common law*, pour essayer de conquérir une sécurité

moins certaine et moins immédiate dans leurs relations cambiales avec le reste du monde.

Sans doute aussi les résistances de la France à l'acceptation en cette matière d'une réglementation internationale — signalées par Wieland — sont loin d'avoir pris fin, quoique ses délégués aient participé aux délibérations de Genève et en aient signé les protocoles. Elle n'est pas pressée — c'est fort compréhensible — de mettre son sceau final sur une convention marquant le point d'aboutissement d'un mouvement qui a détaché un nombre de plus en plus grand d'Etats d'une conception française du droit du change, qui a eu son heure de prédominance, depuis longtemps passée, pour les rallier à une conception, d'origine germanique, qui s'est trouvée mieux en harmonie avec le rôle de monnaie internationale que tient aujourd'hui la lettre de change. La ratification de la France, et surtout l'introduction effective chez elle de la loi uniforme peuvent se faire attendre encore longtemps. Mais déjà se dessine autour d'elle un cercle de pays adhérents aux conventions de Genève : Italie, Suisse, Allemagne, Belgique, qui se refermera le jour où l'Espagne et le Luxembourg auront donné suite aux procédures de ratification déjà amorcées. Et il est difficile à un peuple de se tenir indéfiniment en dehors d'un mouvement de coopération internationale dans lequel il est encerclé.

Sans doute enfin quelques Etats se sont trop pressés de brancher leurs législations cambiales sur le droit uniforme en préparation, et les ont reliées au Règlement uniforme de La Haye de 1912, sans attendre l'achèvement des délibérations de Genève. C'est le cas de la Chine, de quelques républiques de l'Amérique latine, la Pologne, la Turquie, la Yougoslavie. Mais le Règlement de 1912 n'est qu'une première ébauche de la loi uniforme, et quelques-uns de ces pays travaillent déjà à remettre leurs lois cambiales en harmonie avec la version plus récente.

L'œuvre de législation uniforme, élaborée à Genève en 1930, — même si l'impulsion qui lui a été donnée depuis 1932 continue à se développer avec la même cadence et arrive à son aboutissement naturel — ne réalisera pas l'unification mondiale du droit cambial. Mais elle semble devoir aboutir au dégagement, au-dessus des diversités secondaires des législations locales, de deux corps de droits communs ou supra-nationaux du change. L'un, de formation déjà ancienne, continuera à unir les pays de *common law*. L'autre est destiné à devenir un droit commun aux pays de *droit civil*, mais aussi à s'étendre au delà des frontières historiques du *droit civil* — comme le montrent, d'une part, l'empressement de la Chine à mettre en œuvre le Règlement de La Haye de 1912, et, d'autre part, la ratification rapide (1932) donnée par le Japon aux conventions de Genève. On peut ainsi prévoir qu'en face d'un droit commun du change propre aux nations parlant anglais va se former un fond uniforme de droit du change commun au reste du monde.

Cette constitution d'un droit du change, commun à toutes les parties du monde échappant à l'emprise du *common law*, n'aura pu être atteinte, — comme le remarque fort justement Wieland, — qu'en renonçant à établir entre elles l'uniformité absolue de ce droit, et en ouvrant dans son armature internationale des jours qui en permettent l'adaptation aux habitudes les plus invétérées de la doctrine et la pratique de chacun des pays adhérents. La propagation de la loi uniforme de Genève ne réalisera pas plus, pour le monde extérieur au territoire du *common law*, la suppression complète de toute diversité du droit du change que le rayonnement conjugué du *Bills of Exchange Act* anglais et de l'*Uniform Negotiable Instruments Act* américain ne l'a réalisée dans la sphère intérieure du *common law*. La convention introductrice de la loi uniforme de Genève a dû tenir compte d'un certain nombre de divergences de vues restées encore irréductibles entre droits nationaux du change — je ne dirai pas les masquer, elle les met au contraire en lumière — en réservant un certain nombre de points qui sont laissés à la réglementation par les lois nationales — parce qu'ils ne se prêtent point par leur nature à la réglementation internationale — et d'autres sur lesquels la faculté est laissée aux Etats adhérents de déroger aux dispositions de la loi uniforme.

Mais ces réserves sont le résultat d'un effort méritoire et fructueux pour atténuer, dans la mesure du possible, l'un des deux vices congénitaux de la législation uniforme — car elle aussi, comme la méthode nationaliste de règlement des conflits de lois internationaux — a ses infirmités de naissance. Il en est deux qui sont inhérentes à l'essence même de sa structure. Elles ont été, pendant longtemps, dénoncées presque chaque année dans les discours et rapports — publiés dans les *Reports* de l'*American Bar Association* — des présidents et secrétaires de l'organisme qui préside aux Etats-Unis au développement de la législation uniforme. (V. Charles REY, *La Commission américaine d'uniformité des lois d'Etat*, tome 17 de la Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé de Lyon.)

Ces deux causes de frottement et de déperdition de forces sont les suivantes : 1^o Impossibilité, du moment où l'on ne fait aucune brèche dans l'autonomie législative des Etats, d'empêcher que certains d'entre eux, en introduisant un texte de loi uniforme dans leur droit local, ne fassent subir à ce texte des modifications qui l'empêchent de se présenter, dans tous les Etats adhérents avec la même teneur exacte ; 2^o Même impossibilité, par là même que la législation uniforme s'incline devant l'autonomie des juridictions nationales, d'empêcher que leurs jurisprudences, en appliquant un même texte uniforme chacune à la lumière de ses propres traditions, ne donnent à ce texte des interprétations variables d'un pays à l'autre et ne fassent ainsi reparaître sous forme judiciaire une partie des diversités de droits qu'on a éliminées sous leur forme législative.

Nous retrouverons la seconde de ces infirmités. C'est la première

qui est en jeu pour l'instant. Les négociateurs de Genève, reconnaissant qu'il n'est point au pouvoir de l'homme de supprimer un vice, en quelque sorte constitutionnel, de l'instrument d'unification du droit auquel ils recouraient, se sont fort sagement préoccupés d'en limiter l'action et d'en atténuer les conséquences. Ils y sont arrivés par l'emploi simultané de deux moyens :

1° Détermination et limitation des points sur lesquels pourrait s'exercer la liberté pour chacune des législations adhérentes d'apporter des réserves à son adhésion ou de pratiquer des retouches sur le modèle commun. Les auteurs de la loi de Genève ont dit aux États : Voici la part que nous faisons à des besoins d'adaptation locale qui ne sont pas moins respectables que le besoin d'uniformité d'ensemble du droit cambiaire. Voici, limitativement énumérés, les points sur lesquels nous admettons que vous puissiez faire des réserves ou que nous abandonnons à vos réglementations. Pour le reste, c'est-à-dire pour sa masse principale, pour son économie essentielle, notre loi uniforme doit être acceptée ou écartée en bloc. Nous n'admettons pas d'acceptation à correction. Tout ou rien ;

2° Pour remédier aux diversités de droits résultant de ces « réserves », les négociateurs de Genève ont accompagné la convention concernant la loi uniforme d'une autre convention destinée à régler certains conflits de lois en matière de lettres de change et de billets à ordre. Il nous semble qu'ils ont retiré des deux instruments, dont ils pouvaient disposer, tout ce qu'ils étaient susceptibles de donner à l'heure actuelle dans la lutte contre la cause de désordre économique international qui résulte des conflits entre lois cambiaires. Ils ont recouru, dans la totalité de la mesure où c'était présentement possible, au type de droit privé international qu'étudie et met en valeur le droit comparé — celui qui est obtenu par l'unification ou l'uniformisation des droits nationaux et qui, lui, prévient la naissance des conflits de loi. Et, pour le cercle restreint de matières où il était impossible pour l'instant d'atteindre cette unification, ils ont, tout au moins, notablement amélioré, les vertus curatives du vieux type de droit international privé qu'est la doctrine du conflit de lois, en y substituant — au moins sur les points les plus pratiques — aux règlements nationaux antagonistes un règlement international.

Bien entendu, on n'a pu faire pénétrer cette méthode internationale de solution des conflits que dans le cercle où s'est propagée la loi uniforme sur le fond du droit de la lettre de change et du billet à ordre. Le monde anglo-américain lui est resté fermé pour les mêmes causes. Il n'en est pas moins vrai qu'on a ainsi introduit, dans l'ensemble du monde échappant à la domination du *common law*, une méthode d'utilisation de la législation uniforme qui, à l'un comme à l'autre des deux points de vue signalés, constitue un notable perfectionnement par rapport aux emplois antérieurs de la légis-

lation uniforme, et notamment à celui qu'on en fait aux Etats-Unis sur le terrain fédéral.

La loi uniforme de Genève ne marque point encore l'aboutissement final des efforts poursuivis depuis si longtemps en vue d'arriver à l'unification *mondiale* du droit du change ; mais elle marque une étape décisive dans cette voie — une étape dont les représentants du monde anglo-saxon avaient d'avance reconnu l'importance lors des conférences de La Haye de 1910 et 1912 — ; la constitution, à côté du droit commun du change propre aux pays de *common law*, d'un second corps de droit commun pour le reste du monde civilisé, accompagné de l'inventaire des éléments de diversité qui se maintiennent encore entre les législations nationales qui sont soudées ou vont se souder sur ce second corps de droit commun. Inventaire qui convie le droit comparé à concentrer sur ces éléments son action conciliatrice et à rechercher s'il n'en est point encore parmi eux qui puissent céder à cette action. Et surtout la rapide propagation de la loi uniforme de Genève ouvre, en cette matière, un nouveau stade dans le travail de préparation à l'unité finale du droit — l'unité relative, l'unité réclamée par les besoins du commerce — en permettant aux comparatistes de substituer à l'étude d'une poussière de droits nationaux, l'examen critique, au point de vue de leur valeur et de leurs effets respectifs, des dispositions de ces deux corps de droit commun. Résultat précieux, si j'en juge par mon expérience personnelle.

Je désirais, depuis longtemps, faire écrire par l'un des assistants ou des élèves de mon Institut, un travail de synthèse sur le droit uniforme du change anglo-américain consigné dans le *Bills of Exchange Act* anglais et l'*Uniform Negotiable Instruments Act* américain. Mais, jusqu'à ces tout derniers temps, il y eût manqué, pour des lecteurs des pays de *droit civil* l'attrait d'une comparaison avec l'ensemble des institutions juridiques cambiales continentales. La diffusion que vient de prendre la Loi uniforme de Genève m'a permis d'obtenir enfin ce que je souhaitais sous la forme d'une solide thèse de doctorat d'un jeune juriste yougoslave de grand avenir, Lioubomir Bayalovitch qui, avec quelques additions, vient de paraître comme tome 35 de la Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé de Lyon sous ce titre : *Le Droit international du change : La loi uniforme de Genève et le droit uniforme anglo-américain*. J'espère que nous pourrons la faire suivre d'un volume donnant, en un premier tableau synoptique, en face de chacune des dispositions de la loi uniforme de Genève, la traduction des textes correspondants du *Bills of Exchange Act* anglais et de l'*Uniform Negotiable Instruments Act*, puis, dans trois autres tableaux, la reproduction, pour chacune de ces lois centrales, de leurs articles dans leur ordre et leur classement originels, avec l'indication sous chacun de leurs articles des variantes, omissions ou additions dont elles ont pu être l'objet dans les principales législations locales branchées ou soudées sur elles. C'est là un inventaire qui eût été impossible, même à un juriste aussi outillé

que Bayalovitch, avant que la loi uniforme de Genève eût affirmé sa vitalité et son avenir ¹.

Les négociateurs de Genève n'ont, en revanche, rien pu faire, ni même tenter pour atténuer le second des défauts que nous avons signalés comme inhérents à la nature même de la législation uniforme : le danger d'interprétations nationales divergentes d'un même texte législatif uniforme. Mais la longue expérience de la commission américaine d'uniformité des lois montre que, même sur le terrain fédéral, tant qu'on ne reconnaît pas à une Cour suprême fédérale compétence pour exercer un contrôle régulateur sur l'application de leurs lois locales par les Cours d'Etats — on ne saurait trouver un remède ou un palliatif efficace à ces réapparitions judiciaires de conflits de vues entre les droits locaux. Celui auquel on semble s'être finalement rallié aux Etats-Unis — l'insertion dans l'acte uniforme d'une « clause d'interprétation uniforme » — n'est qu'un aveu détourné d'impuissance. *A fortiori* faut-il renoncer à chercher ce palliatif en ce qui concerne les applications de la législation uniforme dans le cercle des relations internationales.

Je suis d'autant moins tenté de reprocher aux négociateurs de Genève de n'avoir pas construit une loi uniforme au sens littéral du mot, — c'est-à-dire poussant la recherche de l'uniformité jusqu'aux détails de l'application pratique de ses règles de fond, — que, même pour un droit aussi naturellement formaliste que le droit du change, il y a bien des éléments d'ordre procédural, qui ne se prêtent point, qui ne se prêteront jamais à une réglementation internationale.

Dès qu'on sort de terrains, aussi anciennement et durablement stables que le droit du change, il apparaît avec plus de clarté que l'établissement d'une uniformité intégrale entre les législations nationales, dans les matières pour lesquelles on recourt à l'aide de la législation uniforme, n'est ni souhaitable ni surtout réalisable. Particulièrement instructive à cet égard est l'expérimentation qui, à la suite du Traité de Versailles, a été faite de la législation uniforme dans le cercle du droit du travail, et en particulier de la protection légale des travailleurs. On l'a jugée souvent avec injustice, faute d'une compréhension suffisante des difficultés qu'elle a à vaincre, et surtout des résultats qu'il est légitime d'en attendre. L'impérieuse leçon des faits a vite appris à ceux qui ont eu à la diriger — comme l'affirma si souvent Albert Thomas dans la fin de sa vie — qu'il serait chimérique de poursuivre, même sur les terrains les mieux choisis, les plus préparés de ce domaine, une uniformisation matérielle des dispositions des diverses lois d'Etats ; que tout ce qu'il était possible d'obtenir à la longue et par étapes, c'était l'établissement d'une équivalence générale ou moyenne entre ces dispositions, l'acceptation de directives communes, susceptibles d'être adaptées aux conditions particulières de chaque pays, de chaque région et d'être conciliées avec les nécessités propres à chaque branche de l'activité industrielle et commerciale. Un droit international du tra-

vail, plus encore que cette branche des législations nationales, ne peut manifestement se développer que sous la forme d'un droit fait principalement de standards, donc sous la forme qui est en contraste le plus net avec un régime de règles uniformes et par conséquent rigides ².

Cette remarque m'amène à ce qui constitue le point central de la contribution de Wieland. Que vaut, en tant qu'instrument de développement international du droit, je ne dirai pas la législation mondiale — puisqu'il ne saurait exister une législation internationale au sens spécifique du mot tant qu'il n'existera pas une constitution internationale et que cette constitution n'aura pas créé un pouvoir législatif international — mais ce qui existe déjà, en tant que substitut d'une législation mondiale, la législation uniforme ? Est-ce le seul instrument légitime, ou utilisable d'unification internationale du droit ? S'il en existe d'autres, est-ce du moins l'instrument normal, l'instrument toujours le plus efficace ? Si l'on répond négativement à ces deux questions, comme le fait Wieland et comme je le ferai à sa suite, il se pose alors cette troisième question : Ce procédé n'est-il pas même un procédé de valeur fort discutable, dont l'emploi ne saurait être recommandé, parce que les inconvénients de cet emploi sont supérieurs à ses avantages ?

Il y a sur ce point quelques divergences de vues entre Wieland et moi. Peut-être tiennent-elles uniquement à ce que le regard de Wieland se dirige principalement vers une législation mondiale ou internationale — qui n'est point encore sortie pour l'instant du cercle de l'existence purement idéale — tandis que ma vue ne s'élève pas au delà de cette réalité de l'heure présente qu'est la législation uniforme.

Wieland semble bien répondre à la dernière question par des conclusions défavorables à la législation uniforme sous quelque type et avec quelle étendue qu'elle se présente. Ses objections s'appliquent avec la même force et à la législation internationale du type idéal et à son substitut actuel. Et ces objections sont, dans leur point de départ, indiscutablement fondées. L'établissement entre nations d'un droit véritablement uniforme — fait-il observer — aboutirait à immobiliser les parties du droit pour lesquelles elle s'établirait, à empêcher l'adaptation progressive de leurs principes aux transformations d'un milieu social et économique, qui est en perpétuelle évolution, qui, même à certaines heures — comme l'heure présente — remue avec une intensité inquiétante de puissance de renouvellement. Ou bien, malgré l'existence d'une législation uniforme, les Etats reliés par elle apporteront chacun dans leur version nationale de la législation uniforme les perfectionnements nécessaires à son maintien en harmonie avec le mouvement général de leurs institutions et leurs mœurs économiques, et alors l'uniformité sera vite rompue. Ou, pour maintenir cette uniformité, on s'abstiendra, de part et d'autre, de légiférer sur la partie du droit uniformisée. Mais alors ce

sera l'obstacle à tout progrès législatif en cette matière. Pour qu'il fût possible d'échapper à la fois à l'un et l'autre de ces écueils, il faudrait que les amendements désirables à cette législation uniforme pussent être réalisés uniformément, et à la même époque, pour les Etats adhérents par un organe commun d'action législative — qui n'existe point encore.

Le bien-fondé de cette objection est démontré par celle-là même des applications de la législation uniforme que Wieland a justement choisie comme exemple principal : l'application au droit du change. L'uniformité pratique du droit du change, créée dans le monde anglo-saxon par le rayonnement de l'acte anglais et du modèle d'acte uniforme américain sur la matière, n'a pu être maintenue que par l'abstention — au moins l'abstention habituelle — des Etats intéressés d'apporter des amendements à leurs éditions de la loi uniforme ou à leurs adaptations d'un même modèle. Et nous avons constaté que telle a été précisément la raison invoquée, au nom de ce monde anglo-saxon, pour justifier son refus d'envisager la possibilité d'une adhésion de sa part au règlement de La Haye ou à la loi uniforme de Genève.

Et pourtant, je ne tirerai pas de cette objection une conclusion aussi ferme et aussi tranchante que la conclusion de Wieland. A la question finale posée par lui, je répondrai par des distinctions et des nuancements. La législation uniforme est, — comme beaucoup d'autres instruments d'action sociale, — une arme à deux tranchants qui, selon l'usage qu'on en fait, peut, à l'heure opportune, procurer des résultats bienfaisants qu'on n'obtiendrait jamais sans elle, mais qui, maniée prématurément, risquerait de produire des effets dangereux, si elle n'était heureusement condamnée d'habitude, dans ces cas là, à l'impuissance et l'inertie.

Par ailleurs, l'objection ci-dessus rappelée n'a de force réelle que dans la mesure où elle vise une variété de la législation uniforme — la variété représentée par la loi uniforme de Genève et par les *Uniform Acts* américains — qui n'est appelée qu'à un développement limité dans le cercle international, et qui devra de plus en plus y céder la place principale à une variété plus adaptée à l'esprit actuel de nos droits nationaux, ou tout au moins, de leurs parties neuves et vivantes — la variété représentée par les conventions et recommandations de l'Organisation Internationale du Travail.

Non seulement la législation internationale (ou la législation uniforme) n'est pas le seul instrument auquel on puisse recourir pour cimenter les droits nationaux par des liens d'unité et les pénétrer de directives communes ; mais ce n'est qu'un instrument de la dernière heure — un outil destiné au finissage — qui risque de fonctionner à vide si son intervention n'a pas été préparée par le jeu patient d'autres instruments — d'instruments de dégrossissage. Sur ce point, je n'aurais rien à ajouter aux lumineuses observations de Wieland, s'il ne convenait peut-être de rappeler la saisissante

confirmation qu'elles trouvent dans la longue expérience de la Commission Américaine d'Uniformité des Lois d'Etats. Cette expérience montre que, pour avoir chance d'aboutir à des législations uniformes du premier type — uniformes dans leurs textes — il a toujours fallu choisir des chapitres du droit depuis longtemps fixés dans leurs grandes lignes, où le besoin de renouvellement ne se fait pas sentir. Les succès, et les demi-succès de la Commission n'ont été obtenus que sur des terrains où il existait déjà un large fond de droit commun dans l'ensemble des Etats-Unis et où il s'agissait seulement de faire disparaître, soit des diversités de détail, soit des survivances locales de stades dépassés de l'évolution juridique. Il a fallu, pour assurer le triomphe éclatant du modèle d'acte sur les effets de commerce et la large propagation de l'acte uniforme sur la vente (de meubles ou de marchandises), que les rédacteurs de ces lois-types ne visent qu'à consolider le droit existant, en consacrant, sur chaque point, la solution déjà prédominante dans la majorité des jurisprudences d'Etat, ou celle d'entre leurs solutions qui s'était révélée à l'expérience comme la meilleure. Il a surtout été nécessaire qu'ils refrènent toute velléité de réformes profondes.

Ils ont abouti à de pitoyables insuccès quand ils ont voulu transporter leur propagande uniformisatrice dans le domaine de la législation sociale ou économique et donner un règlement uniforme aux questions brûlantes d'actualité que soulève le droit du travail³. Si, sur ce dernier terrain, l'Organisation Internationale du Travail a obtenu des résultats plus appréciables, c'est parce qu'elle a renoncé à la poursuite de règles rigides et de textes uniformes pour chercher des équivalences et des standards communs.

Toute œuvre de législation internationalement uniforme aura à faire face à la tâche essentielle qui s'impose aux législations nationales ou locales : trouver la conciliation opportune entre les deux aspirations opposées de tout ordre juridique, un besoin d'assurer la sécurité des relations juridiques qui ne pourrait être pleinement satisfait que par une uniformité et une immobilité complètes du droit, et un besoin d'adaptation du droit aux exigences changeantes de la vie sociale et économique qui exige l'ouverture de jours et de soupapes de sûreté dans l'ordonnancement juridique. Selon que, dans la matière qu'elle traite, l'un de ces deux intérêts l'emporte plus ou moins fortement sur l'autre dans leur dosage naturel, elle sera amenée à s'orienter vers l'uniformisation cherchée dans la loi uniforme de Genève sur le change, ou celle dont se contente l'Organisation Internationale du Travail, ou vers des types intermédiaires d'uniformisation.

Mais, pour déterminer quel est celui de ces buts qu'il lui est possible d'atteindre, et pouvoir, après l'avoir déterminé, l'atteindre effectivement, la législation uniforme (et derrière elle la législation internationale, si l'organisation politique de la communauté internationale la rend un jour possible) aura toujours besoin qu'un travail

préalable de déblayage, de reconnaissance et de préparation soit accompli par le recours à d'autres instruments de rapprochement entre droits nationaux. Quels sont ces instruments ?

Au-dessous de ses sources formelles ou secondaires, — de ce que j'ai pris l'habitude d'appeler ses matrices, — le corps de droit international ou supra-national, qu'étudie le droit comparé, a aussi ses sources matérielles ou primaires fournissant la matière première — le *donné*, comme dit Gény — des produits façonnés — ou construits — par ses matrices. C'est l'ensemble des forces économiques, sociales ou morales, qui chaque jour resserrent un peu plus la solidarité ou l'interdépendance entre tous les éléments de la communauté internationale. Les plus nombreuses, les plus tenacement agissantes sont d'ordre économique.

Il ne se crée point dans quelque partie du monde de type nouveau de contrat ou de forme d'appel au crédit, d'arrangements nouveaux entre producteurs ou commerçants pour substituer entre eux à la concurrence anarchique une concurrence réglée, de trusts, de cartells ou de ces *Going Concerns* — dont la contribution de John R. Commons a si lumineusement analysé la structure, — point de plans nouveaux de développement de leurs ventes, soit par un producteur industriel, soit par des groupes de producteurs, point de combinaisons nouvelles de la vente à tempérament, ou de la vente avec prime, ou des politiques de prix fixes ou imposés, qui ne se répandent avec plus ou moins de rapidité dans les autres secteurs de la communauté internationale. C'est ainsi qu'on suit, par exemple, à la trace au travers des jurisprudences européennes et notamment de la jurisprudence anglaise, — voir *Mason v. Provident Clothing and Supply Co*, 1913, 1, Q. B. 65-78 et 1913 A. C. 724-746 — la diffusion de la méthode de vente à crédit inventée aux Etats-Unis qu'est le *check and system credit* ou système des bons de crédit. Point d'application commerciale ou industrielle des grandes inventions scientifiques du temps présent qui ne passe immédiatement par dessus les frontières du pays où elle a pris naissance et ne crée ainsi de nouveaux éléments de communauté du droit entre les diverses nations. Ce n'est pas seulement le droit de l'aviation ou celui de la télégraphie sans fil qui naît avec un tempérament international ; c'est un caractère commun à tous les chapitres nouveaux qu'introduit dans notre droit contemporain le développement des inventions scientifiques.

Mais, parallèlement à ces facteurs économiques, il y a aussi des forces éthiques ou des forces spirituelles — de grandes vagues de l'opinion publique ou de parties agissantes de l'opinion publique mondiale — qui contribuent puissamment à élaborer la matière première d'un droit supra-national. Sans même évoquer celles de ces idées-forces internationales qui ont dominé soit les deux premiers tiers du XIX^e siècle, — comme le mouvement anti-esclavagiste — soit la fin de ce siècle et le début du nôtre — comme le mouvement féministe, — il suffira, pour se rendre compte de l'action qu'elles exer-

cent à l'heure présente, de se reporter, entre autres, à l'exemple fourni par le mouvement de « Contrôle des naissances », qui a formé l'objet dans la Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé de Lyon, tome 32, d'une étude de Maurice Chachuat, *Le mouvement du Birth Control dans les pays anglo-saxons*, fort documentée en ce qui concerne les manifestations juridiques de ce mouvement en Angleterre et aux Etats-Unis, mais qui aura besoin d'être complétée par un examen moins sommaire de ses manifestations dans les pays de l'Europe continentale et ceux de l'Asie.

Condamné à rester régional — au moins en tant que mouvement reconnu ou favorisé par les législations et les jurisprudences — dans la mesure où il était lié, et celle où il reste lié, aux conceptions malthusiennes ou néo-malthusiennes, ce mouvement, dans la mesure où il s'est mué en une propagande pour l'*eugénisme*, entraîne depuis quelques années dans son orbite des législations de plus en plus nombreuses, et des législations greffées sur le *common law* aussi bien que sur le *droit civil* ou provenant de terres neutres. Et l'on assiste à la propagation de lois de stérilisation ou d'autres mesures d'eugénisme, non plus seulement dans des milieux, comme de nombreux Etats de l'Union nord-américaine ou des Etats scandinaves, qui n'ont pas de politique systématique de repopulation, mais aussi dans un pays comme l'Allemagne, qui, en même temps qu'une législation eugénique, particulièrement rigoureuse, édifie toute une législation nouvelle pour stimuler l'accroissement des naissances, et apporte la même énergie à veiller à son repeuplement en êtres normaux, aptes à fournir un service social, et à combattre tous ceux des développements naturels de la natalité qui n'assureraient que le repeuplement de ses hospices et de ses prisons.

Quelles sont, en dehors de la législation uniforme ou internationale, les autres matrices du droit commun international? J'évite de les appeler sources formelles, parce que s'est attachée à ce terme la signification de mécanismes aptes à conférer aux règles de droit dégagées par les dites sources la sanction de la contrainte sociale, alors que les principes de tout droit commun international — aussi bien d'ailleurs ceux qui proviennent de la législation uniforme que les autres — n'ont d'autre puissance contraignante que celle qu'ils tirent de leur intégration dans les divers droits positifs nationaux. Je chercherais en vain à dresser la liste complète de ces matrices. Car il en est sans doute plus d'une qui échappe encore à mon regard. Je n'en mentionnerai que quatre, dont le mécanisme et le fonctionnement commencent à m'apparaître avec une relative clarté.

Il en est deux qui sont étroitement liées et que j'assemble sous la dénomination commune de *jurisprudence comparative*. Je prends ici le mot *jurisprudence* dans son ampleur et sa complexité naturelles, comme visant simultanément deux choses distinctes, quoique apparentées.

1° La jurisprudence, au sens que les Romains ont donné à ce

mot en désignant par là cette activité créatrice de droit des prudents sacerdotaux et des jurisconsultes de l'époque classique, que la contribution de Fernand de Visscher signale si justement comme le trait le plus original de la structure du droit romain pendant les périodes antérieures au Bas-Empire. La jurisprudence avec la fonction que lui a maintenue, après la renaissance médiévale du droit romain, la succession des légistes ou civilistes depuis les glossateurs, postglossateurs et humanistes jusqu'aux interprètes hollandais et allemands du *Pandektenrecht*. Sous cette forme de doctrine ou science juridique, la jurisprudence est forcément la source principale de construction du droit dans un corps de droit en formation — tel que le droit commun international — où elle n'est concurrencée ni par un large développement de la législation, ni par la formation d'une pratique judiciaire autonome.

2° Mais, pour pénétrer dans l'application pratique, pour devenir du droit vivant, les données de cette science juridique ont besoin du concours d'une autre sorte de jurisprudence : la jurisprudence au sens français du mot : ce qu'on appelle en Allemagne *Rechtsprechung*, en Angleterre *case-law*, *judge-made-law* ou — pour reprendre un terme qui revient souvent dans les contributions américaines à ce recueil et a parfois embarrassé leurs traducteurs — *law-making* judiciaire. C'est par l'intermédiaire de la jurisprudence en ce second sens du mot, par le jeu des consultations et des décisions judiciaires, que les légistes des temps médiévaux et des siècles de transition ont réussi à faire de leur droit romain l'élément de liaison ou l'instrument de direction commune des droits locaux et à lui conquérir près d'eux la subsidiarité, c'est-à-dire l'aptitude à combler, en sa fonction de droit commun, les lacunes des législations et coutumes nationales ou provinciales.

Le concours des pratiques judiciaires régionales est non moins nécessaire à la science du droit comparé pour donner à ses principes une puissance d'application concrète. L'occasion de fournir ce concours est offerte à chaque instant aux jurisprudences judiciaires par la tâche qui leur incombe de faire face à ce que John Dickinson a si bien défini (voir sa contribution au tome II) le *problème du cas non-prévu*. L'existence, parmi les fonctions judiciaires, de cette délicate mission de découverte du droit, est elle-même la conséquence d'un phénomène sociologique que l'œuvre de Gény a fait ressortir en une éclatante lumière : la présence inévitable dans tous les corps de droit, — qu'ils soient principalement législatifs, comme ceux des pays de *droit civil*, ou principalement judiciaires, comme ceux des pays de *common law* — de lacunes qui, à mesure qu'on arrive à les combler sur certains points, se reforment nécessairement sur d'autres.

C'est encore à Gény que revient le mérite d'avoir précisé — il a été suivi sur ce point par nombre des contributions à ce Recueil — le rôle qui revient, dans cette poursuite de la solution des cas non-

prévus, à la libre recherche scientifique, et les conditions dans lesquelles elle doit être maniée pour ne point tomber dans l'arbitraire et l'anarchie des doctrines du « libre droit ». Elle a besoin, à cette fin, de faire appel à tous les instruments qui peuvent lui faciliter la découverte de la solution la plus conforme à ce que GénY appelle la « nature des choses positive » ou à ce que j'appelle l'infrastructure économique et sociale du droit. Sugiyama ne s'est certes point trompé en signalant, dans sa contribution au tome 2, le droit comparé comme le principal, et plus naturellement indiqué de ces instruments. Car ses données ne sont autre chose que la synthèse et le dépouillement des résultats obtenus par le travail d'ensemble des diverses législations et jurisprudences. C'est une mesure de prudence élémentaire pour le juge, qui aborde le problème du cas non-prévu, d'éclairer et contrôler ses propres recherches par la lumière des recherches auxquelles se sont antérieurement livrées d'autres compétences.

Cette précaution est d'autant plus indiquée que les matières, soumises à l'examen des juges par le problème journalier du cas non-prévu, sont en majorité — au moins pour les branches neuves du droit — des questions qui se posent simultanément en termes semblables ou voisins dans tous les pays ou la plupart des pays. Leur multiplication croissante est, en effet, due à un phénomène économique d'ampleur mondiale, dont les conséquences juridiques me paraissent avoir été fort justement définies dans des lignes que Frankfurter et Landis ont groupées dans la conclusion, pp. 316 et suiv. de leur livre de 1928 : *The business of supreme Court*, et qu'ils ont empruntées à d'illustres jurisconsultes et hommes d'Etat d'Amérique et d'Angleterre.

Après avoir constaté, dans un discours présidentiel à l'*American Bar Association*, que rechercher ce qui est à l'heure actuelle la loi américaine n'est que la moitié de la tâche du juriste des Etats-Unis, Elihu Root ajoutait : « Nous sommes au milieu d'un processus de rapide changement dans les conditions où les principes du droit doivent être appliqués. Il faut que ce changement s'opère, non pas au hasard, mais par un développement constructif. Les changements industriels et sociaux de notre temps sont trop rapides pour former lentement des coutumes. Les vieilles règles, appliquées à des conditions nouvelles qui n'avaient jamais été entrevues même en rêve par ceux qui ont établi ces règles, se révèlent inadéquates trop subitement... Nous ne faisons que commencer (ces lignes ont été écrites en 1916, bien du chemin a été fait depuis) à nous rendre compte de la transformation dans les conditions industrielles et sociales produite par les merveilleuses inventions et découvertes du siècle dernier. Nous n'avons pas encore forgé les *formulae* par lesquelles les vieux principes seront appliqués à de nouvelles conditions. — nouvelles formules par lesquelles peut-être la loi pourra continuer à rendre ses services accoutumés à la société. »

Frankfurter et Landis rappellent aussi la judicieuse définition que Lord Acton a donnée de l'un des devoirs essentiels du juriste, et en particulier du juge, qui consiste « à mettre nos opinions en clair accord avec les faits. Et il n'est pas probable (ajoute-t-il) que nous puissions le faire tant que nous regarderons les faits au travers des verres colorés de ces (vieilles) opinions ». Mais, pour arriver à cette juste appréciation des faits, il ne suffit pas de se défier des déformations créées par leur examen sous l'éclairage particulier de la tradition juridique, il faut également se garder de celles qui peuvent provenir de la vision au travers de la mentalité personnelle du juge. D'où l'utilité pour ce dernier de confronter cette vision personnelle avec celles qu'on en a prises dans les autres cercles compétents.

Je dois reconnaître que ce recours des jurisprudences nationales ou locales aux services du droit comparé, pour les aider à résoudre le « problème du cas non-prévu », est resté jusqu'ici trop exceptionnel. Cela tient tout d'abord à ce que la doctrine du droit comparé est encore trop proche de ses débuts pour fournir directement une documentation suffisante ; mais cela tient aussi à l'existence d'une série d'obstacles qui empêchent les diverses jurisprudences nationales de se tenir au courant de leurs mouvements respectifs et dressent notamment, entre celles des pays de *common law* et celles des pays de *droit civil*, une véritable muraille d'incompréhension mutuelle. Je ne connais point de tâche plus urgente pour les comparatistes que le creusement de jours, de plus en plus larges, dans ces murs mitoyens et l'établissement d'un mouvement régulier de communication de la pensée et de l'expérience entre les jurisprudences isolées par ces murs séparatifs.

Un compte rendu du premier volume de la *Revue de droit maritime comparé* de Dor, paru dans le *Bulletin de la Société de Législation comparée* (1923, pp. 369 et ss.), sous ce titre : *La documentation jurisprudentielle comparée, Les débuts du reportage de loi internationale*, m'a fourni l'occasion d'exposer comment, pour l'instant, je conçois l'accomplissement pratique de ce devoir. Au lendemain de la réception par lui de cet article, où je reprochais au B. I. T. de n'avoir point encore abordé la partie jurisprudentielle de sa besogne de documentation internationale, Albert Thomas répondit à cet envoi en me conviant à réaliser, sur le terrain du droit du travail, en collaboration avec des collègues allemand, anglais, italien, puis américain, le programme que j'avais tracé. Dès la fin de 1926 le Bureau International du Travail a pu présenter, dans un premier volume, le dépouillement des jurisprudences anglaise, allemande, française, italienne et américaine du travail pour l'année 1925. Et, depuis, il a pu faire paraître le même dépouillement de jurisprudence pour chacune des années ultérieures.

J'ai déjà fait allusion, dans la préface du présent Recueil, à cette publication trilingue : *Recueil international de la jurisprudence du travail, International survey of legal decisions on labour laws*.

Internationale Sammlung der Arbeitsrechtsprechung. Je la mentionne de nouveau ici — et je ne laisse passer aucune occasion de la signaler — parce que j'estime qu'elle répond au but poursuivi, et surtout parce que le concours que je lui ai donné a été dicté par le désir de créer un précédent et de pousser à d'autres réalisations du même genre. Car le Bureau International du Travail n'est pas le seul organisme international auquel ait été assigné comme but de préparer la législation internationale ou uniforme. Il en est d'autres qui ont inscrit le même programme dans leurs statuts. Et il n'est point de chapitre du droit commercial et industriel, ou de la théorie des obligations, où le même dépouillement — sélectionné et adapté à la compréhension du public — de la documentation jurisprudentielle internationale, ne soit également désirable et réalisable.

Les rapports entre la jurisprudence comparative, telle que je viens de la définir, et la législation internationale ou internationalement uniforme sont exactement les mêmes que ceux qui ont existé jusqu'ici entre le mouvement général d'unification des droits nationaux et les formes de la science ou de l'art juridique dont la jurisprudence comparative n'est que la projection sur le plan international. J'ai pris l'habitude, dès mes premiers travaux sur la matière, en 1900 et 1903, de grouper ces antécédents de la jurisprudence comparative sous une dénomination, — *droits communs nationaux*, — empruntée à l'histoire de mon pays. Dans bien d'autres pays que la France la fusion des droits locaux en un droit national a été préparée par les mêmes voies, notamment en Allemagne où la doctrine du « droit privé allemand » a frayé les voies à l'unification du droit national arrivée à son couronnement avec le *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1896-1900.

Et même aux Etats-Unis, — malgré les obstacles apportés au développement d'une vision nationale du droit par une constitution qui date d'un temps où les treize anciennes colonies anglaises, unies par le lien fédéral, n'avaient entre elles que des rapports commerciaux d'une plus faible intensité que ceux qui relient aujourd'hui les peuples européens, — on a vu se développer, au-dessus de la diversité des 48 législations et jurisprudences d'Etats, un droit commun ou un esprit commun du droit américain — l'*American Doctrine*, si fréquemment évoquée dans les contributions à ce Recueil. Sans doute le dégagement en a été facilité par le support commun, fourni dès le début à la majorité des droits d'Etats par leur branchement sur la vieille coutume judiciaire anglaise, le *common law*. Mais cette communauté d'humeur s'est communiquée aussi à des Etats qui, avant leur entrée dans l'Union, avaient vécu sous l'empire de droits d'origine française ou espagnole. Le développement de ce large fonds de conceptions juridiques, communes à l'ensemble de la nation américaine, est surtout l'œuvre des écoles de droit des grandes universités où l'on prépare les juristes, non à la pratique d'un Etat déterminé, mais à celle de l'ensemble des Etats-Unis ⁴.

Mais l'histoire de l'ancien droit commun français me paraît plus démonstrative que toute autre, non seulement à raison du long laps de temps sur lequel elle s'est déroulée, mais surtout parce qu'elle s'est ouverte dans des conditions singulièrement semblables à celles où s'ouvre l'expérience de la jurisprudence comparative. Au lendemain de la rédaction officielle de ses coutumes provinciales au xvi^e siècle, la France se trouvait divisée entre les deux territoires généraux du droit coutumier et du droit écrit, comme la communauté internationale l'est à l'heure actuelle entre ses deux grandes régions juridiques, pays de *common law* et pays de *droit civil*. Entre quelques-uns des droits du territoire coutumier il y avait des divergences d'humeur qui n'étaient pas sensiblement moindres que celles qui persistent à l'heure présente entre les législations des deux sous-groupes du territoire des pays de *droit civil*, le groupe français et le groupe germanique. Il a fallu un travail patient de près de trois siècles de la science juridique française, pour faire sortir de la comparaison et du frottement entre les divers droits des pays de coutume un droit commun coutumier, puis du rapprochement entre ce droit commun coutumier et le droit des pays de droit écrit un droit commun de la France. Cette œuvre séculaire de déblayage par la doctrine a sans doute été indispensable pour créer l'atmosphère favorable à l'unification nationale du droit consommée par les codifications napoléoniennes ; mais elle eût été impuissante à elle seule à réaliser l'unité complète du droit français.

Le rappel de ces souvenirs historiques me dispensera d'entrer dans l'analyse — qui nous entraînerait trop loin — des tâches actuelles de la jurisprudence comparative.

Mais je ne donnerais qu'une vue étroite et inexacte du mécanisme de formation du droit commun international, si je laissais croire qu'il ne comporte pas d'autres génératrices que la législation uniforme et la jurisprudence comparative. Il existe, notamment, deux autres sources, dont l'action ne se fait sentir que sur une partie du vaste domaine de matières juridiques couvert par la jurisprudence comparative, mais aboutit, en revanche, sur les terrains limités où elle se concentre, à des effets plus rapides et plus complets que ceux de la jurisprudence comparative.

C'est, en premier lieu, ce que j'ai souvent décrit sous le nom de *droits corporatifs* — ce qu'on appelle aussi parfois *Trade-practices*, *Rules* ou *Usages-Règles* du commerce, — en désignant par là les règles établies, pour le gouvernement des relations professionnelles entre leurs membres, par les groupements exploitant chacun l'une des branches naturelles de l'industrie ou du commerce.

Les observations qui vont suivre ne visent point une première catégorie de groupements corporatifs : les *trade-unions* ou syndicats d'employés et d'employeurs, ni l'instrument de liaison entre ces deux groupes d'associations professionnelles qu'est la *Corporation* du nouveau droit italien.

Il est vrai que deux des contributions italiennes à ce Recueil — celles de Calamandrei et de Rovelli — nous ont rappelé que ces associations syndicales, dans la mesure où elles sont reconnues, sont devenues, sous le régime constitutionnel récemment greffé sur le statut fondamental de Charles Albert, de véritables institutions de droit public et qu'elles ont acquis, sur l'ensemble des ressortissants à la « catégorie » qu'elles représentent, une sorte de pouvoir législatif — au sens matériel du mot — ou de pouvoir réglementaire. Mais, par là même que ce pouvoir a été créé par l'Etat, comme un des rouages de sa nouvelle structure corporative, il y est conçu comme institué en vue d'un meilleur ordonnancement de la vie économique et juridique nationale, et non pas comme un acheminement à l'amélioration de l'ordre juridique international.

L'expérience des codes industriels ⁵, qui forme d'un des fondements de la politique de reconstruction économique du président Roosevelt, s'est, il est vrai, déroulée déjà sur un terrain de transition entre celui du droit interne de l'Etat et le droit international : le terrain fédéral. Elle a sans doute montré que, par l'intermédiaire de la construction de droits corporatifs, dirigés et stimulés par un gouvernement fédéral, on pouvait arriver à passer sous les obstacles opposés par la Constitution fédérale à l'introduction dans l'ensemble des Etats fédérés de règles uniformes en vue, soit de régulariser la production, soit d'équilibrer les intérêts respectifs du capital et du travail. Mais elle n'est pas sortie du cercle de l'expérimentation fédérale qui, en réalité, n'est plus guère aujourd'hui qu'une expérimentation nationale. Rien n'a pu permettre de croire jusqu'ici qu'elle puisse être reprise avec fruit sur le plan international.

C'est dans un autre cercle de groupements corporatifs, dans les groupements formés par les industriels, et surtout les commerçants appartenant à une même branche d'activité économique, que nous voyons se dessiner l'entrée en concurrence, avec la législation uniforme et la jurisprudence comparative, d'une troisième branche de droit commun international : celle que je nomme droit corporatif. Né comme la loi marchande médiévale de la seule force des faits économiques, et sans aucune consécration d'autorités étatiques territoriales, ce nouveau droit commercial fait par les commerçants a, comme la loi marchande médiévale, l'aptitude à se répandre librement par-dessus les frontières des Etats et des nationalités. Il prend dès sa naissance un caractère accusé de cosmopolitisme, parce que les activités commerciales ou industrielles, dont il est appelé à régler le jeu, sont elles-mêmes des activités internationales. Dès aujourd'hui les commerces les plus avancés dans la voie de la rationalisation sont arrivés, non pas en général à une unification systématique et complète des usages juridiques de leurs branches commerciales, mais du moins à une uniformisation suffisante pour les besoins essentiels du commerce international.

J'ai pu m'en rendre compte en suivant une enquête qu'un de

mes collaborateurs japonais, qui depuis est entré comme professeur dans l'une des universités de Tokio, Masaichiro Ishizaki, a pratiquée sur celui des commerces qui tient la place d'honneur dans la ville où j'enseigne : le commerce de la soie. Les résultats ont été publiés dans les tomes 18, 19 et 20 de la *Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon*, — le tome 20 donnant une traduction française des codifications d'usages et des règlements d'arbitrage des principales places mondiales du commerce de la soie, et les deux autres en dégagant les éléments d'un *Droit corporatif international de la vente de soies*.

Les conclusions de cette enquête ont été rendues accessibles aux lecteurs de langue anglaise par un article, d'une rare puissance de synthèse, que John D. Falconbridge a publié, dans le fascicule de janvier 1929 de la *Canadian Bar Review*, sous le titre : *The Revolt of Silk Merchants*. Ishizaki en concluait, en complet accord avec moi, que, malgré quelques divergences de détail, par exemple sur les fixations de délais ou de formalités, le droit corporatif de la vente de soies était sensiblement le même dans l'ensemble du monde. Il constatait que, s'il était devenu un droit universel, c'est parce que ses constructeurs, sur toutes les grandes places du commerce mondial, ne s'étaient préoccupés, en l'édifiant, que des besoins du commerce, qui sont partout les mêmes, et non point des traditions des juristes, qui diffèrent en pays de *droit civil* et en pays de *common law*, et ne sont même pas partout les mêmes dans les pays de *droit civil*. Il concluait aussi que l'autonomie que ce droit corporatif international avait conquise par rapport aux droits généraux des Etats, était due à l'action conjuguée de trois instruments : les codifications d'usages corporatifs, le développement d'organismes corporatifs tendant à substituer l'arbitrage commercial à la litigation judiciaire, enfin et surtout l'action de contrats-types prévoyant, d'une part, que les problèmes soulevés par l'exécution du contrat seraient réglés par l'application des principes contenus dans les codifications d'usages et assurant, d'autre part, par le moyen de la clause compromissoire, que cette application serait confiée aux institutions arbitrales de la corporation.

L'exactitude de ces conclusions n'a pas tardé à être confirmée par la *Fédération Internationale de la Soie*, qui a arrêté en septembre 1929 et publié en 1930 une *Codification des Conventions Internationales et des usages pour la vente de soies gréges* (Lyon, Rey, 1930) : code développé de la vente commerciale, prévoyant une série de problèmes de technique commerciale, dont ne peuvent s'occuper les codifications de droits d'Etats, mais donnant aussi ses solutions propres — et des solutions internationales — à toutes les questions juridiques essentielles traitées par les lois d'Etats sur la vente. Sans doute, cette codification, malgré son titre, n'est qu'une codification européenne, la Fédération, dont elle émane ne comprenant parmi ses membres que les associations de la soie des principaux pays de

l'Europe continentale. Mais l'enquête d'Ishizaki avait suffisamment démontré que, dès avant cette codification, les usages de vente des grands marchés européens de la soie étaient déjà, en complète concordance, sur tous les points juridiques essentiels, avec les *Rules and Regulations* de l'*American Silk Association*.

La provenance continentale de l'œuvre unificatrice de la *Fédération de la Soie* se marque par une imitation des procédés de rédaction des Codes d'Etats européens, accompagnée d'un effort pour les améliorer. Elle s'est préoccupée de parer à l'écueil signalé par Wieland, le danger que l'uniformisation du droit ne contrarie sa progression, en prévoyant sa propre révision et en laissant, dans la numérotation générale de ses articles, des séries libres pour faire place aux additions qui lui seraient apportées. Et il lui en a déjà été apportées. (Révision de 1931, Annexe 1 à la codification, Lyon, Rey, 1932.)

Il est plus que probable que notre enquête a porté sur une branche commerciale exceptionnellement avancée dans la voie de la stabilisation internationale de ses règles corporatives de vente. Elle n'en indique pas moins les directives vers lesquelles beaucoup d'autres s'orientent, quoique d'un pas moins alerte, comme le montre une récente réunion de la *Fédération Internationale de la Laine*, tenue à Paris, dans laquelle un projet d'unification des conditions de ventes de laines pour les transactions internationales rapporté et présenté par un Allemand, a été, après une série d'amendements proposés par un Italien, adopté par les représentants des principales organisations syndicales du commerce européen des laines. Et des indices, venus de bien d'autres cercles commerciaux, nous montrent que les droits corporatifs sont, dès aujourd'hui, outillés pour réaliser peu à peu l'internationalisation de leurs usages juridiques, au moins dans ceux des domaines où le droit législatif et judiciaire ne pose d'ordinaire que des règles interprétatives ou supplétives de la volonté des parties, et où il leur est, dès lors, possible de recourir à cet exercice collectif de l'autonomie des volontés qu'est le contrat-type.

On pourrait craindre, à première vue, que ce travail parallèle des diverses branches du commerce, édifiant chacune son droit de la vente — et des transactions roulant autour d'elle — n'aboutisse qu'à opposer à la diversité actuelle des réglementations étatiques une diversité non moins profonde des réglementations corporatives. Mais n'oublions pas que, tout en se mouvant séparément, ces droits corporatifs se meuvent vers le même but : l'adaptation de leurs usages-règles à cette sorte de droit objectif qui découle des conditions de fonctionnement normal de leur commerce. Or, s'il y a des conditions de marche régulière et efficace qui varient avec la nature des marchandises ou des produits traités par chaque branche commerciale, il en est d'autres, — beaucoup plus nombreuses — qui sont communes à toutes les branches du commerce. Je crois donc que ce mouvement fraye la voie — et que lui seul peut la frayer — à une

uniformisation du droit de la vente commerciale, mais non pas à une uniformisation du type de celle qu'a visée — et que pouvait efficacement viser sur le terrain du change — la loi uniforme de Genève. Il ne peut aboutir qu'à une uniformisation intermédiaire entre celle-là et celle dont l'Organisation Internationale du Travail devra se résigner à se contenter : une uniformisation conciliant la recherche de principes répondant aux besoins de la vie économique communs à l'ensemble de la communauté internationale, et la recherche d'instruments qui permettent l'adaptation de ces directives générales aux conditions particulières de vie des divers milieux géographiques et économiques. Le droit international du commerce, de l'industrie, du travail, vers la conquête duquel s'orientent la jurisprudence comparative et la législation uniforme, aussi bien que le droit corporatif, sera nécessairement, — tant à raison de ses aspirations universalistes qu'à raison de ses aspirations à garder le contact avec les autres disciplines d'application des sciences sociales — plus souple et plus nuancé que ne peuvent l'être nos corps de droit positif nationaux.

Parmi les instruments d'élaboration ou d'application du droit qui tendent actuellement à coopérer au rapprochement — sur des terrains limités — entre les droits nationaux, il conviendrait enfin de mentionner l'une des sources internes de ces droits dont le rôle va chaque jour grandissant : l'application administrative du droit. Je ne fais point ici allusion à la branche particulière et bien définie du droit qui s'appelle le droit administratif et à l'étude des sources de laquelle ont été consacrées les contributions réunies dans l'un des titres antérieurs de ce volume. Il s'agit de tout autre chose, du concours donné par des agences administratives au développement du droit privé dans celles de ses parties qui se renouvellent et présentent la plus forte structure économique. C'est un des traits les plus accusés du mouvement actuel d'ensemble de la vie juridique internationale que le développement croissant de l'application administrative du droit sous sa triple forme : 1° la participation prise au travail législatif par les organes du pouvoir exécutif et les délégations qui leur sont données pour procéder au finissage et à l'adaptation des lois ; 2° le foisonnement de commissions administratives et de juridictions d'experts spécialisés pour veiller à l'application concrète de chapitres du droit soit nouveaux, soit dont l'esprit s'est renouvelé ; 3° l'appel de plus en plus fréquent, pour assurer la mise en force ou l'observation de ces mêmes parties du droit, aux moyens de contrainte, — plus souples, plus rapides, moins coûteux que les moyens judiciaires, — dont disposent les administrations publiques⁶.

On connaît assez la part prépondérante qu'ont eue les grandes Commissions fédérales américaines, depuis l'*Interstate Commerce Commission* jusqu'aux dernières nées, dans le mouvement qui a fait passer les Etats-Unis du fédéralisme, tel que l'avaient conçu les Pères de la Constitution, à la forte nationalité américaine qui en est sortie. Et l'action fédéraliste est une école préparatoire à l'action internationale aussi bien sur le terrain de la jurisprudence compa-

rative que sur celui du droit international privé, tel que le développe la théorie des conflits de lois. Que des organismes internationaux de même genre aient déjà, et depuis longtemps, créé — plus souvent, il est vrai, sur un plan continental que sur un plan entièrement international — les linéaments d'un droit administratif supranational, qui n'a pas été sans avoir quelques répercussions sur le droit privé, c'est ce que René Demogue a montré dans l'un des chapitres (pp. 62-86) d'un livre écrit en 1927 sur *L'unification internationale du droit privé* (Paris, Rousseau), auquel il me suffira de renvoyer.

CONCLUSION

Les deux dernières sources, que je viens de mentionner sont, comme la législation internationale ou uniforme, des sources directes et formelles, des sources créatrices de droit commun supra-national. Tandis que la science du droit comparé n'est, — comme le sont devenues à notre époque toutes les doctrines juridiques nationales — qu'une source d'information, ne disposant point d'autre force que la force persuasive de la science pour préparer, stimuler et éclairer le travail des sources créatrices. La constitution de cette science internationale du droit privé représente la contribution qui incombe aux juristes dans l'effort collectif pour passer du stade de la concurrence coupe-gorge entre des nationalismes, dont chacun ne veut supporter d'autre loi que la sienne, à un régime de concurrence réglée et de coopération internationale. Mais cette nouvelle forme de la science juridique en est encore à ses premiers balbutiements. Pour l'édifier il faudra un long et patient travail de collaboration entre les juristes des divers pays, y compris ceux, comme les juristes américains, qui n'ont point encore réalisé l'unification de leur droit national et n'entrevoient même pas encore l'heure où elle pourra être réalisée. Les juristes polonais, roumains, tchécoslovaques, yougoslaves ont d'ailleurs fort bien compris que leur participation au mouvement d'ensemble de la jurisprudence comparative était un des meilleurs moyens de s'outiller pour travailler à une codification unificatrice de leurs lois nationales.

Aussi les militants du droit comparé ne sauraient-ils laisser passer aucune occasion propice d'amorcer ou d'encourager des coopérations entre juristes de toutes les parties du monde pour l'aiguillage de la science du droit vers les directions, inséparables l'une de l'autre, de science sociale et de science internationale. J'ai saisi celle que m'offrait le jubilé de François GénY. Et si j'ai demandé qu'on donnât à l'hommage collectif, apporté à cette occasion à GénY, la forme sous laquelle il se présente ici, c'est pour les mêmes causes qui m'ont poussé à faire campagne, à la même heure, pour une reprise des Congrès internationaux de droit comparé et, après une tentative avortée pour l'ouvrir à Bruxelles en 1930, à m'associer à celle que l'Académie Internationale de Droit comparé a fait aboutir.

enfin à La Haye en 1932 en établissant le texte du premier appel (*Le rôle d'un congrès international de droit comparé en l'an 1931*, Paris, Giard, 1929) adressé en son nom à cette fin. C'est pour les mêmes raisons qui m'ont amené à entrer, après en avoir provoqué la formation, dans l'équipe internationale constituée par le B. I. T. pour assurer le dépouillement de la jurisprudence internationale du travail, — ou encore à fournir à l'Union Internationale des Villes le concours de l'Institut des Sciences Sociales et des Relations Internationales de l'Université de Lyon, pour la préparation d'une Conférence Internationale qui, en juillet 1934, s'est tenue à Lyon pour étudier principalement les moyens de développer l'enseignement des disciplines et des matières intéressant la vie et la croissance des agglomérations urbaines, et de stimuler les échanges entre universités de professeurs orientés vers ces problèmes de l'urbanisme.

C'est pour les mêmes motifs qui m'ont conduit à formuler en 1927-1928, dans le tome I des *Mémoires de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, pp. 126-157, le vœu qu'il puisse se former une Faculté Internationale de Droit, qui, par un enseignement d'esprit international, donné dans un cadre de science sociale, puisse faire pour la progression de la jurisprudence comparative l'équivalent de ce qu'a fait, pour la diffusion de la discipline dont elle est l'héritière, l'école de Bologne. La reprise de ce vœu par toutes les sections du Congrès de droit comparé de 1932, et les échanges de vues qu'il a provoquées au lendemain du congrès, entre ceux qui s'y intéressaient particulièrement, ont eu l'utilité de nous prouver que le vœu était actuellement irréalisable, et de nous faire mieux sentir tout le prix de ce qui a été déjà réalisé, sous d'autres formes, dans la voie du resserrement des relations internationales sur le terrain de la recherche scientifique en matière de droit et de science sociale, par des organismes tels que le B. I. T. ou les fondations Carnegie et Rockefeller⁷.

Mais l'échec du dit vœu nous aura surtout appris que, tout en marquant leur reconnaissance à ceux qui les aident à faire face à leur tâche internationale, les juristes ne doivent finalement compter, pour la mener à bonne fin, que sur leurs propres forces d'entente et de coopération professionnelles. La composition du Recueil Gény nous aura fourni un essai de ce que valent et de ce que peuvent ces forces. L'essai s'est fait dans des conditions qui n'étaient pas exceptionnellement favorables, puisque, d'une part, le thème commun d'études était emprunté à une matière qui a quelques relations avec une organisation des pouvoirs publics qui jamais n'a été plus qu'à l'heure actuelle variable d'un pays à l'autre, et que, d'autre part, la méthode suivie pour le recrutement des coopérateurs excluait toute entente pour une division du travail entre eux⁸.

Et pourtant les contributions se sont, pour la plupart, engrenées d'elles-mêmes les unes dans les autres. Et l'éditeur n'a pas eu grand effort à faire pour les grouper en une série de volumes, de divisions et de subdivisions naturelles, couvrant toutes celles des parties de la

matière des sources du droit qui commencent aujourd'hui à être frayées. Il ressort de leur ensemble que les mêmes problèmes généraux se posent actuellement dans tous les pays de la communauté internationale, quoique avec des données secondaires variant selon les traditions, les mœurs et la constitution de chacun d'eux ; que la liste des sources du droit, — aussi bien des sources formelles ou secondaires que des sources primaires ou matérielles — est sensiblement la même dans tous ces pays, quoique la hiérarchie et la productivité respective des premières — les sources formelles — subisse aussi l'influence d'habitudes historiques nationales et surtout le contre-coup de l'organisation constitutionnelle, selon que celle-ci accorde la suprématie au pouvoir judiciaire, au pouvoir législatif ou au pouvoir exécutif. Il s'en dégage également une impression très vive, d'une part, de l'unité intime qui, dans chaque système juridique national, va se fortifiant entre toutes ses branches, en même temps que se multiplient leurs spécialisations, et, d'autre part, du rattachement des divers systèmes juridiques nationaux à une armature, chaque jour plus forte, de principes de valeur universelle et de directives communes, qui, — en se combinant avec les assouplissements et les nuancements nouveaux que nécessite l'adaptation du droit à la complexité de la vie économique actuelle, — donne au bloc des droits positifs contemporains — au moins dans ses parties les plus neuves et les plus vivantes, — la même allure d'unité dans la diversité.

Ce sera pour moi une ample récompense du travail, d'ordre matériel, nécessité par l'édition de ce Recueil, que la pensée qu'il aidera mes confrères du droit comparé — comme il m'a déjà aidé — à comprendre plus exactement ce que nous pouvons demander à la discipline que nous servons et les moyens par lesquels on peut obtenir d'elle ce qu'elle est susceptible de donner.

Ce n'est pas d'ailleurs la seule satisfaction que m'ait procurée ce travail d'éditeur. Il a été fort agréable à mon amour-propre national de Français de sentir, de plus en plus nettement, à mesure que j'avais dans la lecture des contributions ici réunies, que la pensée de l'éminent représentant de la science française — auquel nous apportons ce faisceau d'hommages — a exercé — et est appelée à exercer sur le mouvement de la science du droit, dans l'ensemble de la communauté internationale, une influence encore plus profonde et plus universelle que je ne le pensais. Je ne serais pas surpris que, dans un avenir plus ou moins lointain, quelque autre centre d'information juridique international fût amené à reprendre, et à continuer jusqu'à nos jours, la série d'études que la *Society of Comparative Legislation* avait jadis consacrée à ceux des jurisconsultes des siècles passés qui ont marqué leur empreinte sur la marche générale de la science juridique. Ce jour-là, les trois volumes de ce Recueil offriraient une utile documentation à celui qui aurait la tâche de marquer la place de François Gény dans cette nouvelle galerie des *great jurists of the world*.

¹ Avec ce travail de Bayalovitch commence une nouvelle période pour la publication principale de l'Institut de Droit Comparé de Lyon (sa *Bibliothèque*). Une entente avec l'éditeur de ce volume et des volumes ultérieurs, la *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, — Pichon et Durand-Auzias — 20, rue Soufflot, Paris, permettra, je l'espère, d'y donner une plus large place à des études de droit comparé faites en équipes internationales.

² Une fort exacte appréciation de la valeur des résultats déjà obtenus par l'Organisation Internationale du Travail, et de ceux qu'on peut légitimement en attendre dans l'avenir, a été donnée par James T. Shotwell dans son Introduction à la toute récente publication de la Dotation Carnegie : *The Origins of International Labor Organisation*, 2 volumes, Columbia University Press, 1934. La majeure partie du tome 1 de cette publication est consacrée à l'histoire de celles des négociations de la Conférence de la Paix — et de leurs précédents — qui ont eu comme aboutissement la création, sur les bases prévues par le Traité de Versailles, d'organes internationaux de développement de la législation uniforme sur le terrain du droit du travail. Cette histoire a été écrite en coopération par des hommes qui, pour la plupart, ont appartenu, comme James T. Shotwell, à l'une ou l'autre des délégations nationales à la Conférence de Paris et ont été bien placés pour suivre le développement de ses délibérations. La fin du premier volume et le second volume contiennent un ensemble de pièces justificatives, que le président Nicholas Murray Butler présente, dans sa préface, comme destiné à rendre aux historiens futurs de l'Organisation Internationale du Travail des services comparables à ceux qu'a rendus à l'histoire constitutionnelle des Etats-Unis la publication des notes de Madison sur la Convention de Philadelphie.

La quatrième et dernière partie de ce recueil de pièces justificatives se compose d'une sélection de textes législatifs et judiciaires, au travers desquels on peut suivre les variations de la politique sociale intérieure des Etats-Unis qui ont motivé les variations de son attitude à l'égard de l'Organisation Internationale du Travail : le coup de barre de politique de conciliation trade-unioniste, donné dans les sections 6 et 20 du *Clayton Act* de septembre 1914, dont l'impulsion avait entraîné le président Wilson et ses conseillers à la Conférence de la Paix à chercher dans une organisation internationale du travail, les moyens de fortifier cette *Magna Carta* ouvrière américaine, en l'appuyant sur une charte internationale du travail ; puis — dans une seconde phase — le mouvement de réaction contre le trade-unionisme, si vigoureusement affirmé dans une série de décisions de la Cour suprême des Etats-Unis, et notamment dans ses trois grands arrêts de 1921 annulant pratiquement les sections du travail du *Clayton Act* (la publication de la Dotation Carnegie n'en analyse que deux, bien sommairement et en supprimant les *dissents*), qui contribue puissamment à expliquer pourquoi les Etats-Unis, après avoir bataillé pour la création de l'Organisation Internationale du Travail, s'en sont ensuite si longtemps désintéressés ; enfin — dans une dernière phase — le nouveau coup de barre vers une politique de protection des trade-unions, déjà esquissé sous le régime républicain, par la loi fédérale (*Anti injunction Law*) du 23 mars 1932, organisant notamment une défense de ces unions ouvrières, dans sa section 3 contre

le *yellow dog contract*, les clauses de contrats de travail interdisant à l'ouvrier l'adhésion à un syndicat, et dans sa section 4, contre les principales manifestations de l'intervention des tribunaux dans les conflits du travail par la voie du « gouvernement par injonctions » ; coup de barre qui s'est dessiné avec beaucoup plus d'amplitude sous le gouvernement démocrate.

Ce dernier revirement de la politique intérieure des Etats-Unis est sans doute la principale cause du revirement de leur politique à l'égard de l'Organisation Internationale du Travail, attesté par les documents qui forment la conclusion de la récente publication de la Dotation Carnegie : résolutions du Sénat et de la Chambre des Représentants des 13 et 15 juin, prévoyant l'adhésion des Etats-Unis comme membre à l'Organisation Internationale du Travail, et entrée effective dans cette organisation le 20 août 1934. Mais cette adhésion apparaît, en même temps, comme un acte de foi raisonné de la grande république américaine en l'utilité et l'efficacité de l'œuvre de préparation à la législation uniforme de l'organisation genevoise, telle qu'elle a été conduite jusqu'ici, et avec les limites naturelles que lui imposent les conditions actuelles de vie juridique de la communauté internationale.

Ces limites seront sans doute rendues plus sensibles à l'observateur du dehors par la participation aux délibérations de la Conférence générale du travail des représentants d'un Etat fédéral tel que les Etats-Unis. Pour faire pénétrer chez eux les réformes qu'ils auront approuvées, ou même conseillées, il leur faudrait obtenir la mise en mouvement dans la même direction des 48 législatures des Etats et aussi du Congrès fédéral en tant qu'organe législatif pour le district de Columbia. Chose pratiquement impossible, comme l'a prouvé l'expérience des modèles d'Actes de la Commission d'uniformité des lois d'Etats. Mais ce qui ne saurait être réalisé par la voie classique de la législation statutaire, peut l'être par le jeu des codes industriels (*Codes of fair competition*) introduits au moyen de la procédure d'action combinée du droit corporatif et de l'application administrative du droit, créée par la section 3 du *National Industrial Recovery Act* de 1933. Cette procédure peut conduire, pour l'application des conventions ou des recommandations de la Conférence générale du Travail à des résultats apparentés à ceux auxquels aboutissent en France les arrêtés préfectoraux pris, après entente des groupements patronaux et ouvriers intéressés, pour l'adaptation aux diverses régions et aux diverses industries des lois sur la limitation de la durée de la journée de travail ou sur le repos hebdomadaire.

³ C'est cette impuissance des méthodes d'action de la Commission d'Uniformité des Lois d'Etats qui explique l'effort — rappelé dans les documents 76, 77 et 78 de la récente publication précitée de la Dotation Carnegie — que le Congrès fédéral américain a fait pour exercer par voie de législation indirecte — en détournant de leur destination son pouvoir de réglementation du commerce entre états, puis son pouvoir de taxation pour essayer d'imposer une réglementation fédérale du travail des enfants, que la Constitution lui refusait le droit d'établir : les deux *Child Labor Laws* du 1^{er} septembre 1916 et du 24 février 1919, successivement frappées de déclarations d'inconstitutionnalité par la Cour Suprême dans les arrêts de *Hammer v. Dagenhart*, 247, U. S. 251 (1918) et de *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, 259, U. S. 20 (1922), et finale-

ment le recours à une proposition d'amendement à la Constitution fédérale, pour conférer au Congrès le droit de légiférer en cette matière, qui a été adoptée par le Congrès en 1924, mais qui n'a encore pu obtenir que vingt ratifications des Etats, sur les 36 qui seraient nécessaires à son adoption finale. Un comité spécial de l'*American Bar Association* affirme même, dans un rapport publié par le *Journal* de cette association (janvier 1935, pp. 11-18, 29), que le temps écoulé depuis la proposition du Congrès ne permet plus qu'elle puisse être transformée en amendement par la ratification de nouveaux Etats.

⁴ Sur le rôle joué dans ce mouvement par l'*American Institute of Law* et le *restatement* du droit entrepris par lui, voir notre note sous les pages 490-491 du tome II du Recueil GénY.

⁵ Ceux de ces Codes, qui ont été approuvés par le président Roosevelt jusqu'au 30 septembre 1933, sont rassemblés et traduits dans les éditions française et allemande du fascicule n° 19 (*La lutte contre la crise aux Etats-Unis*) des *Etudes et Documents*, Série B (Conditions Economiques) du Bureau International du Travail, qui contient aussi des traductions du *National Industrial Recovery Act*, du *President's Reemployment Agreement* et des divers actes législatifs dans lesquels ils s'encadrent. Le tome 9 du *Recueil international de la Jurisprudence du Travail* — actuellement sous presse — analyse (Etats-Unis, note préliminaire au n° 8 et nos 9-11) les décisions judiciaires auxquelles a donné lieu pendant l'année 1933 la mise en application de ces textes — ainsi d'ailleurs que celles qui se rattachent aux orientations nouvelles imprimées à l'organisation allemande du travail par le national-socialisme, All., notice sur l'organisation de la juridiction et la conciliation, nos 6, 10, 11, 12, 14, 17 — avec le même soin qu'avaient déjà apporté les volumes précédents à mettre en vedette les traits distinctifs de la législation industrielle de l'Etat corporatif italien.

Le R.J.I.T. tend ainsi à s'outiller — et cette préoccupation s'accroîtra certainement dans les volumes ultérieurs — pour suivre les répercussions produites sur la marche de la jurisprudence du travail par les entreprises de rétablissement économique ou de restauration industrielle qui se poursuivent en Allemagne, en Italie et aux Etats-Unis. C'est là une matière à études comparatives de droit qui demanderait à être élargie dans une triple direction : 1° en faisant place aux expériences similaires qui se poursuivent ou se poursuivront dans d'autres pays ; 2° en observant leurs manifestations juridiques, non plus seulement dans leurs formes législatives et jurisprudentielles, mais aussi au travers des autres sources du droit vivant, comme le droit corporatif, le droit fait par les administrations publiques et la source, appelée à devenir particulièrement active, née de la combinaison des deux dernières ; 3° en étendant cette observation du droit du travail à l'ensemble du droit. Ce sont, sans doute, le droit du travail et le droit économique, tel que l'a défini ici François de Kiraly, qui constituent les centres essentiels de développement des conceptions et institutions juridiques nouvelles nées de transformations du régime capitaliste, sur lesquelles les expériences de reconstruction nationales attirent l'attention en les intensifiant et en cherchant à les régler. Mais ces orientations nouvelles de la vie juridique font aussi sentir leur influence sur les autres branches du droit. sur le droit de la propriété aussi bien que sur celui des contrats et

obligations. Et je crois avoir montré ailleurs (*La jurisprudence internationale du travail et le droit comparé*, tirage à part du numéro de mai-juillet 1927 de la *Revue de l'Université de Bruxelles*, pp. 8 et s.) que le droit de la famille lui-même n'y échappe pas.

Ce terrain d'études est probablement celui qui serait actuellement le plus propice à l'établissement d'une coopération fructueuse et durable entre les institutions de recherche scientifique des divers pays, unissant aux travailleurs des sciences économiques et politiques des juristes disposés à aiguiller leur discipline dans des directions de science internationale et de science sociale.

⁶ Sur ces trois aspects de l'application administrative du droit, voir nos explications au tome II, pp. 194-198.

⁷ La création d'une faculté internationale de droit comparé n'est heureusement pas le seul moyen d'atteindre le but final visé par le vœu du Congrès d'août 1932. Ce but c'est la formation d'un corps de juristes outillés pour participer à l'élaboration des manuels, traités, monographies, recueils de jurisprudence ou de cas choisis internationaux indispensables au développement du droit comparé, et qui puissent contribuer efficacement à orienter l'enseignement et la littérature juridiques de leurs pays dans les directions indissociables de science internationale et de science sociale. Le personnel de travailleurs qualifiés, dont il a si grand besoin, pourra sans doute être fourni au droit privé ou droit commun international par des méthodes d'allure plus modeste et plus empirique, mais qui ont le mérite d'être entrées dans la voie de l'expérimentation. Nous voyons ces méthodes se dessiner sous l'action de la Fondation Rockefeller, grâce à la large place qu'elle donne à la représentation des sciences sociales — et de leur discipline centrale d'application. le droit — dans la distribution de ses bourses d'études à l'étranger, et aux précautions qu'elle prend pour assurer aux dites bourses un rendement scientifique croissant. L'amicale émulation que l'atmosphère de la Fondation entretient entre ses fellows, les liaisons qui s'établissent sous ses auspices entre des représentants ou de futurs représentants de l'économie politique, du droit et de la science politique, les camaraderies durables qu'elle crée entre jeunes universitaires appartenant aux nationalités les plus diverses, et bien d'autres éléments encore tendent à faire du département des bourses de la Fondation Rockefeller la meilleure agence de recrutement de travailleurs, d'esprit international, pour le service de la recherche scientifique dans le domaine du droit et des sciences sociales, aussi bien que dans les domaines de sciences de la nature et de sciences médicales, auxquels elle s'est intéressée de meilleure heure.

La Faculté de Droit à laquelle j'appartiens compte déjà parmi ses professeurs titulaires trois anciens fellows Rockefeller. Je puis me rendre compte que le lien Rockefellerien a fait naître des facilités de coopération cordiale, non pas seulement entre eux, mais entre chacun d'eux et des universitaires anglais, allemands, italiens ou américains restés fidèles aux amitiés nouées pendant un séjour commun sous le patronage de la Fondation. Des groupements de ce genre, en se développant progressivement dans d'autres facultés, et surtout dans des facultés d'autres pays, contribueront, je l'espère, à préparer le terrain favorable à la formation d'équipes internationales pour l'aiguillage du droit vers le stade de déve-

loppement international et de retour à l'esprit d'humanisme, dans lequel il doit entrer pour suivre le mouvement de la vie économique.

Cette préparation est non moins utilement assurée par une autre forme — la forme principale — d'activité de la Fondation Rockefeller, son intervention pour stimuler par ses encouragements le développement de centres universitaires ou péri-universitaires de recherche scientifique et les amener, en même temps qu'à spécialiser de plus en plus leur cercle propre d'investigation, à s'entendre pour la poursuite de tâches communes et des coopérations par division du travail.

La Fondation Rockefeller, m'apparaît comme une sorte de Ministère ou de Conseil Supérieur International de la recherche scientifique, dont les travailleurs les plus jaloux — comme je le suis — de leur indépendance d'esprit, sont portés à rechercher le patronage, parce qu'ils ont pu se convaincre que ce patronage peut les aider à la fois, à défendre la libre orientation de leurs curiosités scientifiques et à trouver les concours nécessaires à une poursuite fructueuse de leurs enquêtes.

⁸ Le nombre et la variété des collaborations, que le prestige du nom et de l'œuvre de Gény a suscitées, m'a permis de faire, dans ce Recueil, un essai du travail en équipes internationales, dont j'ai signalé dans la note précédente l'impérieuse nécessité pour la progression du droit comparé. L'abondance des contributions étrangères, et surtout des contributions américaines — confirmant la conviction que j'ai développée ailleurs (*L'enseignement du droit comparé. Sa coopération au rapprochement entre la jurisprudence française et la jurisprudence anglo-américaine*, dans *Annales de l'Université de Lyon*, II, fascicule 32, 1919, pp. 45 et suiv.), que c'est surtout par l'intermédiaire de la science et de la jurisprudence américaines que peut se faire le rapprochement entre le *common law* et le *droit civil* — nous a permis, dans la majeure partie des titres des tomes II et III — mais non pas malheureusement dans tous, — d'établir ces équipes sous la forme que nous jugeons indispensable à un plein rendement, c'est-à-dire en associant, pour l'étude d'un même chapitre, à des représentants de la culture juridique anglo-américaine des représentants des diverses branches de la culture juridique d'origine romaine.

Mais, à d'autres égards, notre expérience a été pratiquée dans des conditions peu propices à son succès. Les professeurs et magistrats de nationalités différentes, dont les contributions forment les divers chapitres d'un même titre, se sont vu associer dans l'étude d'un même sujet, sans en avoir été prévenus d'avance et, par conséquent, sans avoir pu s'entendre sur une division ou une orientation commune du travail. Par ailleurs, il y a eu nécessairement une large part d'arbitraire dans le groupement par ordre de matières que nous avons établi, après coup, entre des contributions écrites avec une entière spontanéité de mouvement, dont beaucoup ont traité simultanément plusieurs des sujets que nous avons dû distinguer dans notre cercle général d'études communes. En les classant dans une série plutôt que dans une autre, nous n'avons pu être guidés que par une appréciation — nécessairement subjective — de ce qui nous paraissait constituer l'intérêt principal des vues exposées dans chacune d'elles.

Le lecteur n'aurait donc qu'une vision beaucoup trop rétrécie de la documentation que le Recueil Gény peut lui fournir sur la matière traitée

dans chacun de ses titres, s'il s'en tenait à la seule consultation des monographies groupées sous le titre en question. Il trouvera d'ordinaire beaucoup d'autres éléments de cette documentation éparpillés sous les autres titres.

Nous avons remédié à ces inconvénients de la méthode suivie en plaçant à la fin de ce tome III un *index général* qui, pour chacune des questions rentrant dans le cadre général de nos études, indique les volumes et les pages où cette question est abordée, en signalant par des astérisques ceux où elle est examinée spécialement.

Cet Index a été établi par notre assistant à l'Institut de Droit Comparé et à l'Institut des Sciences Sociales de l'Université de Lyon, Harald Mankiewicz, d'après nos directives et sous notre contrôle.

Index général des trois volumes

Les chiffres romains renvoient aux volumes, les chiffres arabes aux pages, les chiffres entre parenthèses aux notes.

Principales abréviations courantes :

Allem. = Allemagne, Améric. = Américain, Angl. = Angleterre ou anglais, canon. = canonique, collect. = collectif, commerc. = commercial ou commerce, constitut. = constitutionnel ou Constitution, corpor. = corporatif, Cour Perm. = Cour Permanente de Justice Internationale, Dr. = Droit, économ. = économique ou économie, E. U. = Etats-Unis, franç. = français, internat. = international, It. = Italie, Jap. = Japon ou japonais, judic. = judiciaire, jurid. = juridique, jurispr. = jurisprudence, L. = Law, législ. = législation, publ. = public, rech. = recherche, rom. = romain, trav. = travail, unif. = uniforme.

Abrogation de la loi (modes), II, 263, (E. U.), 295-296, 323, III, 16, 73, 406 : non abrogation par désuétude du Statute-L. angl., II, 20-21. — A. de normes d'ordre juridique, III, 413-414. — V. Désuétude, Fictions, Législation-Loi.

Abus des droits. Théorie —, II, 35, 147, 309, 362-363, III, 94-95.

Académie de droit international. Recueil des Cours, I, 140.

Accident du travail. Notion, II, 233-235. Législ. et jurispr., II, 363-365, III, 230, — Responsabilité, II, * 228-238, 341, III, 231-232. — En Dr. administr., III, 235. — V. Risque professionnel.

Accords de volonté et contrats. Distinction, III, 198-199, 207-208. Confusion en Dr. internat. publ., III, 415.

Actes administratifs. Sources du Dr., II, 446 (Jap.). — En forme de jugement, III, 167.

Actes juridictionnels et législatifs. III, 169-171 (Précédent en Common-L.), 415.

Actes per aes et libram. I, 44 et s.

Actes-règles. (Convent. internat.) Nature, III, 413-415.

Actionnaire. Nature de son titre, III, 78-79, 152.

Actions d'Etat. III, 78, 83. — V. Casc jugé (Effet *erga omnes*).

Adaptabilité du droit. Nécessité de conciliation avec sécurité du Dr., II, 6, * 144-156, 349-351, III, 490 ; — avec uniformité, III, 501.

Adaptation du droit aux transformations sociales, II, 2, 6, 19, 145, 324-325, 351-352, 381 et s., 450-451, 510-511 (Jap.), 536-537, III, 494-495. — V. Economie (Rapport avec Dr.), Vie économique.

Adhésion. Contrat d' —, II, 336, 337, 354-355, III, 88 (14), 187-188 (Dr. du trav.), 256 (4), 455-456. — Interprét. par équité, II, 362.

Adhésion nationale. (Soumission des gouvernés). — V. Conscience populaire, Opinion publique.

- Administration de la Justice.** Systèmes divers II, * 451-454. — Source essentielle du Dr., II, 247, 328. — V. Organisation judiciaire, Cours de Justice.
- Adjective Law.** V. Procédure, Codes de procédure civile.
- Advisory opinion.** V. Avis Consultatif.
- Aequitas cerebrina,** II, 69, 76. — *Ae. legislatori, jus judici magis convenit*, II, 411-412. — v. Equité, Equity.
- Ajustements des intérêts.** V. Balance des intérêts.
- Allemagne.** Code civil allem., II, 370-373, 375-376. — v. Code civil.
- American Bar Association.** II, 195, III, 484, 494.
- American doctrine.** III, 496.
- American Law Institute.** I, 218-219, II, 398 (6), 490-491, note d'éd., III, 435, 496, 507 (4).
- Analogie.** II, 70, 234, 241 (7), 561, III, 141. Interpret. par — aux E.U., II, 40 (Absence de technique), 46 (24), 140-141 (rapports avec méthode d'inclusion); en Dr. canon., I, 86, dans Dr. fiscal, III, 104-107, dans Dr. internat. publ., III, 370-371, 396, dans Dr. pénal, III, 256, 280, 310-312. — A. de droit et A. légale (*analogia juris et an. legis, Gesetzes- und Rechtsanalogie*), I, 127 (Dr. musulm.), II, 70, 444-445, 452, 562. III, 15, 310-311, 396 (Dr. internat. publ.). — A. et libr. rech., III, 105. V. Interprétation (Méthodes).
- Annuaire de l'Institut de philosophie du droit et de sociologie juridique.** I, p. XXIII, 139, II, 193.
- Antiinjunction Law 1932,** III, 505 (2).
- Antitrust Laws.** III, 55.
- Application administrative du Droit :** II, * 193-198, 257-258, 355-356 (Dr. d. trav.), 361-362, III, 52-53, 64 (38), 93, 105-107 (nature), 142-143, 338 (Dr. internat.). 501-502, 507 (5).
- Application fictive de la loi.** V. Fictions.
- Arbitrage international.** III, 351, 356-358, 376, 423, 499. Développement, III, 339-340, 428-429. Application du Dr. interne, III, 180 : Domaine réservé, III, 340, 358. V. Dr. internat. publ. — V. Cour Permanente. Traité internat.
- Arbitraire du juge.** Voir Discretion du —. Décisions judiciaires.
- Arbitraire législatif.** Freins naturels à —, I, 143-144, 179. Voir législation, loi.
- Arbitraire des peines.** Principe de l'ancien Dr. continental, I, 7, III, * 257-270; dans l'ancien Dr. franç., III, 306, dans l'ancien Dr. japonais, II, 447 et s., Opposition avec Dr. moderne, III, 278-279.
- Armatures du système juridique :** Enumération, II, * 61-67. Principes généraux, II, * 69-90, Règle de Dr., II, * 91-111, Concepts et idées juridiques, II, * 112-127, III, * 228-238 (Théor. d. risque professionnel), Catégorie juridique, II, * 128-139, Règle de conduite, II, * 140-143, Standards juridiques, II, * 114-156, Fictions légales, II, * 157-176, Survivances, II, * 177-189.
- Arrêt de règlement.** III, 171-172, 403, Interdiction, II, 303 (Roumanie), 449 (Jap.). Equivalent hongrois, II, 318-319.
- Arrétisme international.** V. Reportage de loi internat.
- Archives de philosophie du droit.** I, p. XII, p. XIII, 139, 140-141, 143, 144.
- Aspects philosophiques et sociologiques des Sources d. Dr.,** I, 137-309, III, 285-286. Méfiance anglo-américaine, III, 330.
- Associations professionnelles et écon. dirigée,** III, 112, 135-136. — V. Syndicats ; v. Dr. corporatif, Conventions collectives.

- Assumption.** Artificiel, II, 384-385 ; judiciaire, II, 386 et s., III, * 131-132, 133, 141, équivalent franç., II, 339-344, 345-346, 348-350 ; tacite, III, 131.
V. Fiction. Présomptions.
- Astreintes.** Système des —, II, 309.
- Auctoritas.** Rôle dans ancienne vie et jurisprudence rom., I, * 32-41.
- Autocommandement et étero-commandement** (Contrat et loi), III, 197, 204.
- Autolimitation.** Théorie de —, (Dr. internat. publ.), III, 321, 326, 338, 342-344, 389, 391. A. du pouvoir judiciaire, (Standard), II, 154-155.
- Automate.** (Juge A.). Inexistence même en Dr. pénal, III, 305, 307.
- Automobiliste.** Responsabilité d' —, III, 82, 444-445. — V. Standard.
- Autonomie du Dr. et sécurité jurid.**, II, 6 ; A. législative des Etats et législ. uniforme, III, 480-481, 484 ; des personnes morales administratives, (It.), III, 223-224, A. des corps corpor. (Instrument de défense), III, 499-501 ; A. d. la volonté, II, 305-306, 377 (13), 377 (14), 556, III, 80, 190, 218-219, 253 (Dr. commerc.), 373, 375-376.
- Auto-obligation et étero-obligation** (contrat et loi), III, 213-214.
- Autorité.** Fondement de responsabilité, III, * 228-238.
- Autorité du Droit.** Causes de l' —, I, * 147-222.
- Aviation.** Dr. de l' —. Esprit internat., III, 481, 491.
- Avis consultatif de la C. Perm.**, III, 379-380.
- Balance des intérêts.** En général, I, 239, II, 87-88, 246, 254-255, 439, 561, III, 114, 132 ; entre les parties, II, 348, 354-352, III, 93. — Entrée en ligne des intérêts de classes ou de groupes, III, 146 et s., 207-208. 351-352, des intérêts publics ou de la société, III, 50, 114, 307. — I. matériels et moraux, III, 114. — Evaluation des I, II, 37, méthode législative et méthode judiciaire, II, 36, 40-42, 44-45, 80, 254, 348, 351-352, 354-355, III, 141-142, 144 (8).
- Bases du Droit et sources formelles.** Distinction. III, 393. — B. économiques, II, 154, 340 et s., 352-353, III, 118, 154, éthiques, III, 290, sociologiques, II, 154. — V. Economie et Droit. Droit. Nappe profonde du Dr.
- Berechenbarkeitslehre**, I, 163 et s.
- Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé de Lyon.** I, p. XVI, II, 195, 197, 200, 516. note d'éd., III, 484, 486, 492, 499-501, 505 (1).
- Bien-être public.** But de réglementation nouvelle des contrats, II, 349-353.
- Bien jugé — Bien légiféré.** Hypothèse du —, III, 401-402. 417.
- Bien social et Bien individuel** (Conciliation), III, 112, 120, 336.
- Biens communaux.** Survivance de propriété collective, II, * 177-189.
- Bill of Rights.** V. Déclarations des Droits.
- Bills of Exchange Act Anglais.** III, 482, 486.
- Birth Control**, II, 259, note d'éd., III, 492.
- Blankettnorm.** I, 291.
- Bonnes mœurs.** Notion, origine, contenu et histoire en Dr. rom., I, 6, * 53-67. — Rapport avec ordre public en Dr. franç., (évolution), I, 6-7, 53, 55, 249, 253, II, 335-336. — V. Ordre public.
- Bureau International du Travail.** I, p. XVIII, III, 435, 495-496, 506-508 (5).
V. Organisation Internationale du Travail, Recueil Internat. de Jurisprudence du Travail.
- But dans le Droit.** II, 247, 370, 376 (9). — Exclusion par science du Dr. pur, I, 280-281, 293.
- But social.** Élément d'interprétation du Dr., I, 97, II, 247.

- Carnegie Dotation.** III, 505 (2).
- Cas jugé.** Autorité du —, aux E. U., III, 46, en Roumanie, III, 70, 72, en Dr. internat. publ., III, 426. — Objections contre — tirées de l'effet limité de la chose jugée, v. Précédent (Réaction contre —). — Effet *erga omnes*, II, 82, 167-168 (Exceptions); — des Actions d'Etat, III, 83-84. — V. Précédent.
- Cas non prévu.** Problème du —, II, * 85-90, 202-203, 241 (7), 422, 483-484, * 503-530, 556 et s., III, 115, 493. — Inhérent à la nature du Common-L., II, 20. — Multiplication croissante, II, 493-494, 503-504. — Instruments de solution : (a) en général, II, 62-67, * 503-530. Obstacles créés par procédures anciennes, (Disparition), II, 506. — Transformations modernes de la technique judiciaire, II, 510-511, 558-566. — (b) Aide du Dr. comparé, III, 494. Procédé logique, II, 507-509. — Justification de la solution, II, 539-541. — Cas non prév. en Dr. internat., II, 504 et s.; différence avec Dr. interne, III, 380-381. — V. Lacunes de la loi, Lacunes du système jurid.
- Case-Law** anglo-américain. Nature et variétés, II, * 200-201, III, 493; — absence de plénitude, II, 20; — variété américaine, II, 381, 463-465; critique améric., II, 475. — Case-L. continental et — anglais, I, 217-218, II, 200, III, 405; différences, III, 169-170; forme intermédiaire, II, 318-319, (Hongrie); fonctionnement en Roumanie, II, 310, III, 70-72. — V. Enseignement du Dr., (Méthode du cas).
- Case-Books.** II, 495, (texte et note d'éd.).
- Case-System.** II, 495-496, note d'éd. — V. Enseignement du droit, (Méthode du cas).
- Cassation.** Recours en —, (Distinction de fait et de droit; It.), III, 220-221. V. Cours de Justice.
- Catégories juridiques.** II, 41, 65, 399, (20), 534-535. — Choix du juge, II, 535, 542-547. — Rôle et avantages de la catégorisation, II, * 128-139; dangers et abus, II, 67, 145, 549-550, 560-561 (influence du Dr. naturel). V. Armatures du système juridique, Concepts, Idées juridiques.
- Catégories professionnelles.** (It.), v. Syndicats.
- Cause** en Dr. public et Dr. privé, III, 79-80, 87 (11), 88 (15-16), 89 (19); — des sources formelles du Dr., III, 400, v. Sources formelles du Droit.
- Cause immédiate.** V. Proximate Cause.
- Chambre des Lords.** Autorité de ses précédents, II, 24-25. — V. Cours de justice, Précédent.
- Change.** Unification internat. du Dr. du —, III, 474-476, 481-489.
- Chose jugée.** V. Jugement, (Effet); Cas jugé.
- Classes dirigeantes.** Créatrices du Dr., I, 150-152. — V. Dirigé et dirigeant.
- Clauses.** C. compromissaires, v. Arbitrage, Traité. — C. de non-concurrence, II, 65, 145, 148-149. — C. constitut. améric., v. Constitution des E.-U. — Clause-or ou valeur-or (traitement différent dans relations internat. et relations internes), II, 350-351. — C. sous-entendues, v. Conditions sous-entendues, Contrats, Fictions, *Rebus sic stantibus*.
- Code civil Allemand :** Rayonnement en France, II, 9; théorie de la déclaration, II, 370-373; article 138, I, 7, 54-55, II, 355; art. 242, I, 7; art. 2 de la loi d'introduction, II, 241, (6). — Autrichien : art. 6, II, 435-436; art. 7, II, 39, 234, 406, 447, 452; art. 1041, (enrichissement sans cause), II, 112-113, 120-121. — Brésilien : art. 1. II, 452; art. 7, II, 234-235. — Chinois (de 1929) : art. 1 et 2, II, 452. — Egyptien mixte : art. 11, II, 452.

- **Espagnol** : hostilité contre Cout., II, 272-273 ; art. 6, II, 452. — **Français** : Indigence actuelle, II, 334 ; rôle dans réception des Dr. occidentaux au Jap., II, 448 ; art. 4, II, 39. 61, III, 377 ; art. 5, (obstacle au contrôle de constitutionnalité des lois), II, 74, 200 ; art. 6, I, 53, II, 335, 347 et s. ; art. 900, III, 80 ; art. 906, II, 129 et s. ; art. 1101, III, 194 ; art. 1134, III, 196 ; art. 1156, III, 215 ; art. 1184, III, 196-197 ; art. 1382-1383, II, 35, III, 229 ; art. 1384, III, 80-82, 229, 235. — **Italien** : art. 3 des dispos. préliminaires, II, 78, 406 et s., 438, 452, III, 15, 30, 39, (12 et 14), 215-216, 221 ; art. 5, III, 16 ; art. 1098, III, 177, 194 ; art. 1131, III, 215, 218-221 ; art. 1165, III, 196. — **De la Louisiane** : II, 38. — **Mon-ténégrin** : II, 234, 236. — **Roumain** : art. 4, II, 303. — **Suisse** : II, 235, III, p. XVI ; dispositions sur les bonnes mœurs, I, 53-54 ; modèle du code turc, I, 133 ; art. 1, II, 438, 452. — **Turc** : art. 1, I, 132-133.
- Code de commerce japonais**. Art. 1, II, 448-449.
- Code des obligations** (projet franco-italien), II, 64, * 111-127 (enrichissement sans cause) ; art. 1, III, 194, 481.
- Code pénal Français**, art. 4, III, 305, 308, 310-311. — **Italien** : art. 509, III, 206. — **Japonais** (de 1880 et de 1907) : III, 278.
- Codes de procédure et Rules of the Court**, III, p. XI. — **Code de procédure civile italien** : art. 517, III, 220-221 ; — **roumain** : II, 53-57 ; — **procédure pénale italien**, III, 292, 295.
- Code du travail maritime français**, II, 349.
- Codes industriels de la N.I.R.A.**, III, 498, 507-508, (5).
- Codes soviétiques**, (caractéristiques), II, 195, 472, 554.
- Codes tures**. I, 9, * 126-133.
- Codex thesianus**. II, 112-113.
- Codification**. Nature et limites naturelles (a) en général, I, 90, II, 8, 67, 73-74, 177-189, 509-510 (dogme de la plénitude) : (b) en Angl., III, 253 (Dr. commerc.) ; aux E.U., II, 37-39, 468-469 (tentative de David D. Field à New-York et opposition de James C. Carter) ; au Jap., II, 449 (conséquences pour interprét. du Dr.) ; en Dr. commerc., II, 315, III, 252-253 ; Cod. internat. d'usages corpor., III, 499-501 ; en Dr. internat. publ. (Conférence de La Haye), III, 344-345, 356, 369.
- Commissions administratives**. Pouvoirs quasi-législatifs et quasi-judiciaires ; II, 195, III, 52-53, 64 (38), 142-143, 501-502 ; aux E.U., II, 196-198, III, 142-143. — **V. Droit fait par les administr. publiques**.
- Commission d'uniformité des lois d'Etats** (E.U.), III, 434, 484, 490.
- Common-Law**. Nature et origines, II, * 16-29, III, 132, 139-140 (method of law-making), 159-167, (rôle des fictions), III, 240-242, 403, 460-462. — **Common-L., angl.**, III, 48 ; contenu, II, 245 (1) ; influences écossaises et romaines, III, 243. — **Superlégalité de ses principes aux E. U.**, III, 47. — **Pays de —** : tronc commun, III, p. XIII, 481 ; uniformisation des Statutes, III, 482. — **Common-L. et Statute-law**, II, 263, III, 461-469 : — **et equity**, II, 16-17, 21, III, p. X. — **V. Case-Law, Dr. judiciaire, Législation-loi, et le mot suivant**.
- Common-Law et Droit civil**. Corps rivaux de culture juridique internationale, I, p. XIV-XV, 5, II, 2-3, 64-65, 67, 483 : (Dr. du change), III, 433. (Dr. internat. privé, Conflits de lois), 459 note d'éd., (contrôle de l'application de lois étrangères), 485, 492, 497, 499-501. — **Relations historiques**, I, 7, III, * 239-246. — **Tendances communes**, II, 61-62. (postulat de la plénitude du syst. jurid.), 194-196, 199, (coutume), 201-202. (contrats) ;

- 510-512, (cas non prévu). — **Points d'opposition**, (tendances respectives), II, 18-19, 40-41 ; quant à la jurisprudence, II, 199-200, 253-254, 556-557, III, 434-435, 493, 495-496, (vocabulaire) ; quant à l'enseignement du Dr., II, 495-496, note d'éd. ; aux travaux préparatoires, III, 379 ; à l'application du dogme de la plénitude du Dr., II, 380-381 ; aux sources maîtresses et l'élaboration du Dr., I, 89-90, 198, 217-218, II, 198, 463-465, 509-510.
- Concentration industrielle.** Effet sur Dr., III, 112, 119, 158, 507-508 (5).
- Concepts juridiques.** En général, I, 64, 76, 534-535. — Nature et valeur relative, II, 485-493. — Motifs du choix du juge, (cas nouveaux), II, 334, 461, 517-520, 542, 547, III, 114. — Enrichissement sans cause, II, * 112-127, 308-309. — Concept contractuel et c. délictuel, (Essor respectif), II, * 333-346. — Risque professionnel et risque d'autorité, III, * 228-238. — V. Armature du syst. jurid., Catégories jurid., idées jurid.
- Conception étatique du droit.** Ses variétés, I, 93-94, 149, 158, * 181-191, * 192-203, 208-209, 268, II, 145, * 229-236, 241 (5), 322, 544-558, III, 248, 282, 290, 292, 298 (4), 318-319. — Critiques et réactions, I, 210-211, 234-235, II, 294-295, III, 248, 276, 337 ; objections tirées des faits, (E. U.), II, 262-263, 295-297.
- Conception individualiste et conception solidariste ou internationale du Dr.,** III, * 111-123, 390. V. Solidarité nationale.
- Conception nationaliste du Dr. internat. privé,** (Conflits de lois), III, 433, 452 et s. V. Solidarité nationale.
- Concern.** Going. — V. Going Concern.
- Concurrence anarchique et conc. réglée,** III, 156, 491. — C. déloyale et C. licite, III, 132-133. — Codes de C. loyale, v. Codes industriels. — V. Standard.
- Conditions sous-entendues.** Nature, classement et fonctionnement, II, 212, 381, 384-386, 392-393, 402 (54), III, 89 (19). — V. Contrats.
- Conditions-types du marché.** Rôle dans réglementation des contrats, (E. U.), II, 383.
- Conduite extérieure, signe de la conduite intérieure,** I, 183 et s. V. Règle de conduite.
- Conférences de La Haye,** (1910, 1912), sur le Dr. du change, III, 474, 482. V. Change.
- Conférence générale du Travail.** III, 416, 481. — V. Bureau Internat. du Travail.
- Conférence des jurisconsultes.** If, 317. (Dr. hongrois actuel).
- Conflits collectifs du travail.** Distinction entre — juridiques et — économiques, III, 164-166, 216-218.
- Conflits de lois.** Remèdes préventifs et curatifs (deux types de Dr. privé internat., v. ce mot), III, 468-469. — Distinction entre conflits de lois internat. et interprovinciaux ou fédéraux, III, * 431-435. — C. entre lois du même système jurid., III, 70-73. — V. *Lex posterior*, *Lex specialis*.
- Conformisme.** Fréquence et impuissance de lois imposant conformisme éthique (E.U.), II, * 259-263.
- Conformity to Principle.** Élément de règle cout. en Dr. internat. publ., III, 393.
- Congrès international de Droit comparé 1932.** I, 137-138, III, p. XII, 508 (7).
- Connaissance présumée.** Fonction créatrice de Dr., I, 167-168, 171.
- Conscience juridique, collective ou populaire.** Processus de formation, I,

- * 151-152, * 271-272. Elimination par Dr. pur, I, 283. — Négation et critique, II, 288, III, * 27-28. — Facteurs de positivité du Dr., II, 205, 287-289 ; en Dr. pénal, III, 291 ; en Dr. internat., III, 323-325, 351, 367, 387.
- Conscience de moralité.** III, 287.
- Consensus des intéressés,** III, 348, (Dr. internat. publ.) ; — *populi*, II, 287. (Fiction), 319, (Dr. canon.), III, 4, (Dr. constitut.). V. le mot suivant. *Idgma*.
- Consentement des Etats,** v. Autolimitation, Dr. internat. publ. ; — des gouvernés, v. Dirigé, Conception étatique, Législation-Loi.
- Conservatisme juridique en Common-L.,** II, 163-165, III, 46-47, 242-243, 465-472 (Carter) ; motif des fictions, II, * 163-174.
- Constitutions.** Place parmi les sources du Dr., III, * 3-8. — Continuité des —, III, 4-5. — Problème de la première Const., II, 293. — C. écrite et réalité, I, 261-262, III, 6 ; absence en Angl., III, 73. — C. non-écrite ou conventionnelle, III, 4, 41 (22). — C. jurisprudentielle, III, 7.
- Constitution des Etats-Unis.** Elasticité et ambiguïté, III, 44-45. — Art. 4, section 1, (Clause de Full Faith and Credit), III, 438, 440 et s., 445, 468. — Commerce Clause, III, 445, 449. — Clause d'égalité, III, 446-448, 450. — Amendements, III, 46, 507 ; V^e Amendement, III, 45, 355 ; XIV^e Amendement, III, 45, 355, 442-444, 448, 450. — Amendements judiciaires, III, 139. — Pouvoir législat. des Etats, III, 480-481. — Interprét. (tendances communes avec interprét. du Dr. internat. publ.), III, 358-359. — Source du Dr. internat. privé, III, * 437-445.
- Constitution de Roumanie,** III, 70-72, 76. — Article 40, II, 303.
- Constitutionnalité des lois.** V. Contrôle judiciaire de la —.
- Constructive Notice.** Place dans fictions créatrices du Dr., II, 167-168, 171.
- Consultation.** Rôle dans science juridique, I, 34 (ancien Dr. rom.), III, 469, (jurispr. comparative).
- Contentieux administratif.** Ses diverses formes, III, * 81-84 ; en Roumanie, III, 68.
- Contenu et forme du Droit,** v. Fond et Forme. — C. éthique du Dr. pénal, III, 290-291.
- Continuité des constitutions,** v. Constitutions. — du système juridique, v. Système juridique. — des services publics. (Standard), III, 96.
- Contrainte,** v. Droit, Sanctions.
- Contrats.** Fonctionnement des — comme source de règles de Dr., II, * 133, 402. — Evolution du concept, II, * 333-346, 353, * 356-357. III, * 193-197. — Essor quantitatif et qualitatif, II, * 335-338. — Rôle de volonté et étapes d'établissement, II, * 368-378. — C. et Convention (Espèce et genre), III, * 193-197, 198-199, 204, * 207-208. — Sphères respectives de C. et délit, II, * 333-346. — Cause, II, 373-375. — Réglementation légale et judiciaire des C., II, 328, * 348-349, 354-367, * 381-385. — Règles de Dr. créées par clauses sous-entendues, II, * 379-402, III, 130-131 ; v. Conditions sous-entendues. — Clauses d'irresponsabilité, II, 342-343, 349. — C.-Loi (C. obligatoire et C. normatif), II, * 333-402, III, * 173-179, 194, * 202-208, * 221-222. — Rôle dans élaboration du Dr. commerc., II, 315, III, * 249-250, * 254-256 ; — du Dr. internat. publ., III, 323-324, 390, 414, v. Traité. — Interprét. des C., II, 204-205, 210-212, 353, 384, v. Interprétation. — V. Conventions collectives, Traité.

- Contrat social.** Doctrine du —, II, 373. — Critique de sa transposition en Dr. internat. publ., III, 390.
- Contrats-types**, II, 314 et s., 334-337, 353-355, III, 250, 254.
- Contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois.** En général : I, 8, 215-216, III, 5, 446-447. — Aux E.U., II, 557, note d'éd., III, pp. XII-XIV, * 44-67, * 68-76, 133-134, 139-140, 199-200 ; différence avec Australie, III, 440 ; application aux questions fiscales, III, 448-450, — aux lois sur le Dr. internat., privé III, * 437-465. — En Roumanie, II, 307, 312 (16), III, 70-73, 76. — Substituts franc. et angl., III, 7, 73-74 (raison d'absence de —). — V. Droits individuels (Garantie des —), Droit naturel (Renaissance du —).
- Contrôle des naissances**, II, 259, note d'éd., III, 497. V. Stérilisation.
- Conventions collectives du travail.** Nature et effets en It., III, 164-165, * 173-179, * 195-199, 206 et s., 225, 226 (1) ; — en Allem., III, 190, 214-215. — Source de règles jurid. (It.), III, p. XVI, * 187-227. — Rapport avec loi et règlement (It.), III, * 222-225.
- Conventions ou règles de correction Constitutionnelles.** III, 25, 27, 41 (21, 22).
- Conveyancer of Real Property et Legal Adviser.** II, 43, note d'éd.
- Coopération.** Conditions tacites du Common-L., II, 393-395. — C. intellectuelle. V. Travail en équipes internationales.
- Corps de droit nationaux.** V. Systèmes juridiques actuels.
- Corpus juris canonici**, I, * 69-71.
- Cosmopolitisme des droits corporatifs**, III, 498-501.
- Couches nouvelles d'institutions**, II, 66, III, p. XIII, 111, 123.
- Cours de justice.** Organisation en Angl., II, 16-18, 24-25 ; — aux Etats-Unis, III, 437-439, 451 ; — en Roumanie, III, 68 et s. — V. Administration de la justice. — **Cour Permanente de Justice Internationale.** Décisions, III, 339, 346 et s., 353, 356-357, 365, 376. — Avis consultatifs, III, 379-380. — Statut, v. Statut de la Cour Permanente. — **Cour de cassation roumaine**, III, 68 et s. — **Cour Suprême des Etats-Unis.** Rôle constitut., III, p. XII, 74, 138, 434. — Attitude à l'égard du Dr. internat. privé, III, * 437-465. — V. Contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois.
- Coutume**, II, 11, 51-52, 56, 241 (8-9), III, 401. — Théorie de la —, II, * 277-301. — Histoire. Définition, III, 1-2, * 137-138 (sens jurid. et sens sociolog.) — Son rôle et sa valeur, I, 7, 96-97, II, 199, 291-292, III, 12, 16-18 (en Dr. pub. et Dr. privé) ; — en Dr. commercial, v. Cout. commerc. — Origine de sa force obligatoire (conditions d'existence) : (a) en général : I, 211-215, II, 286-288, 292-296, 300 (14), 330 (9), III, 10, v. Cout. internat. ; (b) élément formel : volonté de l'Etat (délégation ou consentement du législ.) (Cout. confirmée), I, 93, 94, * 190-191, II, 233-234, 287, 290, 293-294, 295 (Critique), 322-323, III, 1-2, 18-23, 28-29, 31 (C. non confirmée), v. Conception étatique ; Cout. judiciairement approuvée, III, 130, 132, 137 (E.U.) ; (c) éléments matériels (Usage. pratique constante, tradition), I, 90 (Distinction franç.), 97 (4), II, 26, 289-291, 321, III, 12, 14, 102 (Absence), 138 ; (d) éléments intellectuels ou psychologiques (*opinio iuris seu necessitatis*), I, 90-91, 152, 205, 211-214, 288, 290, 321, 322, III, 12, 20, 27 (négation), 248, 348, 393, 405, v. *opinio iuris seu necessit.* ; besoins sociaux, III, 402, critère de rationalité, I, 98 (24), 207-208, II, 288-289, 319. —

- Censure de la —, I, 8, * 89-99. **Rapports** avec la loi (v. ci-dessus élément formel), I, 165, II, 292-296, III, 20, 348 ; rapp. historiques, I, 35 (Dr. rom.), I, 89 (identité originaire avec la loi, Bracton), 133 (Dr. turc), 167-169, II, 236, 272-273 (Dr. espagnol), 320-321 (Dr. hongrois), III, 248-249, 257, 402 ; cout. interprétative ou complétive (*praeler legem*), II, 319, III, 16, 23, 258 ; cout. dérogative (*contra legem*), I, 213, 215-216, II, 222-223 (conciliation avec concept. état.), 294-297, 319, 324, 328, 330 (12), 454 (Jap.), III, 16 (négation, It.). — Rapp. avec Dr. non écrit, III, 1-3 ; — avec jurisprudence (Dr. judiciaire), I, 213-214, 267, II, 26 (Angl.), 289-290, 300 (15), 301 (21), 311, 319-323 (Dr. hongrois), 327-328, III, 132, 137, 139, 402 (précédents économiques), 405 (Différences) ; v. Dr. judiciaire, Jurisprudence ; — avec équité, II, 417 (26). — **Rôle** en Dr. administr., II, 273 (Espagne), III, 10 ; — en Dr. canon., I, 81-82, 92-93, II, 319 ; — en Dr. commerc. v. Cout. commerciales ; — en Dr. constitut., v. Cout. constitutionnelles ; — en Dr. internat., v. Cout. internationales ; — en Dr. améric., III, 138 ; — en Dr. anglais, II, 25-27 ; — en Dr. hongrois, II, 316-322 ; — en Dr. japonais, II, 446 et s. ; — en Dr. local ou régional, v. Cout. locales ; — en Dr. pénal, III, 27, 278, 296, 303 (28) ; — en Dr. publ., II, 271 (Espagne), III, 11 ; — en Dr. romain, I, 91-92, 96 ; — en Dr. turc, I, 132-133. — **Source** matérielle du Dr., I, 210-215, II, 297, III, 20, 254, 255 ; source formelle, III, 400, 402.
- Coutumes commerciales.** Leur fonction, III, p. XVI, 137, * 248-256. Rôle en Common-L. (angl.), II, 26-27 ; — v. Dr. commercial, Dr. économ., Loi Marchande.
- Coutumes constitutionnelles.** Rôle, nature et place dans Dr. constitut., II, 289, 292-293, III, * 9-43. — Opposition avec Cout. en Dr. privé, III, 20. — Diminution du rôle en régime fasciste, III, 35-36. V. Dr. constitutionnel.
- Coutumes internationales.** (I) En général, III, 320-321, * 362-374, 411, 420-423, 323 (moins fortes que Cout. de Dr. privé). — Formation et constatation des — : Rôle des intéressés (consentement des Etats), III, 343-344, 363-364, 421 ; — du juge, III, 414, v. Arbitrage ; éléments intellectuels, III, 347-354, 393 ; question de preuve, III, 349, 425. — **Rapports** avec conventions, III, 414, v. Traité ; — avec principes génér., III, 393, 425 (Différences), v. Principes généraux reconnus par les peuples civilisés. — Leur place parmi les sources du Dr. internat., III, 346, 363, 421. — (II) En Dr. internat. publ. : Rôle important, II, 292, III, 421. — Origine et fondement de leur force obligatoire, III, 320-321 ; éléments formels (*consensus*), III, 351 et s., 362-363 ; éléments de fait (pratique générale et constante), I, 175, III, 332, * 347-354, 393, 421-422 ; éléments psychologiques, I, 175, III, 363-364, 421-423. — Preuve des —, III, 421-423. — **Rapports** avec principes génér., III, * 362-374. — Place dans les sources du Dr. internat. publ., III, 391, 393-394. — V. Dr. internat. publ. — (III) En Dr. internat. privé : III, 432-435 (Absence de —) ; v. Dr. internat. privé.
- Coutumes locales ou régionales**, II, 241 (8), * 269-276 (Espagne), II, 177 et s. (Alsace-Lorraine).
- Coutumes des tribunaux**, I, 214-215, 217-218, II, 109 et s.
- Création et constatation du droit**, II, 12, III, 252, 253, 393.

Croyance juridique à la force obligatoire de la Cout., v. Coutume, *Opinio juris seu necessitatis*.

Culte des ancêtres, I, * 11-31.

Cultures juridiques internationales rivales. V. Common-Law et Droit civil.

Décision judiciaire. Origine du Common-L., I, 137. — Autorité et effets, I, 27-30 (Dr. rom.), II, 318 (Dr. hongrois), III, 356-357 (Dr. internat.), 382-384 (E.U.). — **Éléments** de —, vue générale, I, 251-253, II, * 512-522, 563-566, III, 136-141 ; facteurs de police, II, 511-512, III, 487, opinion générale et sens commun (v. ces mots), II, 27-28, 450 (Jap.), élément émotif, II, 489-490, 494-495, éléments moraux, II, 451 (Jap.), 567, 569, III, 292-295 (Dr. pénal), théories économiques, III, 128. — **Discretion du juge**, I, 133 (Dr. turc), II, 310, 511-512 : limites naturelles, II, 397 ; aux E.U., II, 41-42, 464-465, 479-481 : dans Dr. pénal, II, 339-340 ; dans interprét. de contrats, III, 292 ; libre décision (place respective dans Dr. civil et common-L.), II, 44-45, III, 138. — **Processus** : mécanisme général, I, 156, II, 41, * 379-381, 465, 467 (Holmes), 489 (19), 542, 546-547 (Cardozo), III, 169-172, 403, 493-495 ; 1^{re} étape (conception de la déc. et psychologie du juge), II, 22, 28, 206, 387-388 (Holmes), 409, 467 (E.U.), 545 et s., 568-569, III, 495, rôle de l'intuition, II, 467 (Holmes), 506, * 531-551 542 (Cardozo), 563, III, 141 ; 2^e étape (justification, rapport avec solution), II, 26, 489-491, 496-497, 539-542, 546-547, 549-550, 566-567, III, 141. — Source du Dr. hongrois, II, 316, 318 (Cout.), 319-320. — V. Common-Law, Discretion judiciaire, les diverses branches du droit, Jurisprudence, Jugement, Précédent, Stare-decisis, etc.

Décision judiciaire en droit du travail (It.). Différence avec jugement ordinaire, III, 164-165, 167-168 ; — avec précédent anglo-améric., III, 169-171. — Rapport avec arrêt de règlement, III, 171-172. — Source du Dr., III, p. XVI, * 163-186. — Substitution aux conventions collect., III, 182-184 : v. Conventions collectives ; aux convent. individuelles, III, 164-165, 168.

Décisions individuelles des organes publics. Entrée dans Dr. positif, I, 264-266, 270-273.

Déclaration des droits, I, 200-201, II, 76, III, 160. — En Allemagne, III, p. XIII, en France, III, p. XIV, 262. — Admission tacite, III, 7. V. Bill of Rights.

Déclaration de volonté, II, * 368-378.

Déconstitutionnalisation de constitution, III, 5.

Decret de Gratien, I, 69-72, 74.

Decretales de Grégoire IX, I, 75.

Décrets-lois, II, 194, 309 (Roumanie), III, 97, 99.

Dédoublément fonctionnel. Loi du —, III, 410.

Deed, II, 451, note d'éd.

Définition juridique, II, * 91-111 (Dr. rom.), IV, 490, III, 313-314. — Difficultés et périls, I, 138, 181, II, 63, * 91-111, 466, 494-495, III, 272, 273, 313-315. — Déf. du Due Process of Law, III, 47-48 (refus de la Cour) : — du crime, II, 272-273 (absence).

Délégation du Dr. internat. publ. au Dr. interne, III, 419 : — du pouvoir, II, 234-236 (base du Dr. judic.), III, 97-99. — V. Coutume confirmée. Législation-Loi, Conception étatique.

Delegiertes Gewohnheitsrecht. V. Coutume confirmée.

Déni de justice. Interdiction du —, I, 159 (Angl.), II, 469, III, 427 (Dr. intern. publ.). V. Juge (pouvoir et obligation de rechercher la règle).

Dépréciation monétaire. V. Monnaie.

Désuétude. Non abrogation des lois par — (Conséquences en Angl.), II, 20-23. V. Abrogation.

Devices. Cautèles pour placer innovation sous couvert du Dr. réformé, II, 159-176. V. Plénitude du système jurid.

Différend collectif en Dr. du trav. italien, III, 218-219. V. Droit du travail, Décision judiciaire en Dr. du trav., Magistrature de travail.

Directives et standards. V. Standard.

Dirigé et dirigeant, I, 186-187 ; idées des classes dirigeantes (source et régulateur du Dr.), I, 152. V. Classes dirigeantes.

Discretion du juge. Distincte de l'arbitraire, II, 418 (30). — Raison d'être et limites, II, 310, * 379-381, III, 292-293, 314, 315-316 (Dr. pénal); admission formelle, II, 43-44, 414-415 (17) (It.), 436 (Autriche), III, 292. — Variations de l'étendue, II, 41-42 (E.U.), 155. — Discret. pure et discr. technique, III, 292, 302 (23). V. Décision judiciaire, juge, jugement.

Distinction (Distinguishing). Limitation ou abrogation de règles anciennes par —, I, 142, III, 138.

Divination. Rôle dans le jugement. II, 542 (Cardozo).

Divisibilité de contrats, II, 391-392, 400 (32).

Doctrine. Influence uniquement persuasive, I, 197-198. — Autorité (origine et décadence en Dr. rom.), I, 24, * 32-41, 218-219. — Rôle historique, I, 6-7, II, 216 ; en droit canonique, I, * 69-76. — Rôle actuel dans Dr. canon., I, 84-85 ; — dans Dr. islamique et rabbinique, I, 127 (Idgma), 218, 133 (cod. civ. turc); — dans unification du Dr., III, 502. — Rapport avec jurispr., I, 156-157 (Allem.), 268-269, II, 52, 450. V. Jurisprudence (sens anglais), les diverses branches du Droit, Interprétation, Sources, Wissenschaftsrecht, etc.

Doctrine volontariste en Dr. internat. publ., III, 412, 417.

Documentation de jurisprudence internationale, III, 495-496. V. Recueil International de Jurisprudence du Travail.

Donné et construit, I, 144, 239-240, III, 84-87, 90 (41). — Les quatre espèces des D. de Gény, I, 282 ; D. économ., I, 6 ; D. historique, I, 248, II, 67, 439 ; D. idéal, III, 396 ; D. légal, II, 421-422 ; D. rationnel, III, 392, 396 ; D. religieux, I, 6.

Droit. Définitions. I, 137-138, * 161-180, II, 87-88, 255-256, 440-441, * 476-479 (J. W. Bingham), * 485-493 (L. Green), 526, * 534-536. — Dr. en action, II, 262 ; — à l'état de sentiment, II, 228. — Origine et fondement, I, * 161-180, II, 49-50, 475-479, 554-558. — Rapports du — et de l'Etat, I, * 147-222 : conceptions diverses : Existence indépendante du Dr. et supériorité à l'Etat, I, 220-222, 241, II, * 469-472 (Carter). naissance simultanée, I, 139-140, 240 (5), v. Conception étatique du Dr. — Nature et fonction. II, 87-88, 255-256, 440-441, 521, 526, 534-536, III, 282. — Dr. comme science sociale et comme science internat., II, 2-3, 51, 449, III, 120, 255-256, 491, 494, 501, 508. V. Science du Dr. — Dr. du proche avenir, II, 66. — Interdépendance avec autres phénomènes sociaux, II, * 507-521, III, * 124-144, 330. — Rapports avec philosophie et sociologie, II, 13 ; — avec économie politique, II, * 347-353.

- III, * 111-162 ; — avec morale, III, 273, 284-285, 294-295 ; — avec la force, I, 247, 284-285, 417, III, 356-357 ; v. Economie, Force, Morale, Philosophie, Sociologie. — Spécialisation et remembrement du Dr., III, 77-78, 84-85, 120 (Dr. économ.).
- Droit en soi.** Le —, III, 276.
- Droit administratif,** III, p. XIII, Rapport avec Dr. civil, III, p. XV, * 77-91, * 92-99, 235. — Sources, III, p. XV, * 77-91, * 92-99, 166-167 (Italie). — Dr. administr. international, III, 338, 502. — D. institutionnel, III, 94.
- Droit anglais.** Caractéristiques, II, 2, 17, 25, 66, 67, 159-176 (Rôle des fictions). — Sources, II, * 16-29. — Opposition et parenté avec Dr. franç., II, 18-19, * 204-216, III, 239.
- Droit annamite,** I, 11-13.
- Droit autrichien.** Ses sources, II, * 434-445.
- Droit de l'aviation et la T. S. F.** Esprit internat., III, 491.
- Droit canonique.** Interprétation, I, * 77-87, 79-81 (Organes de l'interpr.), 84-85. — Sources Loi, I, 7, * 77-87, 85-86 (Lacunes de la loi), Coutume, I, 81-82, Doctrine, I, * 69-75, 83, Jurisprudence, I, 82-83.
- Droit civil** (culture juridique opposée au Common-L.), II, 64, III, p. XIII, 492, 493-497, 499. — Voir Common-L. et Dr. civil.
- Droit commercial.** Caractéristiques et tendance à unification : II, 315, III, 249-250, 252, 253-254. Rapports avec Dr. civil, II, 315-316 (Hongrie), III, p. XVI, 112, 116-117, 249-250. Rapport avec Dr. économique, III, 112, 113. — Ses sources : Vue générale, I, 7, III, p. XVI, * 248-256, * 314-331. S. historiques, III, * 239-246. S. actuelles, II, 315-316 (Hiérarchie en Dr. hongrois) a) formelles : Coutume, II, 25-27 (Angl.), 448-449 (Jap.), Jurisprudence, II, * 314-331 ; b) matérielles, II, 314 et s., III, 239-246 (Angl.), 493-501.
- Droit commun.** Droits exorbitants du —, III, 93, 102-103.
- Droit commun civil et pénal.** Ancien droit cout., III, 258.
- Droit commun de la France,** II, 490-491, note d'éd., III, 497.
- Droits communs nationaux.** Précédents du Dr. comparé, II, 490-491, note d'éd., III, 469-497.
- Droit commun aux peuples civilisés.** Caractère et conditions d'existence, III, 378-388. — Principes généraux du —. S. du Dr. internat. publ., III, * 364-372, * 383-388, 395-396, 423-429. — Sources : a) formelles, III, 469, 489 et s., * 497-501 (Dr. corpor.), 501-502 (Dr. f. p. l. ad. publ.) ; b) matérielles : Forces économiques et éthiques, III, 355-356, 491-492, 498, 500-501, Dr. comp., III, 468, 469, Jurispr. comp. III, 492-497. V. Dr. comparé, Dr. internat. publ., Dr. internat. privé.
- Droit commun privé international.** V. Dr. comparé.
- Droit comparé** (ou Dr. commun privé internat.), II, 9 (Saleilles), 273, 311, 455-456. — Précédents nationaux, II, 490-491, note d'éd., 496-497. — Rapport avec histoire du Dr. II, 13, 439, 455, 562. — Rôle dans Dr. national, II, 9, 421 (31), 439, dans Dr. intern. publ. et privé, III, 364-365, 467-470, dans sciences sociales, II, 449, dans libr. rech., III, 494, dans solution du cas non prévu, II, 504 et s. — Ses sources : vue générale, III, * 467-504, 489 et s., a) formelles : D. f. p. l. ad. publ., III, 501-502, b) matérielles, II, 489 et s., forces écon. et soc. (éthiques), II, 19, 236, 491-492, 494, 500-501 ; Doctrine, III, 502 ; Jurispr. comp., III, 492-497 ; libr. rech., II, 456. — Dr. comp. au Jap., II, 449, 456.

- Droit constitutionnel.** Caractère : tronc central du Dr., II, 298, III, p. XIII (E.U.), 72 (Roumanie), 77-78. — Domaine, II, 171-172, 174, 231-232. Dr. constitut. non écrit, III, * 1-5. — Rapport avec Dr. internat. privé (E.U.), III, 438-450. — Sources : en général, III, * 1-8, * 9-43 ; Coutume, I, 261-262, II, 293.
- Droit constitutionnel fédéral.** Parenté avec Dr. internat. publ., III, 358-359.
- Droit constitutionnel privé,** III, 74. V. Superlégalité, Principes généraux.
- Droit constitutionnel superétatique.** Ses zones diverses, I, 174.
- Droit continental.** Influence sur Dr. anglo-améric., II, 32, III, 239. — V. Common-Law et Droit civil.
- Droit corporatif commercial,** II, 112, 197, III, * 497-501. Nature : Autonomie commerciale et industrielle, II, 314 et s., 394, III, 130, 254-255, 498, 500-501 ; réaction contre étroitesse de la Constitution (E.U.), III, 498. — Rapport avec application administrative du Dr., III, 498, 507 (5). — Source du Dr. internat. commun, III, 339, * 497-501. — V. Dr. internat. commun, Codes industriels.
- Droit corporatif international,** III, 339, 499-501 (Ventes de soies).
- Droit corporatif du travail,** III, 173-179, * 187-227 (It.), 497. — V. Conventions collectives, Droit du travail, Syndicats.
- Droit coutumier.** Nature et rapport avec autres branches du Dr., I, 175, II, 278, III, 1-3, 248, 254, 255, 316, 356, 404, 531 et s. — Dr. cout. espagnol, II, * 269-276 ; — judiciaire (Hongrie), II, 328. — V. Coutume, Droit écrit.
- Droit économique,** III, * 124-144, * 145-161. — Nature, III, * 111-123. — Rapport avec Common-L. et Dr. civil, III, p. XV ; — avec Dr. commercial, III, 112, 114-116, 120 ; — avec Dr. du trav., III, p. XV. — Prédominance des Standards, III, 146-147, 149-152, 153-154. — Contenu, III, 119. — Développement après-guerre, II, * 334-337, * 347-353. — Sources, III, * 111-123. — V. Entreprises.
- Droit écossais et Dr. romain.** Influence sur Dr. anglais, III, 241-242.
- Droit écrit.** Distinction entre — et Dr. coutumier, III, 2-3, 248-249, 253.
- Droit des entreprises de services publics,** III, 360-362. — V. Entreprises.
- Droit fait par les administrations publiques,** I, 261, II, 47 (33), * 193-198 note d'éd., 247-248, 257-258, 298, III, 501-502. — Méthodes, II, 23, 26, 355-356, 360-361, 361-362, 556. III, 93-94. — Production sur terrain international, III, 338. — Liaison avec Dr. corporatif, II, 194, III, 506-507 ; aux E. U., III, 52-53, 64 (38), 142-143 (Industrial Commission of Wisconsin) ; au Jap., II, 446 et s.
- Droit fait par les groupements économiques.** V. Droit corporatif, Dr. économique, Dr. commun internat. privé, Codes industriels.
- Droit fait par les juges.** V. Droit judiciaire.
- Droit fait par les organisations syndicales.** V. Droit corporatif du travail, Conventions collectives, Syndicats.
- Droit fiscal,** III, 156. Sources, III, p. XV, * 101-110. — Bases constitut. aux E. U., III, 48, 448-450. — V. Interprétation.
- Droit des gens.** V. Droit international public.
- Droit idéal et Dr. naturel.** I, 242, III, 285-286. V. Droit naturel.
- Droits individuels.** — et Dr. naturel, I, 201, III, 336. — Variabilité de la notion, III, 155, 160. — Garantie constitut. des —, II, 73-74, 142, III, p. XV, 7 ; aux E. U., III, * 46-67, 134 ; en Roumanie, III, * 68-76. — V. Contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, Due process of law.

Droit industriel. Sphère et étendue, I, 142, (Nebbia Case, cité par faute d'impression comme Mennen Case). — Sources : Dr. corpor. (usages-règles), III, * 498-501. — V. Codes industriels, Droit corporatif.

Droit international du change. V. Change.

Droit international privé. (Conflits de lois). Ses diverses formes, III, * 437-465. — Dr. internat. privé interne, III, 431 ; — fédéral, III, 431-435, 437, 465 ; — internat., III, 431 et s. — Branche du Dr. national, III, 418 et s., 433. — Internationalisation du —, ses difficultés, III, 419, 431-435, 456-460, 467-470, 472, 473. — Ses sources : vue générale, III, p. XV, * 431-435, * 437-465. — Sources formelles : Législation, III, 419 (conventionnelle), * 437-465 (des Etats fédérés améric.) ; Jurisprudence, III, 433-435, 437 ; Coutume, III, 433, 435 (absence) ; Doctrine, III, 434. — Sources matérielles : Principes généraux, III, 354-356, 418 ; Dr. naturel, III, 317-327. — Positivité et infirmités congénitales, II, 232, (négarion d'existence), 453, (disparition future), III, 432-435, 459, note d'éd. — V. Droit comparé, Droit corporatif.

Droit international public. Notions générales. Dr. positif ou Dr. naturel (morale) ? II, 228, 229, 232-233, III, 320, 331 (Austin), 332, 333, 341, 364, 389. Sanctions actuelles, II, 228. III, 326-327, 331, 341, 342. — Rapport avec Dr. étatique et Etat, I, 173, 174, 175, III, 324-325, 341, 343, 358-359, 360. — Codification, III, 344-345. — **Droit international conventionnel**, III, * 375-382 ; — régional, III, 419-420 ; — non conventionnel, (nature), III, 115, 321-322, 371-372 ; — et Dr. fédéral, III, 431-435. — Sources (A) vues générales, I, 217, III, p. XIV, p. XVII, * 317-327, * 328-361, * 389-399, * 400-430. Hiérarchie, III, 356, 370-372, 374 (27), 396-398, 412, (absence). — Enumération, III, 335, * 345-360, * 362-374 (art. 38 du Statut de la Cour Perm., v. ce mot), 411. — (B) Les diverses sources : Législation (existence ou non-existence ; v. Législation-Loi), III, 332, 333, 415-420 ; rôle de la S.D.N., III, 326-327. — Conventions internationales. (v. Traité), III, 175-177, 320-324, 326, 332, 333-334, 358, 362, 370, 391, 394, 407 (source unique), 414-415 ; méthodes d'interprét., III, * 375-382. — Coutume, III, 320-321, 332, 336 (preuve de la —), * 347-354, * 362-364 (autorité de la — et théorie de la subordination des Etats), 391, 393-394, 414, 420-423. — Doctrine, (opinion des publicistes), I, 218, III, 323, 325, 349-350, 372, 426-429. — Opinion publique, III, 323, 324-325, 344. — Pratique internat. (Décisions judiciaires), II, 455, III, 323, 332, 333, 335-340, 341, 351 et s., 356-357 (Précédent), 372, 403. — Principes généraux (v. Principes généraux du Dr. reconnus par les peuples civilisés). III, 354-356, * 362-374, * 383-388, 395-396 (source distincte ?), 423-426 ; — du Dr. privé interne, III, 323, 365, 368-369, 386-388. — Volonté de l'Etat, III, 326, 343-346, 389. — Dr. naturel, III, 331-332.

Droit judiciaire. Définition, I, 303, II, 200-201, 569-570. — Rôle dans l'histoire générale du Dr., II, 257-258, 535. III, * 257-270 ; — en Dr. romain I, 6, * 23-31 ; — en Dr. canon., I, 82-83. — Source essentielle du Dr. en pays de Common-L., II, * 16-29, 137-138, 198, 247, 330, 403, * 460-463. — Négation de Dr. à l'existence en pays de Dr. codifié (Dr. civil), I, * 156-159, 202, 262, II, 78-79, 169-170, III, 14, 39, 171-172, 263, (v. Arrêt de règlement) ; développement de fait, II, 206 ; explication par délégation du législateur II, * 231-236. — Situation de fait centrale, II, 200. — Rôle en Hongrie, II, * 314-331 ; au Jap., II, 446, 450 ; en Roumanie, II, 72, 76, 303-304. — Mécanisme d'élaboration : opposition

entre méthodes du Dr. civil et du Common-L., III, 169-170, 405; méthode du Common-L., II, 23-24, 463, * 465-467, * 542 et s., * 552-573, III, * 139-140 ; — alimentation et produits de ce mécanisme, II, * 563-565. — Jurispr. mécanique et jurispr. de science sociale, II, * 472-475. — Rapports avec législation, (rôle auxiliaire) : Interprét. de la loi, I, 177, II, 364-365, 397, 437-438, 503 et s. ; — Comblement des lacunes de la loi, II, 438, III, 359-360, 397, 428, * 451-454, 461. — Création ou déclaration du Dr., II, 308-309, 322, 331 (16), III, 132, 446-465, 471-472, 531 et s. — Correction ou abrogation par désuétude de la loi, II, 44-45, 254, 326, 328-329. — Refus d'aptitude à —, II, 20-23, 207. — Détours ou devices employés pour dissimuler activité créatrice, II, * 157-176. III, 5, 406. — Conflits entre Dr. judic. et législat., II, 263-264. — Prétentions du — à monopole aux E. U., II, 468. — Sphère d'action du — : Détermination par la loi, I, 133 ; sphère naturelle, II, 206, 468. — Contrats : Création d'obligations légales sous apparence contractuelle, II, 328, 339-344, * 347-353, 362, 365, * 379-402. — Rôle en Dr. constitut. (E. U.), I, 142-143, III, 139-140, 438 ; en Dr. commerc., III, 255 ; — en Dr. fiscal, III, 105, 108 ; — en Dr. internat. privé, III, 432-435, 495-496 ; — en Dr. internat. publ., III, 323, 332-333, 336, 339-340, 346-351, 357-358, 376-377, 379-380, 403, 414, 426-429 ; — en Dr. pénal, III, 292-294, III, * 303-316 ; — en Dr. du trav., III, * 163-186. (It.). * 228-238, (franç.), 497-498. — Rapport avec Cout., I, 29-30, II, 319-320, 322-323, 327-328, 330-331 (14), III, 172, 173.

Droit libre. V. Libre Droit.

Droit mondial. Problème du —, II, 455-456, 458 (7), III, 472. — Est-il souhaitable ? III, 472-474, 479, 488-489. — Dr. mond. et sources du Dr., III, * 471-477.

Droit moral. Distinct des mœurs, I, 161-162. V. Morale et Dr.

Droit musulman. Sources du —, I, 126-129. V. Réception.

Droit naturel. Origines, développement et rôle historique de la doctrine, I, 86, 140-141, 201, 210, 252-253, II, 6-7, 75-76, 327, 451, 506-507, 560-561, III, 145 et s. 248. — Affirmation d'existence, I, * 223-243, III, * 145-161, 283-285, 290-292. — Immuabilité, III, * 285-289. — Démentis des faits, II, 246, 565-566, III, 284-289. — Dr. naturel nouveau, II, 521-525 ; — évolutif, I, 225-226, 230-231, III, 84-85, 392. — Equivalent de négation, III, 273. — Renaissance du Dr. naturel ; en France, I, 141, et s. ; — en Italie, III, 285 ; — en Roumanie, III, 75-76 ; — aux E. U., I, * 141-142, II, 45 (1), 468-472, 498 (10), III, * 44-67, 144 (7). — Renvoi de codes au Dr. nat., II, 454-455. — Rapports avec principes génér., Autriche, II, 242, (2), 406-407, 413, (9), 414, (12 et 14), 435 ; — avec ensemble du Dr. positif, I, 207, II 73-82, 228-289, 317-318, 322-323, 394 ; — avec Dr. commun privé internat. ou Dr. comparé, III, 364, 387-388, 491-494, 500-501. — Irréductible Dr. nat. de Gén'y, I, * 234-243, 276, III, * 271-274, 392, 424. — Rôle en Dr. pénal, III, 262, * 271-274, 276, 285, 286, * 289-294 ; — en Dr. internat. privé, III, 331 : — en Dr. internat. publ., III, 317, 325, 331, 337-338, 359-360, 368-369, 390, 392. — Succédanés du Dr. nat., I, 143, 146, * 245-295. — Rapports avec équité, II, 78, 407 ; — avec Dr. objectif, I, 221, 222, III, 288, 370, 373 (22) ; — avec Dr. rationnel, I, 199-200 ; — avec Dr. idéal I, 242, III, 285, 290 ; — avec Dr. à l'état de sentiment, III, 287-288, 290, 320, 338.

- Droit non écrit.** Distinction entre — et Dr. coutumier, I, 260, II, 26, 292-293, 469, III, * 1-8.
- Droit normand.** Réception en Angl., I, 92 ; — dans le royaume de Sicile, I, * 103-125.
- Droit objectif.** Nature, I, 144, 207-208, 252, II, 230, III, 299 (5), 398 (12), 404, 500. — Rôle causal pour l'existence des sociétés I, 148, III, 400, 401. — Substitut améric., II, 521-523. — Dr. obj. et Dr. positif, III, 401, 404 : — et Dr. rationnel, I, 258-260 ; — et Dr. commun, III, 387-388, 500-501 ; — et Dr. comparé, III, 491-492, 494 ; — et Dr. internat. publ., III, 368-369, 390, 394, * 412-414 ; — et principes génér., III, 424. V. Droits subjectifs.
- Droit occidental.** V. Réceptions.
- Droit pénal.** III, p. XIII, p. XIV, * 305-316. — Elaboration scientifique, III, * 271-274. — Bases constitut. aux E. U., III, 48 et s. — Interprét., III, 49, 103 et s., 108 (5), * 305-316 ; v. Interprétation. — Sources : Vue générale, I, 7, III, * 271-274, * 275-280. — Leur origine, III, 282-283. — Sources formelles, II, 20-23 (loi non abrogeable par désuétude), III, * 278-280. — Sources particulières, III, * 281-306. — Sources substantielles, III, 276, 283-284, 295-296, 312 (principes de Dr. privé). — Sources historiques, III, * 257-270. — En Dr. japon., II, 447 et s., III, 278.
- Droit pénal commun.** III, 258, 259, 262. V. Dr. commun civil et pénal.
- Droit positif.** Définition, origine et nature, I, 137, 139, 144, 193, 197, 264-269, 270, II, 34, 228, III, 5, 317, 322-323, 326, 330, 401.
- Droit prétorien et equity anglaise,** II 451.
- Droit privé.** Rapports avec Dr. public, III, p. XIII, 78, 95, 96 ; — avec Dr. internat. publ., III, 365, 368-369, v. Principes généraux reconnus. — V. Dr. public, Dr. administratif.
- Droit privé international.** Dualité de formes : théorie des conflits de lois et Dr. comparé (ou Dr. commun), II, 455, III, * 431-435. — Rôle et avenir respectifs, II, 456-457. V. Droit internat. privé. Droit comparé.
- Droit de la procédure civile.** Sources, II, * 48-59, 321-322, III, p. XI, 82-84 ; v. Codes de procédure civile.
- Droit de la propriété industrielle.** Esprit propre, II, 543 et s.
- Droit public.** Rapports avec Dr. privé, III, 112, 120, 368-369.
- Droit pur.** Sources du —, I, 144, 181, * 277-295, II, 291, 298.
- Droit rationnel.** Rapport avec Dr. positif et Dr. naturel, I, 144, 239-242, * 245-279, II, 74, III, 148, 288, 289. — V. Droit naturel, Droit positif.
- Droit romain.** Source des Dr. continentaux, II, 2, 18-19, III, 493. — Déromanisation du concept du contrat, II, 349. — Dr. rom. moderne : ancêtre de jurispr. comparative, III, 493, 503.
- Droit roumain.** V. Roumanie.
- Droit des services publics (E. U.),** II, 145, 147. V. Services d'utilité p.
- Droit social.** I, 144.
- Droit strict.** — et équité, III, 238. — Effacement de contrat de —, II, 339.
- Droits subjectifs.** — et Dr. objectifs, I, 298, 158-159, II, 79, 89-90 (31), 93 ; — en Dr. internat. publ., III, 390, 412. — V. Droits individuels.
- Droit du travail.** Extension progressive, III, p. XV, 234-235. — Ses sources, II, 362-363, III, p. XVI, * 163-186, * 187-227, * 228-238, 487-489, 498. — Internationalisation du —, III, 487-489. Glissement du Dr. privé au Dr. publ., II, 196, 348-349, III, p. XVI. — V. Droit corporatif du travail, Conventions collectives, Syndicats.

- Droit uniforme du change.** V. Change.
- Droit unitaire international.** Objections contre —, III, 473-474.
- Droit vivant.** Opposition avec Dr. théorique, I, 260-265, II, 198-199, 247 et s., 254-263, 311, 442-443, III, 330. — V. Législation-Loi.
- Due Process of Law.** I, 142, II, 560, III, p. XIV, * 45 et s., 133, note d'éd., 134, 138, 139, 143, 353, 355, 434, 442-444, 448, 450, 458-461.
- Dynamiques et statiques.** Eléments — du Dr., II, 569-570.
- Echange.** Notion, III, 129, 386. — comme condition sous-entendue, (Implied condition of —), III, * 386-393. — E. des prestations dans conventions collect. du trav., III, 210 ; — en Dr. internat. publ., III, 338.
- Ecoles.** E. américaine, II, 30 et s. ; influence continentale, II, 32. — E. analytique, II, 566, 572. — E. autrichienne, I, 278-279 ; II, 330 (11). — E. du Dr. naturel, I, 140-141 ; v. Droit naturel. — E. économique libérale, Influence sur Droit, II, 249-250, III, 130, 149 et s. — E. évolutionniste, II, 237, 239-240 (Critique) ; v. Interprétation (Méthodes). — E. exégétique, II, 11, 223-224, 449, 453 ; v. Interprétation (Méthodes). — E. historique, I, 91, 210, II, 6, 51, 205, 248-249, 287-288, 471-472, 562, 567, 572, III, 29, 113 ; v. Conception étatique. — E. positiviste, III, 285, 321. — E. des sceptiques (E. U.), II, 525, 526. — E. sociologique, II, 39, 298 (Autr.), 521 (franç.) 562, III, 248, 249. — E. volontariste (Dr. internat. publ.), III, 407, 420-421 (Critique).
- Economie.** Rapport avec Droit. I, 6, 227-229, II, 2, 206, 249, 271, * 347-353, (Dr. judic.), 355, 381 et s., 510-511, III, pp. XV-XVI, 111, 115-118, 121 (24-25), 122 (26-27), * 124-144, * 145-161, 377-378. V. Bases du Droit, Décision judiciaire (Eléments), Droit judiciaire, Vie économique.
- Economie dirigée ou réglementée.** III, 111-113, 156-157, 161 (11).
- Egalité devant la loi.** En Dr. constitut. améric., III, 430, 447-448. — V. Contrôle judic. de la constitutionnalité des lois, Droits individuels (Garantie).
- Egypte.** Réception du Dr. occidental, I, 8, II, 428-430, (Dr. franç.). — V. Réceptions.
- Einheitliches internationales Recht und international einheitliches Recht.** (Opposition), III, 472-473. — V. Droit internat. privé et Dr. comparé.
- Ejectment.** Action of —, (Illustration du rôle des survivances), II, 67.
- Eléments du Droit.** V. les diverses branches du Droit, Economie, Jurisprudence, Morale, Psychologie, Bases du Droit, Forme et contenu du Droit, Matière première du Droit, Nappe profonde du Droit.
- Empirisme.** Méthode empirique, II, 248-249, 250-251.
- Enrichissement sans cause.** II, 64, 82, * 112-127 (Code franco-italien des obligations, 303 (Roumanie), 391 (Common-L.), 428, III, p. XVI, 82, 232, 244-245 (Lord Mansfield), 369. — V. Armature du système juridique, Concepts.
- Enseignement du Droit.** En Angleterre, II, 17-18. — En Belgique, II, * 85-90. — Aux Etats-Unis, II, * 30-47, 551. — Méthode du cas., II, 63, * 85-90, 495-496, note d'éd., 505, 507, 508-509, (Langdell). — Liaison avec sciences sociales, II, 2. — V. Sciences sociales.
- Ententes industrielles et évolution du Dr.,** II, 153-154 (validité des —), II, 113, 119, 135, 155, 491.
- Entreprises.** Place et rôle dans le Dr., II, 388, III, 113, 118-119, 155, 159,

230. — Etatisation des —, III, 151-152. — E. d'utilité publique, (Droit des —), II, 360-361, III, 155.
- Equipes internationales.** V. Travail en —.
- Equité.** V. Equity, II, 113-114, 308, 328, 329 (3). — Raison, mérites et dangers, I, 6-7, II, 408, 412, 451, III, 394. — Distincte du Dr. naturel, II, 407. — Rapport avec Dr., II, 82, 417 (26), III, 258 ; avec principes génér., (It.), II, 202, * 402-422 ; avec justice en —, II, 234-235 ; avec Cout., II, 407, 408, 417 (26) ; avec la loi, II, 405, 406-407 (renvoi de la loi ital.), 410-411, 418 (30). — Élément d'interprét. de contrats, II, 339, 354-355, 362, 363. — Jugement en — (pouvoir du juge), II, 173 (cas non prévu). 202, 408, III, 259, 293 (Dr. pénal), 309-310, 404 (cas non prévu), 416 (24-25), 421 (23) ; en Dr. internat. publ., III, 346, 356-357, 361, (20). — E. en Dr. canon., I, 86, en Dr. économ., III, p. XV, v. Dr. économ. ; en Dr. français (Projet de code civil fr.), II, 406-407 ; en Dr. ital., II, 404 et s., 416 (24) ; en Dr. turc, I, 133. — V. Cas non prévu, Décisions judiciaire.
- Equity.** V. Equité. II, 67, 451. — Jurisdiction d' —, II, 418, (26), 183-184, 185 (25). — E. et Common-L., II, 16-17 ; — et Dr. naturel, II, 78 ; — et Dr. véritable, (Dr. internat. publ.), III, 356-357. — Organes d' —, II, 17.
- Erklaerungstheorie und Vertrauensstheorie,** II, 370-373.
- Esprit du système juridique et esprit des lois successives,** II, 441-443.
- Estoppel.** Rôle et fonctionnement, II, 159-160, 161, 450, note d'éd. — V. Fictions.
- Etapas dans l'établissement des décisions judiciaires.** V. Décision judiciaire, (Processus).
- Etat.** Notion, I, 189-190, 305, III, 428. — Ses fonctions, II, 349-353, III, 112, 155-156, 158, 394, 408. — **Etat et Droit** (Rapports), I, 139. * 147-222, 139. * 192-203, 265, II, 193, 194, 230, 232, III, 13, 17, 18 et s., 30-32, 276, 328, 337. — Conception étatique, Coutume confirmée, Législation-Loi, Volonté du législateur.
- Etat corporatif.** Germes en France, II, 351-352.
- Etatisation du Droit.** Théorie étatiste du Dr., (It.), III, 18 et s. — V. Conception étatique.
- Ethique.** — V. Morale.
- Etre — Devoir.** (Sein — Sollen), I, 162, 164-165, 280 et s. — V. Morale.
- Eugénique.** Législation eugénique, III, 491-492.
- Evaluation des intérêts.** V. Balance des intérêts, (Evaluation).
- Evolution du Droit.** Notion. II, 7, * 157-176 (Fictions), 218-219, 238, 333-334. Gènes apportées par codification, II, 35. — Élément évolutif et élément stable du Dr., II, 13.
- Exclusion et inclusion.** V. Inclusion.
- Exécution substantielle.** Doctrine de l' — en Common-L., II, 386-387, 390.
- Exégèse.** V. Ecoles. Interprétation (Méthodes).
- Extension de la loi.** Modes d' —. V. Analogie, Fictions, Interprétation, Principes généraux.
- Faits.** Répétition des —, premier germe du Dr., I, 256-257. — juridiques, théorie des —, II, 270, générateurs du Dr. du trav., III, 178-181. — normatifs, I, 248. — sociaux : seule cause du Dr., III, 400-401, base des jugements, II, 532. — V. Volonté.

- Famille.** Dr. de —: Terrain de culture de coutume en Espagne, II, 271, 273.
- Federal Trade Commission,** II, 196-198.
- Fédéralisme.** Ecole d'apprentissage du Dr. internat., III, 74, 409, 410, 416, 438, 481, 501-502.
- Fédération internationale de la soie,** III, 499-501.
- Fictions légales,** I, 8, II, 450, note d'éd. — Rôle et raison d'être, II 66, * 157-176, en Dr. rom., II, 164, 168-169, dans l'histoire du Common-L., II, 159-176, en Dr. internat. publ., III, 408, 417, 428, 430 (14). — Conditions sous-entendues dans contrats, v. Conditions sous-ent., Contrat. — Fictions du type « assumption » : communauté des buts, II, 159-161, 162, (estoppel), v. Assumption. — Innovation par le moyen de F., (F. dissimulant l'action créatrice du juge), II, 21, 157-164, 171-172, 399 (18). — Application fictive de la loi, II, 452, 453, 456-457. — F. constituant les postulats fondamentaux du Dr., II, 21, 287, 457, III, 380-381.
- Foral (Droit),** II, * 263-276.
- Force.** Rôle dans traités de paix, III, 334, 351-352, 417.
- Force de l'Etat.** Conception de la — comme seule source du Dr. positif, I, 140, II, 230. V. Conception étatique, Sanction Dr. positif, Règle.
- Force dérogative de la coutume.** Théorie et réalité, II, 294-297. V. Coutume dérogative.
- Force majeure.** Exception commune au Dr. publ. et Dr. privé, III, 365. Assouplissement moderne de cette théorie, II, 149-152.
- Forces spirituelles.** Influence des —, I, 229-230, III, 476.
- Formation du droit.** Etapes prélegislatives, I, 144. V. Matière première. Nappe profonde du Droit, Droit.
- Forme et contenu du droit,** II, 237, III, 166, 203-204, 286.
- Formulaires médiévaux (angevins),** I, * 109-118.
- Formules générales.** Leurs dangers, II, 93 (Dr. romain).
- Frustration.** Impossibilité d'exécution de contrats en Common-L., II, 392-396.
- Généralisation juridique.** Processus, I, 253-257. — Dangers, II, 466 (Holmes). — V. Catégories juridiques.
- Gény,** I, 234, 277, II, 403, 434, 447, 449, III, 144 (7), 271, 398 (11), 399 (25). — (A). Son rayonnement dans l'ensemble du monde, II, 1-3, III, p. XI. Influence de sa méthodologie : en Allemagne, I, 163, en Angleterre, II, 16-29, aux Etats-Unis, II, 245 et s., * 461-462, 476, 496, 511, 519, 521, 530 (29), 531-532, 552-553, 557, 558, 562, 567, 569, 572-573, III, * 124-144, en Hongrie, II, 314-331, en Italie, I, * 234-243, au Japon, II, * 446-458, en Pologne, II, * 434-445, en Roumanie, I, 274-275, 303 et s., en Tchécoslovaquie, I, * 277-295, en Turquie, I, 128, 132, en Yougoslavie, II, 227. — (B). Influence de ses vues sur la philosophie et la théorie générale du droit, I, 138-145, particulièrement sur l'Etat et le droit, III, 328, 329, 429, la jurisprudence, II, 207, III, 403, 404, la coutume, I, 90-91, 210-211 ; sur le donné et le construit, I, 144, 286, 288-289, III, 396, 491, le droit naturel, I, 197, III, 148, 160 (1), 317, 392, 424, et la nature des choses positive, I, 144, II, 389, III, 404, les catégories juridiques, II, 128, 137, le cas non prévu, II, 469 ; sur les méthodes d'interprétation, I, 7, analogie, III, 105, 106, 107, III, 310, travaux préparatoires, II, 211, 212, III, 406, abus de logique, II, 144, libre recherche scientifique, II, 202-203, III, 115, 278, 306, 423 et s.,

- 429 (3), présomptions légales, II, 354 ; sur le rôle du Dr. comparé, III, 494. — V. les mots cités.
- Gesetzesanalogie.** V. Analogie.
- Gesetzespositivismus,** I, 165.
- Gestattungstheorie.** V. Conception étatique du Dr.
- Gewohnheitsrecht.** V. Coutume, Droit coutumier.
- Glandes législatives de l'organisme social,** II, 555-558.
- Gnoséologie du droit,** I, * 149-154. V. Philosophie du Droit.
- Going concern.** Définition, III, 127, 140, 491.
- Gouvernants et gouvernés,** I, 176-177. V. Dirigés et dirigeants, Consentement.
- Gouvernement des juges (E. U.),** I, 143, II, 199-200, III, p. XIV, 139. V. Suprématie judiciaire.
- Groupements sociaux hiérarchisés (Dr. internat. publ.),** I, 171-175. V. Sociétés internationales.
- Guerre. Grande —.** Influence sur évolution du Dr., II, 149-152, 349, III, 111-123. V. Force, Traité de paix.
- Haute Cour de justice anglaise.** (Valeur des précédents), II, 24-25.
- Hérédité.** (Facteur économique), III, 148-149, 151-152.
- Hiérarchie des normes.** Loi de la —, III, 410, 413, 420.
- Hiérarchie des ordres juridiques,** III, 408, 413, 414.
- Hiérarchie des sources du droit.** V. Sources du Dr.
- Histoire des sources du droit,** I, 5-136.
- Hongrie.** Sources du Dr. positif hongr., II, * 314.
- Hunch.** (Définition descriptive), II, 539.
- Huong-Hoa.** (Dr. annamite), I, 11-12.
- Hypothèses d'école.** Vices des —, II, 88.
- Idées juridiques.** Place dans sources du Dr., II, 64, 486-493 (L. Green), III, * 228-238, III, 320.
- Idgma.** Source du Dr. musulman, I, 127-128.
- Impératif juridique.** Ses diverses sources, II, 193, III, 20-23, 281-282, 391. — Source de l'autorité de l'Etat, II, 229, III, 27. — Critique, II, 262. V. Imperium. Volonté du législateur.
- Imperium.** Source unique du Dr., III, 20.
- Implied.** Assumpsit, III, 131. — I. conditions : les trois classes de covenants de Lord Mansfield, II, 387 et s. — I. condition of exchange, II, * 386-393. — V. Assumption, Conditions sous-entendues.
- Impossibilité d'exécution de contrats en Common-L.,** II, 395-396. — I. matérielle et I. commerciale, II, 150-152. — V. Divisibilité de contrats, Standard.
- Imprécision législative.** Cause d'inconstitutionnalité des lois (E. U.), III, * 68-76. — Conséquences de — en Dr. internat. publ., III, 459 ; en Dr. pénal franç., III, 314.
- Imprévision.** Théorie de l' — en Dr. privé, II, 353, III, 80, 89 (18-19) ; application dans jurispr. anglaise, II, 149-152 ; rejet en Roumanie, II, 307.
- Inclusion et exclusion.** Processus, I, 138-141, 142. V. Analogie, Interprétation.
- Inconstitutionnalité des lois.** V. Contrôle judic. de la constitutionnalité des lois, Imprécision législat.

Individualisation de l'application du Dr., II, 42, 144 et s., 194 (application administr.), 325, 350-352, 556-562 ; — de la peine, III, 264.

Individualisme. Conception individualiste du Dr., III, * 111-120, aux E. U., II, 331 ; — du Dr. internat. publ., III, 390. — I. économique (son passage au collectivisme), III, 130, 142, 145, 146 et s., 160.

Individualités. Agents essentiels d'évolution jurid., II, 238.

Industrial Commission of Wisconsin, III, 142, 143. V. Commission administratives, Dr. corporatif.

Infirmités mortelles du droit. Les sept — et le libre Dr. aux E. U., II, 495-496.

Infrastructure économique du Dr., III, 491-492, 494 ; — des Dr. corporatifs, III, 500-501.

Innovations juridiques déguisées, II, * 159-176 (« Devices »). V. Assumption, Fictions, Présomptions.

Inns of Court, II, 17-18.

Institut de droit comparé de Lyon, I, p. XVI, II, 195, 200, 242 (14), 259, 516, note d'éd., III, 486-487, 498, 505 (1). — V. Bibliothèque de —.

Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique, I, 139, II, 193. — V. Annuaire de —.

Institut International pour l'unification du droit privé, III, 479.

Institution. Théorie de l'—, I, 144, II, 337-338, III, * 78, 86 (4-6). Dr. constitut. interne et Dr. constitut. externe, I, 173-174. But, II, 56-57. — Refoulement du concept contractuel par —, II, 337, 381 et s. (E. U.). — Dr. administr. comme Dr. institut., III, 94.

Intention du législateur. V. Interprétation, Volonté. — des parties (et conditions tacites), III, 389-390, v. Conditions sous-entendues, Contrat, Fictions, Interprétation.

Intérêts. Séparation et combinaison, I, 299-300. — Représentation des — professionnels (It.), III, * 188-189, v. Syndicats. — Jurisprudence des —, II, 64, III, 114. — V. Balance des intérêts.

Intérêts publics économiques et sociaux, II, 56-57, III, 94-95, 112, 113, 115, 120, 146 et s., 159, 190. — V. Balance des intérêts.

International Law Reporting, III, 492-496.

International Survey of legal Decisions on Labour Law. V. Recueil internat. d. jurisprudence du travail.

Internationale Sammlung der Arbeitsrechtsprechung. V. Recueil internat. d. jurisprudence du travail.

Internationalisation du droit. Désidérabilité et réalisabilité en Dr. internat. publ., III, 472-473, 478-479, en Dr. internat. privé, III, 433-435, 472-473, 478-479, 485, en Dr. commercial, III, 252, 488-489. — I. et socialisation du Dr., II, 449 (Jap.). V. Unification du Dr.

Interplead. Doctrine de l'—, II, 519, texte et note d'éd.

Interprétation. (A) En général. Le problème, I, * 156-157. — Classification des systèmes, II, * 451-454. — Place importante dans décisions judic. (Holmes), II, 467. — I. synonyme de « construction », III, 105, 313-314.

(B) I. des lois et des actes jurid. (contrats, etc.). Différences et assimilation d'—, II, 204-216, III, 214-216, 375-376 ; unité des règles en Angl., II, 23.

- (I) Interprét. des lois. Élément subjectif ou discrétionnaire, II, 409, 438, III, 292, 307, 357. — Règles, III, 15 (It.), 377-378. — Limites, II, 441. Méthodes : 1° en général. Les diverses sortes, II, 11, * 217-226, 330 (16). — I. par analogie, III, 104-107, 105 (oppos. Gény); par application fictive de la loi, II, 453, 456, v. Application fictive. — Méthode comparative, II, 9, évolutive, II, 11, 20-21, 205-206, 206-208, 218 (Allem.), 219, 449, 450-451 (Jap.), 452, III, 105, 310 ; extensive, II, 304-308 (Roumanie), 363-365 ; historique, II, 8-9 (Salcilles), 48-49, 512 ; idéaliste, III, 107 ; littérale ou grammaticale, II, 21-22, 23, 204-205 (Angl.), 219-220 (orig. histor.), 304 (Roumanie), 306 et s. (ancien Common-L.); logique (inductive et déductive), II, 11, 48-49, 145 (pièces de l'appareil), 249, 479-481 (justif. par Morris R. Cohen), III, 115, 319 ; sociologique (libre recherche scient.), II, 11, 206, 310-311, 443, 512-513, 514-515, III, 113, 114, 307 ; téléologique, III, 113, 114 ; traditionnelle continentale, III, 138. — Considération des circonstances sociales au moment de l'émission ou de l'application de la loi, II, 20-23 (Angl.), 205-206, 310-311, 377-378, 443 ; de la volonté ou intention du législateur, II, 22, 438-439, III, 377-378, de la loi, II, 22. Rôle des travaux préparatoires, II, * 204-216. V. Analogie, Libre recherche scient., Logique jurid., Travaux préparatoires, Volonté. — 2° spécialement. I. en Dr. économique, III, 120 ; en Dr. public, III, 359-360. (I. plus large qu'en Dr. privé); en Dr. fiscal, III, * 101-110 ; en Dr. pénal, III, 56, 57, 60 (15-16), 295, * 305-314, 419 ; des lois fédérales (E. U.), III, 437-439, de la Constitution améric., III, 139, v. Constitutions ; en Dr. d. trav. v. sub. II, Conventions collect., en Dr. internat. conventionnel, III, * 377-382, v. sub. II, conventions internat.; en Dr. polonais, II, * 434-445 ; en Dr. roumain, II, * 303-313.
- (II) I. des actes juridiques. 1° Contrats. Evolution de la technique, II, 354-355. Règles, III, 377-378. « Vieille théorie » angl., II, 378 et s. — Rôle de l'intention des parties, II, 372-373 ; de l'équité, II, 339, 354-355, 362-363. — I. transformatrice, II, * 354-402, v. Innovations jurid. déguisées. — Clauses ou conditions expresses, II, 383-384. — Absence de contrôle en Cassation (It.), III, 220-222. — 2° Conventions collectives (It.), III, 217-218, 220. — 3° Conventions internationales, III, 346-347, * 375-382, 394 ; v. Arbitrage, Traité.
- Interprétation uniforme.** Clause d' —, III, 487.
- Interprètes du code civil.** Ecole des —, III, 144.
- Interstate Commerce Commission,** III, 501-502.
- Interventionisme étatique.** Influence sur Dr., II, 349-353, III, 146 et s.
- Intuition.** Rôle en Dr. positif, I, 144, III, 218 ; dans décision judiciaire, II, * 531-551, v. Décisions judiciaires : — du juste, III, 141.
- Irréductible droit naturel,** I, 140-141, 241-242 (Gény). — V. Droit naturel.
- Italie.** Décret royal du 1^{er} juillet 1926, III, 225. — V. Codes civils, Décisions judiciaires du travail, Magistrature du travail, Syndicats.
- Japon.** Loi du 8 juin 1875 sur l'administration de la justice et les sources du Dr., II, * 446-458. V. Réception.
- Judge-Made-Law.** V. Décision judiciaire, Droit judiciaire, Law-Making, Juge, Jurisprudence.
- Judicature d'Etat et judicature fédérale,** III, 437-439. — Autonomie de la — gène à législ. uniforme, III, 480-481, 484.

- Juge.** Ses pouvoirs : Pouvoir de création du Dr. (J.-législateur), II, 461, 465-467 (E. U., Holmes), 531-532 (Dr. civil), 533, 535-536, III, 107, 403, 422 ; en Dr. pénal, III, p. XVI, * 257-270. Instrument inconscient du progrès juridique, II, 409. — Pouvoir discrétionnaire, v. Discrétion du juge. — Pouvoir et obligation de rechercher et d'apprécier la règle, même au cas de silence de la loi, II, 235, III, 31-32, 293, 333, 377-378, 403, 404, 427 (Dr. internat. publ.). — Différences entre pouvoir d'interprét. en Dr. civil et Dr. pénal, III, 308-309. — Rôle du juge en Dr. internat. publ., III, 357, 428. — V. Décision judiciaire, Droit judiciaire, Jurisprudence, Jurisprudence internat.
- Jugements.** Effets, III, 83, 164-165. — Objectivité des —, I, 248-250. — Jugem. en fait et — en Dr. (Jugem. déclaratoires et — attributifs), II, 19 (oppos. entre Common-L. et Dr. civil), 155, 538-550 (E. U.). III, p. XII, 165, 168. — Jugem. *contra legem*, III, 258. — Jugem. d'équité, II, 202, 408, III, 293 ; en Dr. internat. publ., III, 357, 412. — Jugem. des dés, II, 533. — V. Décision judiciaire, Droit internat. publ., Juge, Jurisprudence, Justice, Précédent.
- Juridiction** administrative (interdite en Roumanie). III, 69 ; — internat. (Organe de positivité du Dr. internat. publ.), III, 339. — V. Arbitrage, Droit internat. publ., Législation-loi.
- Jurisprudence.** Double signification du mot : (1) sens anglais (romain) (Forme supérieure de la science du Dr.) : Doctrine, *Rechtswissenschaft*, II, 18, 65, III, 492-493. — (2) sens français : Dr. judiciaire, Case-Law, Judge-made-law, *Rechtsprechung*. — Rapport entre les deux types, III, 405, 427, 492-493. V. les mots suivants.
- Jurisprudence** (sens anglais). Histoire et place actuelle de la — anglaise, II, * 16-29 — J. d'Austin, II, 18, 164-165, 175 (10-11), 209, 285, 471, 475, III, 247, 276, 280 (5), 328, 331, 343. — J. d'Ihering, I, 209, 279, 281, 283, II, 11, 33, 64, 166-169, 172, 253, 399 (17), 434, 473, 498 (3), III, 74-75, 113, 328-329. — Usage des Standards, II, 148-152. — Jur. à Rome, I, * 32-41.
- Jurisprudence** (judiciaire), I, 7, III, 128. — Différence de nature en Common-L. et Dr. civil, III, 70, 72 ; système et importance aux E. U., III, 46, 137, 138 ; tendances franç., II, 206, III, 405. — Jurispr. mécanique et — sociologique, II, 65, 145-147, 472-475 (Pound), 511-512 (Pound), 519-520 (Pound), 534-535 : en Dr. pénal, III, 305, 307, 313. — Rapport avec Cout., II, 289-290, 300 (15), 301 (21), 311 (Roumanie), III, 137, 259, 351 et s. (Dr. internat. publ.), 403, 406 ; — avec législation-loi, II, 236, 255-257, III, 5, 254-255, 315-316, 403, 406. — Force créatrice, II, * 128-139, III, 14 (négation en It.), 108, 258, 329, 404 ; en Dr. constitut., III, 46, 438 (E. U.) ; en Dr. fiscal, III, 105 ; en Dr. pénal, III, p. XVI, v. Dr. judiciaire (en Dr. pénal) ; en Dr. commun privé internat., III, 492-496, v. Jurispr. internat. ; en Dr. internat. publ., III, 323, v. Jurispr. internat. — Source du Dr. III, 400, 402, 403, 427 ; en Common-L. III, 132.
- Jurisprudence comparative.** Double face (science et pratique judic.), III, 493-497 ; ses précédents nationaux, III, 496-497 ; rapp. avec législat. uniforme, III, 496.
- Jurisprudence constitutionnelle.** II, 198 (E. U.), III, p. XIII, (E. U.), * 44-67, 70-74 (Roumanie). — V. Contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois.

- Jurisprudence internationale**, III, 323, 340, 357-358, 422 ; — et interprét. des traités, III, 376-377. — Rôle de la Cour Perm., III, 367, 376-377, 426-429 ; v. Cour Permanente de Justice Internat. — Source du Dr. internat. publ., III, 347, 412, 414 ; — du Dr. internat. privé, III, 432-435, 440 et s. — Jurispr. internat. du Trav. V. Recueil internat. de jurispr. du trav.
- Jurisprudences nationales**. Ouverture de jours entre les —, III, 435.
- Jurisprudence uniforme**. Non assurée par législation uniforme, III, 476, 484.
- Jurisprudence universelle**. Principes de la —, III, 365, 384.
- Justice**. Notion : Existence indépendante du Dr. positif, I, 252-258 ; Just. naturelle et plénitude du système jurid., II, 508-509. — Just. commutative et — distributive en Dr. privé et Dr. administr., III, 94. — Idée de —, son rôle dans le Dr., III, 285, 392, 396 ; exclusion en Dr. pur, I, 284. — Sentiment de —, rôle dans le jugement, I, 208, 247, II, 567, III, 113-114, 320 ; — et intuition, II, 506, 532, III, 278. — V. Décision judiciaire, Juge. — Just. et loi, I, 303.
- Lacunes du système juridique**, II, 413 (19), 419-421, III, 30-32, 293, 404 ; — de la loi en Dr. canon., I, 85-86 ; — du Common-Law, II, 20, 27, * 503-520 ; — de la loi (en Dr. continental), I, 158, 168, II, 77-78, 177 et s., 202, 226, 234, 406, 419-421, 436-438, III, 15, 39 (12), 42 (29), 318-319, 378 ; — en Dr. internat. publ., III, 386. V. Cas non prévu.
- Law-Making**. Définition, II, 254, note d'éd. — Mécanisme général, II, 191-192. — Pièce centrale : Dr. judiciaire en Common-L., II, 16-19, 20-23, 262-263, 402, 465, 468, III, 5, 46, 138-140 169-170, 329, 493-496 ; — Législation en Dr. continental, II, 62, 253-254 ; — dans Dr. d. trav. (It.), II, * 163-186 ; en Dr. commerc., II, 255-256 ; — en Dr. pénal, III, 306 ; — en Dr. internat. publ., III, 323, 339-340, 346-351, 357-358, 376-377 V. Législation-Loi, Dr. judiciaire, Dr. fait p. l. administrations publiques.
- Législation-loi**. Définition, I, 200, II, 218, 224, 236, 441-442. — Rôle, I, 175-177 (Allem.), II, 237, 411-412, 468-472 (James C. Carter), III, 257. — Source de son autorité, I, 152, 205-206, 216, 217, 218, 236, 260-261, 262-263, III, 29, 50. — L. formelle et L. substantielle, II, 62, 194, 337, 555-558, III, 93, 164-165, 168, 172-173, 198-205 (It.), 222-225 (It.), 501-502. — Prétention à monopole de création de Dr. en Dr. continental, II, 19, 39, 50-51, 62, * 229-237, 295-298, 327, 435, 452, III, 14, 18, 73, 248, 278, 381. — Développement en pays de Common-L., I, 152, II, 16-17, 23, III, 73, 138. — Limites de fait à sa puissance, I, 177-178, 188-189, 199-200, 205-206, II, 198-199, * 255-264 (E. U.), 350-351, 469-472 (James C. Carter), 493, 503 et s., III, 7, 72, 75, 329. — Limites constitut., III, 45 et s., 52, 71-72 (Roumanie) ; v. Contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. — Application à réglementation des industries : *Nebbia Case* (cité à tort comme *Mennen Case*), I, 142. — Rapport avec Coutume, I, 91, 167-168, 176-177, 205, II, 292-294, 324, III, 137, 248-249 ; supériorité de coutume en dr. internat. public, III, 421, — avec jurisprudence, II, 44-45, 236, 503, III, 257, 405, en Common-L., II, 16-17, 20-23, 255-256, 263-264, III, 18-19, en Dr. civil, I, 260-262, III, 18-19. — Prédominance en Dr. pénal, III, 49, 291-292, * 305-316. — Non-coïncidence avec Dr. vivant, I, 205-207, 215 et s., 260-262, II, 350, III, 5, 329, 406 ; causes de séparation, I, 215-216, II, 262-263, III, 5, 329. V. Conception étatique. Dr. judiciaire.

- Législation étrangère.** Contenu de —, question de fait dans Dr. internat. continentaux (Dr. civil), III, 459.
- Législation internationale.** Existence, III, 415-420. — Inexistence, III, 320, 325, 332, 333, 357-358. L. intern. et jurisprudence, III, 359. V. Dr. intern. publ., Positivité du Dr.
- Législation uniforme.** Rôle et mécanisme, II, 311-312, III, * 480-491. — Application fédérale, II, 38, III, 481. — Ses imperfections et fuites, III, * 434-435, 476, 484-485, 487-489. — Formes diverses, III, * 489 et s. — Rapport avec législation internat., II, 456, III, * 416-417 ; avec Dr. internat. privé (Conflits de lois), III, * 433-434, 485 ; avec jurispr. comparative, III, 490-496.
- Legs avec charge,** II, * 128-139.
- Lettre de change.** Dr. uniforme de la —, III, 481-488.
- Lex.** L. lata et l. ferenda, I, 198. — Mercatoria, v. Loi Marchande. — posterior derogat priori, II, 234, 295-296, 438. — et rogatio (Dr. rom.), I, 17-18, 21. — specialis, prééminence sur l. generalis, III, 388, 397-398, 414. V. Loi.
- Libéralisme économique.** Décadence du —, III, 228.
- Liberté du contrat.** Refoulement par ordre économique. II, 347-353.
- Liberté économique.** Evolution du concept, II, 36, 148-149, 153-154, III, 45, 111, 145 et s., 336, 337.
- Libram primam postremamque,** I, * 42-52.
- Libre concurrence.** Evolution de la —, III, 146 et s., 149 et s., 156, 158.
- Libre droit.** Mouvement et doctrine, II, 12, 64, * 114-115, * 324-325, * 380-382, 419 (34), 463, * 475-479, 480-484, * 493-497, 511-512, * 552-573.
- Libre recherche scientifique.** Vue d'ensemble, II, * 423-573. — en France, II, * 423-433 ; en Pologne, II, * 343-345 ; en Roumanie, II, 211 ; au Japon, II, * 446-538 ; aux E. U., II, * 459-573. — Aspects divers, I, 235-237, II, 8, 11, 12, 27, 40 et s., 63, 113, 115, 138, 143, 201, 203, 309, III, 105-107, 113-115, 138, 143, 278, 309.
- Logique juridique.** Usage et abus, I, 235, 245, 248, II, 62-65, 71-72, * 387-388, 409, 438, * 465-467, * 482-484, 512, 535 et s., * 547-549, III, 113. Application à cas non prévu, II, * 507-510, 542. — Normlogik, I, 152.
- Log-Rolling,** III, 135.
- Loi.** Texte de — immuable ou évolutif, I, 178-179, II, 11, 20, 206, 217-219, 221-222, 224-225. — Force naturelle : L. mort-née, II, 255-260, 261-263, 266-267 (43) ; L. odieuse et l. favorable, III, 103, 303 ; L. juridique et l. de la nature, I, 229, II, 238-239, 278 : L. constitut. (S. de son autorité), I, 216. — Interprétation de la — (Esprit et lettre), II, 11, 50-51, 55-57 (Roumanie), 80-82, 438, III, 259 (ancien Dr. constitut.), 377-378. — V. Législation-Loi.
- Loi du dédoublement fonctionnel,** III, 410, 418, 422.
- Loi marchande.** II, 17, III, 130, 239-244, 498.
- Loi des suppositions continuellement relatives.** I, 184.
- Loi uniforme de Genève sur le change,** III, 481-488.
- Lois uniformes américaines.** V. Uniform Acts américains.
- Machinisme.** Influence sur évolution du Dr., III, 229-230.
- Magistrature du travail (It.).** Compétence et procédure, III, 214-217, 218-219, 227 (11-15), Cour d'appel, III, 214, Recours en cassation, III, 220-

221. — Interpret. de conventions collectives, III, 207, 218-219. V. Conventions collectives, Décisions judic. du trav.
- Managerial Transactions**, III, 128, 135. V. Transactions.
- Mancipatio Familiae**, II, 67. V. Testament.
- Mancipium et nexum** (Dr. rom.), I, 45 et s.
- Marchandage juridique**. Eléments, application, évolution, III, 130-132.
- Marché administratif**. Clauses obligatoires en faveur d'employeurs et usagers, II, 355-356, 360.
- Matière première du droit et forme du Dr.**, II, 228, 237, 565 et s. — Eléments politiques, II, 255-256, élém. moraux et élém. rationnels, II, 284-285. — V. Nappe profonde du Dr.
- Matrices ou sources formelles du Dr.**, II, 192-197. — V. Sources du droit (Sources formelles).
- Mécanique (jurisprudence) (Pound)**, II, 472-475.
- Medjellé**, I, 126. V. Dr. turc.
- Mens legislatoris et mens legis**. (Distinction entre —), II, 421 (32).
- Merchant Law**, II, 17, III, 130. V. Dr. commercial.
- Mesures moyennes de conduite sociale correcte** (Standard), II, 145.
- Métaphysique et droit**, III, 283, 328, 391, 404.
- Méthode du cas**. V. Enseignement du droit (Méthode).
- Méthode comparative**. V. Droit comparé, Dr. commun privé internat.
- Méthodes d'interprétation**. V. Interprétation.
- Méthodologie du droit international public**, III, * 317-327.
- Milieu social**. Influence sur interprét. constitutionnelle, III, 46. V. Décisions judiciaires, Interprétation.
- Modern legal Philosophies series** (E. U.), II, 462.
- Mœurs et lois**, I, 148, II, 255-256, III, 2. — V. Bonnes mœurs, règle de conduite, Standard.
- Monnaie** (Manipulations monétaires). Action sur le Droit, I, 6, 46-50 (Dr. rom.), 52 (20). V. Clause-or.
- Monopole d'élaboration du droit**, théorie et réalité, II, 295-297. V. Législation-Loi.
- Morale ou éthique**, II, 279, 280, 308, 567. — M. et Dr. En général, I, 54-55, 143, 148, 154-155, 161-162, 194-195, 285-286, II, 279, 298 (1), 347, 400 (30), III, 19, 24-25, 90-91 (43), 286, 290-291, 300 (11). — Dr. internat. publ., II, 232-233, 392. — Dr. pénal, III, 290-291. — Dr. privé, III, 294 (Causes). — Danger de confusion par législateur (E. U.), II, 255-259. — Elimination de la M. en Dr. pur, I, 281. V. Décision judiciaire (Eléments moraux).
- Mortgage de real property**. (Illustration du rôle des survivances), II, 67.
- Mos majorum**. (Dr. rom.), I, 35.
- Motif légitime**. Standard du —, II, 147.
- Multiplication et diversification des contrats**, II, * 335-338.
- Nappe profonde du droit et sources du Dr.**, III, 284, 400, 491-492, 494. V. Bases du Droit, Droit, Matière première du Dr.
- Nationalisme juridique et commerce international**, II, 269, 350-352. V. Unification du Droit.
- Naturalis ratio**, II, 75-77, 293.
- Nature des choses positive**, I, 144, 238, II, 77-78, 202, 339, 406, III, 81, 114-115, 143, 404, 430 (13), 438-439, 447, 501.

- Nebbia case.** Coup de barre de jurisprudence constitut. américaine (cité par faute d'impression comme Mennen Case), I, 142.
- Nécessité.** Droit de —, I, 259.
- N.I.R.A.** américaine, II, 197, 507-508.
- Norme juridique.** Rapport avec N. cout., III, 20, 22, avec autres N. sociales, II, 228, 570-571, III, 19, avec N. techniques, III, 251. — N. juridique rationnelle et Dr. naturel, III, 288-289. — N. juridique en Dr. pénal, III, 306. V. Règle de Dr.
- Notion du droit,** I, 137, * 147-222.
- Nulla poena sine lege,** II, 447-448, III, 278-279, * 305-316.
- Nullification des Lois.** (Statutes) (E. U.), II, 138, 263.
- Obiter Dicta.** III, 54, note d'éd.
- Obligation.** Théorie romaine (son vieillissement), II, 333-334. — Obl. contractuelles (dissimulant Obl. légales), II, 205 et s., 339-346. — Obl. jurisprudentielles, II, 338-340. — Obl. naturelles, II, 81-82, 308. — Obl. de sécurité, II, * 340-344. — V. Contrat.
- Omnipotence de la législation.** Le dogme et sa réfutation, II, 261-263 (E.U.), 435-436 (Autriche), 452. V. Conception étatique du Dr., Législation, Plénitude de la loi.
- Opinio juris seu necessitatis.** Son origine, II, 288-289, III, 351 et s. — Élément de la Cout., I, 90-91, 205, * 211-220, II, 288-289, III, 25, 27-28, 37 (6), 405. — Critère de la loi effectiv. en vigueur, I, 215-216. — En Dr. internat. publ., III, 363, 392. — Base de l'ordre social, I, 164-165. V. Coutume, Dr. coutumier, Règle de Droit.
- Opinion des juges et binding precedent** (E. U. et Angl.), II, 464, 566-567.
- Opinion publique,** I, 137. Source primaire du Dr., III, 2, 4, 7-8, 332. — Contrôle de la loi et du Dr. judiciaire, II, 251-255, 258-259 (E.U.), 262-263, 267 (44), 450 (Jap.), 493-494 (E.U.), III, 74, 329. — Formée par classes dirigeantes, I, 151-152. — Rôle en Dr. commun internat., III, 480. en Dr. internat. publ. V. Dr. internat. public. — O. p. mondiale, III, 491-492. V. Conscience populaire.
- Oracle judiciaire et décision judic. moderne,** II, 535-536.
- Ordre économique et liberté contractuelle,** II, * 347-353, III, 112.
- Ordre public.** Croissance progressive de son rôle, II, * 347-353. — Domination en Dr. du trav., II, 348-349. — Rapport avec bonnes mœurs, v. Bonnes mœurs. — O. p. interne et règles de Dr. internat., III, 454 et s. — O. p. international et traités, III, 394.
- Ordre social.** Source et contenu, I, * 163-165, 180 (8), III, 274. — Création de l'O., I * 166-168. — Organisation sociale à base d'O. S., I * 168-170.
- Ordres juridiques.** Hiérarchie des —, III, 408, 409, 414, 422-423. — Exclusivité des —, III, 113-114, 413-414.
- Organes constitutionnels.** Rôle dans formation de Cout. constitut., III, 13 et s., 22-24, 33 (It.).
- Organisation internationale du travail.** III, 416-417, 481, 487-488, 505 (2), v. Bureau Internat. du Travail, Conférence générale du Travail, Recueil internat. de Jurisprudence de Travail.
- Organisation judiciaire anglaise.** Influence sur formation du Case-L., II, 24-25, v. Administration de la Justice.
- Pacta sunt servanda.** Règle en Dr. internat. publ., III, 320-322, 324, 326, 379-380, 389, 391, 407, 424. Son fondement et sa valeur relative, III,

- 321, 393-394. — Conception conventionnelle du Dr. internat. public, III, 354-356.
- Pacte social international.** Idée de —, III, 338. V. Contrat social.
- Pacte de la Société des Nations.** III, 326, 412, 481.
- Pandektenrecht.** III, 113, 493.
- Parlement international.** Germe d'un — : Conférence générale du travail, III, 416-417. — V. Dr. internat. public, existence ou non-existence.
- Particularisme national et Dr. mondial,** II, 455-456.
- Patristique.** Développement et influence, I, 69-70.
- Pays de Common Law et Pays de Droit civil.** V. Common Law et Droit civil.
- Pays de Droit non écrit.** Situation particulière du Dr. commercial, III, 253, v. Dr. commercial.
- Pédagogie du Droit,** II, 63.
- Peine légale et peine arbitraire en ancien Dr. continental,** III, 259.
- Pères de l'Eglise,** I, 73-75.
- Péril des définitions judiciaires.** V. Définition juridique.
- Personnalité collective ou morale.** Fiction de —, III, 408.
- Personnalité des sociétés commerciales.** Origine, I * 100-104.
- Phases économiques et phases sociales d'histoire.** Synchronisme des —, I, 228-229.
- Philosophie et méthodologie du Droit,** II, 6-7, 244-245.
- Philosophie du Droit.** Vue d'ensemble, I, * 137-309. — Ses branches, I, * 147-160. — Rôle en général, I, * 137-155, II, 14 (3, 4, 10) (Saleilles), 18 (Austin), III, 282 ; influence à Rome, I, 59-64. — Renaissance franç., I, 138-139. — Répugnance des juristes anglo-américains, II, 18, 253, III, 358-359 ; mouvement aux E.U., II, * 439-502, 505 et s. — Phil. d. Dr. et Dr. pur, (Domaines respectifs), I, 285. — Organes d'études, (Revue), I, 138-139.
- Philosophie fasciste,** I, 224 (Gentile), 136.
- Plénitude du Common-Law ou du Dr. judic.,** II, 22, 27. V. les mots suivants.
- Plénitude de la loi (législation ou codification).** Croyance à —, II, 39, 419-421 (31), III, 30-31, 42 (29), 319. — Rejet de ce dogme, I, 234-235, II, 62, 77-78 (Irréalisabilité ; It.), III, 319, 404. — Dogme inconnu en Angl., II, 20.
- Plénitude du système juridique.** En général, I, 158, 168, (Allem.), II, 419, (It.), 508, III, 42 (29), 318-319. — Universalité de ce dogme, II, * 61-63, 380-381. — Origine de ce concept dans Common-L., II, 506-507, 527 (2), 528 (5). — Pl. d. syst. jurid. en Dr. canon., I, 85-86, au Jap., II, 449. — Pl. d. syst. jurid. et Pl. d'une de ses sources, (opposition des concepts), II, 62 ; et justice naturelle, II, 508-509. V. Lacunes du système juridique, Cas non prévu.
- Policy-Shaping,** III, 136.
- Politique du Droit,** II, 246, 346, 441, 472, 487, 524-526, III, 112, 118, 295 ; — en Dr. internat. publ., III, 352-354 ; en Dr. pénal, III, 295.
- Politique du Droit judiciaire,** II, 27-28, 255-256. — Dissimulation sous arguments de logique, II, 387-388, 517.
- Pontifes romains.** Interprètes ou « définisseurs » de la Cout., I, 33-35.
- Positivismisme.** École et doctrines positivistes, I, 165, 180 (11), II, 229-233, 250-251, 283, III, 248, 319. — Théorie du —, en Dr. internat. publ., III, 362-364, 366-369, 371-372, 389, 390, 392, 394 ; attitude à l'égard des

- princ. génér. du Dr., III, 395-396 ; liaison avec dogme de souveraineté, III, 392 ; effondrement après-guerre, III, 392.
- Positivité du Droit.** Théories diverses sur source de la —, I, 165, 193, 258-265, II, 229, 231, 285, III, 2, 322-323, 344 ; spécialement : contrainte sociale comme source de la —, II, 193 et s., 288, III, 28, 330, 335-336. — Critère de la —, en Dr. internat. publ., III, * 317-327, 387-388, 432-433.
- Pouvoir constituant** (de la première constitution), III, 4.
- Pouvoir législatif.** Suprématie, III, 73 ; — du juge en ancien Dr. pénal, III, 259. — Délégation du — à syndicats et corporations (Italie), III, 178-179, 223-225, 494, 498 ; inconstitutionnalité (E.U.), III, 52, 53, 64 (38).
- Pouvoir public.** Source ou fondement du Dr., I, 171-175.
- Pragmatisme juridique**, I, 277-278, 280 et s., 292, II, 32-34, * 243-268, 462, III, 349.
- Précédent judiciaire** en Dr. civil et Common-L., II, 200-201, III, 169-170 ; en Dr. internat. publ., III, 258-259, 350-351, 426-429, (Stat. d. l. Cour Perm.). — V. Dr. judiciaire, Case-Law
- Précédent judiciaire anglo-américain.** Doctrine du —, I, 217, II, 26, 62, 463-465, 520-521, 566, III, 138. — Autorité du —, II, 24-25, 388 (E. U.), III, 138, 140-141 (E.U.), 169-172, 253 (E.U.) ; théorie déclaratoire, II, 465, 478 ; binding et non-binding P., II, 23-24. — Rapport avec décision d. l. magistrat. d. travail, III, 169-171, avec P. judic. hongrois, II, 310, 318 et s., 321. — Réaction contre —, II, 475, 532, 534, 547-548. V. Case-Law, Dr. judiciaire, Law-Making.
- Presse**, censeur du législateur, III, 74.
- Prestation et contreprestation** dans conventions collectives, III, 195-196.
- Présomptions.** Diverses sortes, I, 163 et s., II, 66, 80, III, 131-132, 396-397. — Moyen de réforme judiciaire déguisée, II, 159, 160-161. V. Assumption, Conditions sous-entendues, Fictions.
- Preussisches Landrecht**, II, 112-113, 116-117, 118, 120-124.
- Prévision des jugements**, but de la science jurid., II, 254-255, 263-264, 504-505. — P. dans les sciences sociales, II, 49.
- Principes généraux du Droit.** Vue d'ensemble, II, * 69-84. — Renvoi de la législation aux —, II, 77-78, 406, III, 13. — Lien entre toutes les branches du Dr., II, 40-41, 407-408, III, 95, 366-369. — Rapport avec règles particulières, II, 71, 77-78, 82-84, 145, 404-405, 407-408, 435, III, 15 ; avec Dr. naturel, II, 404, 407-408, 414 (12), 436 ; avec l'équité, II, 202, 409, 410, III, * 402-422 (It.) ; avec l'analogie, II, 70, III, 303, 396 ; avec la libre rech., III, 280. — Rôle interprétatif ou subsidiaire, II, 69, 85-90, III, 372. — Adaptation aux faits concrets, II, 303. — Application au cas non prévu, II, 538.
- Principes généraux du Droit reconnus par les peuples civilisés.** II, 350-351. — Source subsidiaire du Dr. internat. publ., III, 342, 346, 354-356, * 362-374, 378, * 383-388, 395-396, 411, 423-426, 467, 470. — Nés dans vie interne des Etats, III, 368-370, 384, 386-388, 394, 396.
- Privity.** II, 516, note d'éd., 518.
- Procédure** (et Dr. substantiel), II, 506, III, 438, 461-462 ; — des cours américaines, II, 382-384 ; — administrative, III, 195-196. V. Vocabulaire procédural, Droit de procédure civile.
- Production.** (Intérêt supérieur de la —), III, 145 et s., 147, 148, 156, 207-208.
- Progression du Droit.** II, 409, 488-489, 521-522.
- Prohibition.** Lois de —, II, 258-259, 267 (44).

Propriété. Facteur économ. du Dr., III, p. XVI, 45, 79, 134, * 145-168. — Evolution, III, 122-123, 155 et s. — Vestiges de P. collective, II, 66, * 177-183, 271, 273, III, 145 et s., 155. — Garanties judiciaires, III, 45, 71, 129, 139.

Proximate Cause (L. Green), II, 485-493.

Prudents romains. Origine de leur autorité, I, * 32-41, III, 493.

Psychologie. Facteurs psychologiques du Dr., I, 144-145, 151, 247-248, * 277-309, II, 251, 259-261, 284, 286-288, 290-291, 368-370, III, 153 ; de la décision judiciaire, II, 80, 260, 465-467, 499 (20), 525, 551 ; des fictions légales, II, * 157-176.

Public Policy, I, 6. V. Ordre public, bien-être public.

Quantum meruit. Doctrine du —. III, 130-132.

Race. Facteur de diversité des Droits, II, 269.

Raison et équité, II, 446, — et logique, II, 547-549. — Recours du juge à —, II, 256-293, 380-381.

Ratio legis, II, 70, 82, 205, 440, 444. V. Interprétation.

Rationalisation de concurrence, III, 498, — de production, III, 156.

Rationalité de la Coutume, I, 8, * 89-99, 213-214, 288 ; — du droit, II, 74, III, 252. — Standard de —, II, 148-149, 154, 374. V. Standard.

Rationes decidendi. II, 26, 464-465. V. Décisions judiciaires.

Rationing Transactions. II, 128, 135.

Réalités juridiques, I, 217, II, 28, 77, 85-90, 230, 334, III, 3. V. Dr. vivant.

Rebus sic stantibus. II, 150, III, 184, 186 (27), 358, 394, 421, 423-424.

Recent Social Trends. (E.U.), II, 196.

Réceptions de droits étrangers. Phénomène de —, I, 8-9 ; — médiévales, I, 8 ; au Royaume de Sicile, I, * 105-125 : — du droit occidental en Egypte, I, 8, II, 428-430, en Turquie, I, * 126-133, au Japon, I, 8, III, 278, * 446-451.

Recherche scientifique juridique. Organisation internationale, III, 503 et s.

Reconstruction économique. (E.U.), III, 498. V. NIRA américaine.

Recueil international de Jurisprudence du Travail. I, p. XVIII. III, 435, 495-496, 503-504, 507-508.

Régime administratif. III, 78, 86.

Régimes économiques. Evolution du Dr., III, p. XV.

Régimes politiques, III, 6.

Régionalisme et Coutume. II, * 270-276.

Règle de conduite, II, 50, 56-57, 65, * 140-143, 400 (30), 554-558. III, 344, 400. — Conduite de l'homme moyen, I, 37, 570-571 : — de correction constitutionnelle, II, 35.

Règle de droit. Développement dans histoire du Dr. rom., II, * 91-111. Définition et trait distinctif, I, 154-155, 278, 280-281, 284, 285, 291, II, 145, 229-231, 233. — Source d'autorité, I, 150-151, 172, 196, II, 194. — Nature et degré d'autorité, I, * 148-149, 153-155, * 175 et s., II, 79-80, * 475-479, * 485-494, * 525-526, 532, 536, 565. III, 329 ; Graduations dans autorité, II, 63-64. — R. et définitions, II, 492-496. — Nécessité d'exceptions, II, 93, 513-514. — Plasticité, aptitude à évoluer, I, 142, * 149-153, * 178-179, II, 206, * 513-514, * 558-569, III, 113, 402-403, 536. — R. autonome, III, 223-224. — R. générales et spéciales, II, 82-84, 166-167. V. Lex specialis. — R. et Standards, II, 41-42, 570-572. V. Standards. — R. conventionnelles en Dr. privé, II, 348-349, III, 223-224. (v. Contrat,

- Droit judiciaire) ; — en Dr. internat. publ., III, * 175-177, 341, 381-382, (v. Traité) ; — en Dr. constitut., III, * 25-27, 40 (13). — R. de fer (of thumb), II, 64. — R. impératives et permissives, II, 141-143.
- Réglementation judiciaire.** Statut des contrats, II, 355, 362-363, * 379-402. V. Contrat.
- Règlements administratifs.** III, 97-99, 222-225. V. Droit fait par les administrations publiques.
- Reichsgericht et Cours de cassation.** Contrôle (Fait et Droit), II, 202, III, 459.
- Relations contractuelles.** Stabilisation des —, v. Conditions sous-entendues, Contrat, Dr. judiciaire.
- Relativité du Droit.** I, 252, * 279-281, II, 86-87, 483-484, III, 274. — R. des conventions, (Réaction), II, 338-339 ; — de la chose jugée, (invocation contre Dr. judiciaire), I, 158, III, 83-84, (v. Dr. judiciaire).
- Religion et Droit.** I, 5-6, * 127-133, 218.
- Renaissance du Dr. naturel :** Forme améric. et f. franç., I, 140-144, (v. Dr. naturel) ; — du Dr. romain, (Dr. pénal), III, 258.
- Reportage de la loi internationale,** III, 495.
- Représentation juridique et repr. politique.** (Dr. du trav. [It.]), II, 175-177, * 208-214.
- Res inter alios acta.** Limitation à règle de Dr. internat. publ., III, 413-420.
- Res judicata.** Rôle dans développement du Dr. rom., I, 27-31.
- Réserves.** Points réservés dans loi uniforme du change, III, 472-475, 484, 485.
- Responsa prudentium.** Autorité et rôle en Dr. rom., I, 32-41.
- Responsabilité.** Dr. administr. et Dr. civil, III, 81-82 ; R. contractuelle et délictuelle, II, * 333-346, III, 131. — R. de Dr. commun, II, 223. — R. sans faute, II, 35, 152-153, III, 80-82, 231, 236, — d'origine jurisprudentielle, II, 152-153, * 333-346, * 347 et s., 354 et s., * 378-402 ; — des Etats, III, 81-82, 354-356, 360, 384.
- Restatement du Dr. américain,** I, 218-219. II, 36-37, 38, 145 et s., 153-154, 398 (6), 490-491, note d'éd., III, 435, 496, 507 (4).
- Restrictions à liberté des contrats dans intérêt de stabilité,** II, 356-357.
- Révision de fait de la loi par jurisprudence,** III, 406. — Constitutionnelle : Procédure, rôle et limites, III, 4-5.
- Révolutions.** Influence sur Dr., I, 272-273, II, 293, 449, 504 et s. — Théorie des —, II, 289-290, III, * 3-5.
- Richterrecht.** V. Dr. judiciaire, Jurisprudence, Law-Making.
- Risque professionnel.** Concept ou notion de responsabilité, I, 341, 363. — Théorie du —, III, p. XVI, 82, * 228-238.
- Rockefeller Fondation.** II, 196, III, 508-509.
- Rôle du Droit.** Conciliation des besoins de sécurité et des b. d'adaptabilité du Dr., II, 65 (v. Adaptabilité) ; — des intérêts, II, 246, 253-255. V. Balance.
- Roumanie.** Etat du Dr. (Aspiration à unification), II, 54. — Constitution de 1923, II, 312 (16), (v. Constitutions).
- Rules of The Supreme Court Anglaise,** II, 519-520. note d'éd., III. p. XII (E.U.), pp. XII-XIII ; — et codes de procédure civile, III, p. XI.
- Ruling et Overruling de cas-type,** II, 64.
- Sanction du Droit.** Formes diverses, (S. juridiques et S. non-juridiques). I, 139, 284, II, 193-197, 286, III, 28, 137-138, 332. — Rôle, III, 272. 290-291 (Dr. pénal), 329, 401. — Critère et source de positivité du Dr., I, 171,

- 194, 247, II, 28, 232 (impuissance), 271 (antériorité), 284-285, III, 30. — S. actuelles du Dr. internat. publ., III, 342. — V. Législation-Loi, règle de Droit.
- Science du Droit.** Nature : rameau de sciences sociales, II, 193, 521-524, III, 256 ; art : II, 532 et s. — Fonctions et limites, I, * 147-160, II, 247, 504-505 (prévision des jugements). — Evolution et tendances aux E.U., II, 245, 252-254. — Objet : constatation du Dr., non création, I, 153, * 192-203, 208 et s. (école autrich.), II, 482-484 (Cook) ; Dr. rationnel, I, 273. — Rapport avec jurispr., III, 175-179 ; avec sciences de la nature, I, 283, III, 124-127. — S. et technique, (donné et construit), II, 12, 13, 49-50, III, 84-85 ; v. Donné. — V. Science de la nature.
- Science du Droit judiciaire.** Négation de l'existence en Allem., I, 156.
- Science du Droit pur.** I, * 277-295.
- Sciences de la nature.** Influence sur S. du Dr. améric., II, 459-461, 478-484, 552-556 ; dangers, I, 283. — V. Science du Droit.
- Sciences sociales.** Rapports avec Science du Droit, v. Science du Dr.
- Sécurité juridique et adaptabilité du Dr.** V. Adaptabilité du Droit.
- Sens commun.** II, 27-28, III, 141, 356.
- Sens juridique.** II, 439, 440, III, 213-214. — Définition de Cardozo, II, 542.
- Sentiment juridique.** Droit à l'état de —, III, 324-325, 390.
- Sentiment de justice.** I, 208, III, 320, v. Justice (sentiment de —).
- Séparation des pouvoirs.** II, 39, 195, 235-236, 303-306, 453 (rationalisation du principe) ; aux E.U., III, 52-53, 64 (33), 143 ; en Australie, II, 43. V. Constitutions, Dr. constitutionnel.
- Services d'utilité publique.** Droits des —, I, 142, II, 360-361.
- Socialisation du Droit.** Rapport avec son internationalisation, I, p. XVI, II, 499 (Jap.), III, 120.
- Socialisme.** III, 141, 149 et s., 151-152, 154, 157-158. V. Entreprises, (Etatisation des —), Propriété.
- Société.** S. commerciales, Origine de leur personnalité, I, * 100-104 ; v. Entreprises, Droit économ., Dr. commerc. — S. humaines et S. animales, I, 224-225, 235, 306. — S. internationale, Structure, III, 407, 408, 410.
- Société des Nations.** I, 174, 326-327, 335, 338, 411, 416. V. Droit internat. publ., Bureau Internat. du Travail.
- Sociologie et Droit.** I, 149, 154, 211, 248-249, 291. — Ecoles soc., II, 250, v. Ecoles ; méthode sociol., II, 512-513, v. Interprétation (Méthodes).
- Solidarité nationale et internationale.** I, 227-231, III, 147 et s., 232, 400, 413-414, 491. V. Souveraineté législative.
- Sources du Droit.** Les divers sens du mot (Définitions), I, 137, * 147-222, III, * 275-278, 471. — Classifications des —, (A) en S. extérieures et S. intérieures, I, 9, II, 323, III, 282, 400 ; (B) en Sources proprement dites et Matières premières, fond ou nappe profonde du Dr., (v. ces mots, et Bases du Dr.), (C) (I) S. matérielles (substantielles) ou primaires et S. formelles ou secondaires du Dr., II, 19, 192-193, 228, * 275-278, 379-381, III, 283, 400, 455-456, 491-492, 456, 504 ; (II) S. historiques, I, 5 et s., II, 67, 177, III, 275, 283-284. — Les différents aspects des S. : Aspect sociologique, II, 32 ; Aspects philosophiques, I, 137 et s., II, 32, III, 275-277, 283. — Leur hiérarchie en général, I, 89, 140, 235-236, II, 69, 198, 292-296, 469-472 (Carter), 503 (1), III, 413 ; en Common-L., II, 380-381 (E.U.), 397, 463, 469-472 (E.U.) ; en Dr. internat. publ., III, 356, 388, * 412-414 (Absence de —), 425-426 ; en Dr. hongrois, III, 315-316, 326 ; en Dr. ital., II, 410-411 ; en Dr. jap.,

II, 446, 448-449 ; en Dr. turc, I, 132-133. — **Sources matérielles** (substantielles ou primaires) I, 6, 141, * 223-233, II, 193, III, 400-401. — **Définition**, III, 282-283, 289-290. — Les quatre donnés de Génys, I, 282, 288, II, 239-240. — **Éléments naturels** (Dr. naturel, Nature des choses, v. ces mots), I, * 223-233, II, 75, 77-78, 406, III, 290. — **Éléments moraux** (Sens commun, Sens de justice, Équité, Morale ; v. ces mots), II, 27-28, * 403-422, 543 et s., 556, III, 276, 294-295. — **Éléments économiques**, II, 2, 6, 510-511, III, * 111-123. — **Éléments politiques**, II, 255 et s., 295-296 (Dr. pénal). — **Éléments psychologiques et méta-juridiques**, I, 144-145, * 297-309. — **Forces spirituelles**, III, 471. — **Sources formelles**. Nature (constatation du Dr.), II, 71-72, III, 283, 393, 400, 401, 406. — S. form. communes à tout ordre jurid., III, 406. — **Autonomie de chacune d'elles**, III, 406, 412-413. — **Place du Dr. naturel**, II, 80-82 ; des principes génér., II, * 69-84 ; du contrat (jeu naturel et réglementation légale), II, * 333-402. — S. form. et positivité du Dr., I, 219-220, II, 191-203, III, 282. V. les renvois généraux aux diverses branches du Droit (Dr. civil, commercial, constitutionnel, pénal, etc.) et à chacune des sources (Doctrines, Droit corporatif, Droit judiciaire, Législation-Loi, Droit fait par les administrations publiques, etc.).

Souveraineté extérieure de l'Etat. Le dogme et sa critique, I, 182, II, 223, 232-233, III, 334, 335, 362, 389, 392, 407. V. Droit constitut., Droit internat. publ.

Souveraineté législative. Obstacle à formation de Dr. internat. privé, II, 229, III, 334, 389, 432-435, 475. — Obstacle à autorité directe des sources autres que loi, II, 234-235. V. Conception étatique, Législation-Loi.

Staatsgesetzespositivismus, I, 174.

Stabilité du droit. Nécessité de combinaison avec adaptabilité. V. Adaptabilité du Dr.

Standard juridique. Définition, I, 97, * 145-146, II, 492, 555-556, 564-565, 570-571. — Rapport avec règle (nature et domaine respectifs), I, * 144-156, II, 65, 492 (Torts), 555-557, 562-563, 568-569. — St. d'origine judiciaire, II, 555, 557-559, 568. — Principaux St.: St. de bon père de famille, II, 145, de bon rendement des services d'utilité publique, II, 145, 147. de bonne foi, II, 145, de caractère raisonnable, II, 145, 154 ; application du caractère raisonnable à la concurrence, III, 54, 129, 132 ; — à la conduite, II, 492 ; — à la connaissance, II, 492-493 ; — à la prévision, II, 150-152 ; — aux prix, III, 133 ; — à la prudence, II, 147 ; — à la vitesse des automobiles, III, 50-51 ; — en Dr. constitut. amér., III, p. XIV, 45. — St. de difficulté excessive, II, 151, de mesure normale de tolérance, II, 152-153, III, 82, d'opportunité, II, 154, de précaution nécessaire, II, 492. — V. Raison, Rationnalité, Règle de conduite.

Standardisation des contrats, II, 337. — des usages commerciaux, II, 394.

Stare decisis (E. U.), II, 253, 463-465, 473, 496, 502 (87), III, 46, 169. Ses inconvénients, II, 475. V. Précédent (autorité du —).

Statut de la Cour Permanente de Justice internationale. Article 36, III, 376, 412. — Art. 38, III, 345, 347, 355, 356, 362, 364, 368, 378, 384-387, 393, 411, 423-428. Art. 38, § 1, III, 371-372, 412-420 ; § 2, III, 371-372, 421-425 ; § 3, III, 357, 364, 366, 368, 369, 371, 372, 385, 386, 395-397, 425 ; § 4, III, 357, 372, 426-427. — Art. 59, III, 355, 411 (9), 426, 427. — V. Cour Permanente.

Statut judiciaire des contrats (Common-L.), II, * 379-402.

- Statut légal des contrats, II, *334-367.
- Stérilisation. Lois de —, III, 491-492.
- Substantial performance, II, 390.
- Subrogation. Rôle du concept, II, 518.
- Sujets du Droit. Dr. administr. et Dr. privé, III, 92-93.
- Super-droit positif. Dr. naturel ressuscité par juges améric., I, 142.
- Superlégalité, III, p. XIII (Allem., E. U.), p. XIV (Angl., France). — Limitation de fait, III, 7.
- Supposition. V. Assumption.
- Suprématie judiciaire (E. U.), I, 139, 142-143, II, 198, III, 139, 144 (7). — V. Contrôle judiciaire d. l. constitutionnalité des lois.
- Survivances. S. utiles (Continuité du syst. jurid.), II, 66, * 177-189, 206, 270 et s. — Large place en Dr. angl., II, 67. — S. de communisme, II, 271. — V. Fictions, Propriété.
- Syllogisme judiciaire, II, 89, 144 ; — en Dr. franç., III, 403. — Ses prémisses (nature), II, 512-513, 529 (13), 530 (24). — Prémisse majeure (*inarticulate major premiss*), II, 22, 28, 74, III, 169-172, 328, 329, 330 ; d'après le juge Holmes, II, 28, 382, 466. V. Logique jurid.
- Syndicats (en Italie). Organisation syndic., III, 164 et s., 168-169, 173-179, 190-191. — Leur situation jurid.: personnes morales publiques, III, 223-225, 226 (4); contrôle sur activité des membres, III, 217-218 ; pouvoir normatif, III, 198-199, 223-225, 498 ; pouvoir représentatif (nature et étendue), III, 188-189, 190-191, 205-214. V. Conventions collectives, Droit du travail, Représentation.
- Système juridique. Homogénéité et continuité, II, 508, III, p. XV ; — et vues successives des législateurs, II, 442-443. — Instruments de —, vue d'ensemble, II, * 61-189 ; Instrum. logiques, II, 71-72, 165, 517 et s.; fictions légales, II, * 157-176 ; interprétation excluant contradictions, II, 324 ; fécondation de règles anciennes, II, 517 ; destruction partielle de règles anciennes, I, 142. — Critique de la notion du —, II, 521-522, III, 30-32. — V. Lacunes de la loi, Lacunes du système jurid., Plénitude du système jurid.
- Systèmes juridiques actuels. Eléments directeurs de leur marche commune, III, p. XV, III, 330. — Common-L. comme —, II, 398 (5), 507 (Développement du concept). Dr. économique, III, * 111-123, Dr. espagnol (caractéristiques), II, * 269-276.
- Tables. Les XII —, I, 14 et s., 20-21, 35.
- Technique commerciale comme Source du Dr., III, 251-252, * 497-501.
- Technique juridique, I, 144, 292-294, 389, II, 9-10, 13, 50, 505. Rôle : création de nouvelles catégories jurid., II, 128-139. Rôle dans solution du cas non prévu, II, 504-512. — T. jur. et morale, II, 284-285. Ses défauts en Common-L., II, 41.
- Télégraphie sans fil. Effort vers législation uniforme, III, 481, 491.
- Testament. Interprét. du —, II, 211, 305-306. — T. romain (Développement historique), I, 14-21, II, 67.
- Théologie et droit. Frontières, I, 71 et s. (Dr. canon.).
- Théorie générale du droit, I, 182, * 205-222, 278-279, II, 76, * 459-502. — Mouvement aux E. U., II, 490-491, 520-525.
- Torts. Droit des —, II, 485.
- Trade agreement, III, 135.
- Trade practice submittals, II, 197-198.

- Trade practices** comme source du Dr. commun privé internat., III, * 497-501.
 V. Technique commerciale.
- Trade unions.** Dr. fait par les —, V. Dr. corporatif.
- Tradition,** source de constitution (Angl.), III, 74. — administrative, III, 94.
- Traité international.** Diverses formes : T. bilatéral et T. multilatéral, III, 375, Traité-loi et traité-contrat, III, 326, 362, 375-381, 390, 413-415. — Valeur juridique, III, 323, 358, 377-378, 394, 421. — Contenu contraire au Dr. internat. publ., III, 351-352, 394, 414. — Etablissement de règles de Dr. internat., III, 351-352, 472. — Interprétation, III, * 375-382, 394, 421. — V. Arbitrage, Dr. internat. publ.
- Traité de paix.** Droit et force (rôle respectif), III, 334, 351-352, 417.
- Traités particuliers.** Répercussion sur ensemble des rapports internationaux. III, 419-420.
- Transactions.** Classification, III, * 127-137. Transact. de direction (managerial), III, 128, 135, — de marchandage (bargaining), III, 128-134, — de répartition (rationing), III, 128, 135.
- Travail.** Contrats de — (Buts de la réglementation légale), II, 357-360.
- Travail en équipes internationales.** I, p. XIII, III, 503-504, 507-508.
- Travaux préparatoires.** Interprétation de la loi par —, II, 75, * 204-216, 218, III, 108. — Inexistence en Angl., II, 21-22. — Trav. prép. des traités, III, 379. V. Interprétation, Législation-loi, Volonté du législateur.
- Tribunaux internationaux.** V. Arbitrage, Cour permanente de La Haye, Droit internat. publ.
- Turquie.** V. Codes tures, Dr. ture, Réceptions.
- Types de contrats.** Multiplication actuelle, II, 334-335. V. Contrats-types.
- Unification du droit.** Désidérabilité et réalisabilité, III, 254 (Dr. commerc.), 478-480. — Deux sortes de (Dr. international unifié et Dr. privé unifié), III, 478-479. — U. du Dr. du change (étapes et obstacles), III, * 474-476, * 481-488, 490 ; du Dr. de la vente, III, 501. — Types et degrés d'unification, II, 490.
- Uniform Acts américains,** II, 41, 402 (59), III, 434, 481, 482, 486, 490.
- Uniformité de jurisprudence.** Obstacles sur le terrain interétatique, III, * 432-433, * 462-463, 473-477 (Etats fédéraux).
- Union.** Essai de refoulement du principe contractuel par concept d' —, II, 337.
- Unité dans la diversité du droit en général,** III, 77-78, 84-85, 112, 504 ; — des Droits corporatifs internat., III, 500-501.
- Unité organique des systèmes juridiques.** V. Armatures du système jurid., Système juridique.
- Universités anglaises.** Rôle historique dans l'enseignement du Dr., II, 18. V. Enseignement du Dr.
- Urbanisme** comme branche des sources du Dr., III, 503.
- Usage.** Nature : Source de sa normativité, I, 164, II, 282, 439 ; distinct du Dr., II, 283-284 ; de la morale, II, 280-282. — Rapport avec équité, II, 407, avec coutume, I, 211, II, 26, 289-290, III, 322 ; I, 90 (Distinction franç.), III, 348-349 (en Dr. internat. publ.). — Rôle pour l'interprét. de contrats, II, 339, de la loi, II, 177. V. Coutume, Droit coutumier.
- Usagers de services publics.** Stipulation en faveur des —, III, 360-361.
- Usages-règles.** Source de Dr. commun internat., III, * 497-501.
- Utilité pratique** comme Source du Dr., I, 282, III, 125, 141, 380.

Utilité publique et utilité sociale, I, 99 (36), II, 426, III, 94, 146 et s., 394, 396.

Vatican. Cité du —, Loi sur les sources du Dr. du 7 juin 1929, art. 22. III, 303 (30).

Vente de soie. Dr. corpor. internat., III, 499-501.

Vereinbarung ou Traité-loi. V. Traité.

Vie économique. Influence sur le Dr., II, 510-511, III, 113, 115, 145 et s., 249-250. V. Adaptation, Bases du Dr., Droit, Matière première du Dr., Nappe profonde du Dr.

Vocabulaire procédural. Instrument d'isolement national du Droit, III, 434-435. V. Common-Law.

Volonté. Notion de V. juridique, II, 370, 372-375, de la V. des contractants, II, 305-306, 372-374 (conceptions franç. et allem.), III, 218-219, 250. — V. collective des Etats et Dr. internat. publ., III, 383, 390-391, 412 ; v. Dr. internat. publ. — V. générale ou collective, II, 246, 249-250, comme facteur du Dr. positif, II, 256 et s., II, 300 (17), 390. — V. du législateur, II, 216, 218 (fiction), 355, 443, III, 85. — V. réglementaire (Contrat d'adhésion), II, 337. — Voir Autonomie de la volonté, Adhésion, Etat et Droit, Impératif jurid.. Conception étatique.

War Cases anglais, II, 149-152.

Weltfremdheit der Juristen, III, 293.

Willensdogma, II, 368-378.

Willing Buyer and Willing Seller (Kauflustig und Verkaufslustig), III, 131.

Working rules, III, 127, 132.

Workmen's compensation Boards, II, 196.

Yale Law School, II, 196.

Zweckmaessigkeit. Accent fondamental du Dr. commerc. III, 252.



Plan du troisième volume

TITRE I. - Sources du droit constitutionnel

CHAPITRE I. - Le droit constitutionnel non écrit par René CAPITANT, *professeur à l'Université de Strasbourg*

CHAPITRE II. - Les coutumes constitutionnelles, par Carlo GIROLA, *professeur à l'Université d'Urbino, Italie*

CHAPITRE III. - *Les droits naturels et l'imprécision législative*, par Rodney L. MOTT, *University of Chicago*

CHAPITRE IV. - Technique de la Cour de cassation roumaine pour l'examen de l'inconstitutionnalité des lois, par Em. MICLESCO, *président honoraire à la Cour de cassation roumaine*

TITRE II. - Sources du droit administratif

CHAPITRE I. - L'aide du droit administratif pour l'élaboration du droit privé, par Georges RENARD, *professeur à l'Université de Nancy*

CHAPITRE II. - L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé, par André HAURIOU, *professeur à l'Université de Toulouse*

TITRE III. - Sources du droit financier

CHAPITRE UNIQUE. - Le principe de l'interprétation littérale des lois fiscales, par Louis TROTABAS, *professeur à l'Université de Nancy*

TITRE IV. - Sources du droit économique

CHAPITRE I. - Le droit économique, branche indépendante de la science juridique, sa nature et son contenu, par François DE KIRALY, *avocat à la Cour de Budapest*

CHAPITRE II. - Le problème de la coordination du droit, de l'économie et de la morale, par John R. COMMONS, *professeur à l'Université de Wisconsin*

CHAPITRE IV. - Propriété privée et économie nationale, par Lucien BROCARD, *professeur à l'Université de Nancy*

TITRE V. - Sources du droit du travail

CHAPITRE I. - La nature juridique des décisions de la magistrature du travail en Italie, par P. CALAMANDREI, *professeur à l'Université de Florence*

CHAPITRE II. - Le contrat collectif de travail comme source du droit, par François ROVELLI, *professeur à l'Université catholique de Milan*

CHAPITRE III. - Le risque professionnel et la jurisprudence française, par André ROUAST, *professeur à l'Université de Paris*

TITRE VI. - Sources du droit commercial

CHAPITRE I. - Lord Mansfield, un juriste comparatiste du XVIII^e siècle, par H. C. GUTTERIDGE, *Université de Cambridge*

CHAPITRE II. - Fonction de la coutume en droit commercial, par Kotaro TANAKA, *professeur à l'Université impériale de Tokio*

TITRE VII. - Les sources du droit pénal

CHAPITRE I. - Le juge pénal comme législateur, par Miloslav STIEBER, *professeur à l'Université Charles IV à Prague*

CHAPITRE II. - L'élaboration du droit pénal et "l'irréductible droit naturel", par Paul CUCHE, *professeur à l'Université de Grenoble*

CHAPITRE III. - Les sources de droit pénal, par Seiitiro ONO, *professeur à l'Université Impériale de Tokio*

CHAPITRE IV. - La question des sources spécialement par rapport au droit pénal, par Giulio BATTAGLINI, *professeur à l'Université de Pavie*

CHAPITRE V. - L'interprétation littérale des lois pénales, par Maurice GEGOUT, *Université de Nancy*

TITRE VIII. - Sources du droit international public

CHAPITRE I. - Observations sur les méthodes pour l'étude du droit des gens, par A. BAUMGARTEN, *Université de Francfort s/M*

CHAPITRE II. - La théorie et les sources du droit international, par Edwin M. BORCHARD, *Yale University*

CHAPITRE III. - La coutume et les principes généraux du droit comme sources du droit international public, par Louis LE FUR, *professeur à l'Université de Paris*

CHAPITRE IV. - Méthodes d'interprétation du droit international conventionnel, par N. POLITIS, *professeur honoraire à l'Université de Paris, membre de l'Institut*

CHAPITRE V. - Les principes généraux du droit comme source du droit des gens, par Alfred VERDROSS, *professeur à l'Université de Vienne*

CHAPITRE VI. - Contribution à l'étude des sources du droit international, par Charles DE VISSCHER, *professeur à l'Université de Gand*

CHAPITRE VII. - Essai sur les sources formelles du droit international, par Georges SCELLE, *professeur à l'Université de Paris*

TITRE IX. - Sources du droit international privé

CHAPITRE UNIQUE. - La constitution fédérale des Etats-Unis d'Amérique comme source de droit international privé, par E. LORENZEN, *professeur à Yale University*

TITRE X. - Droit comparé et droit commun international

CHAPITRE I. - Sources du droit et droit mondial, par K. WIELAND, *Université de Bâle*

CHAPITRE II. - Sources du droit comparé ou supra-national. Législation uniforme et jurisprudence comparative, par Edouard LAMBERT, *Université de Lyon*