

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

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

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

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici](#) pour accéder aux tarifs et à la licence

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

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

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

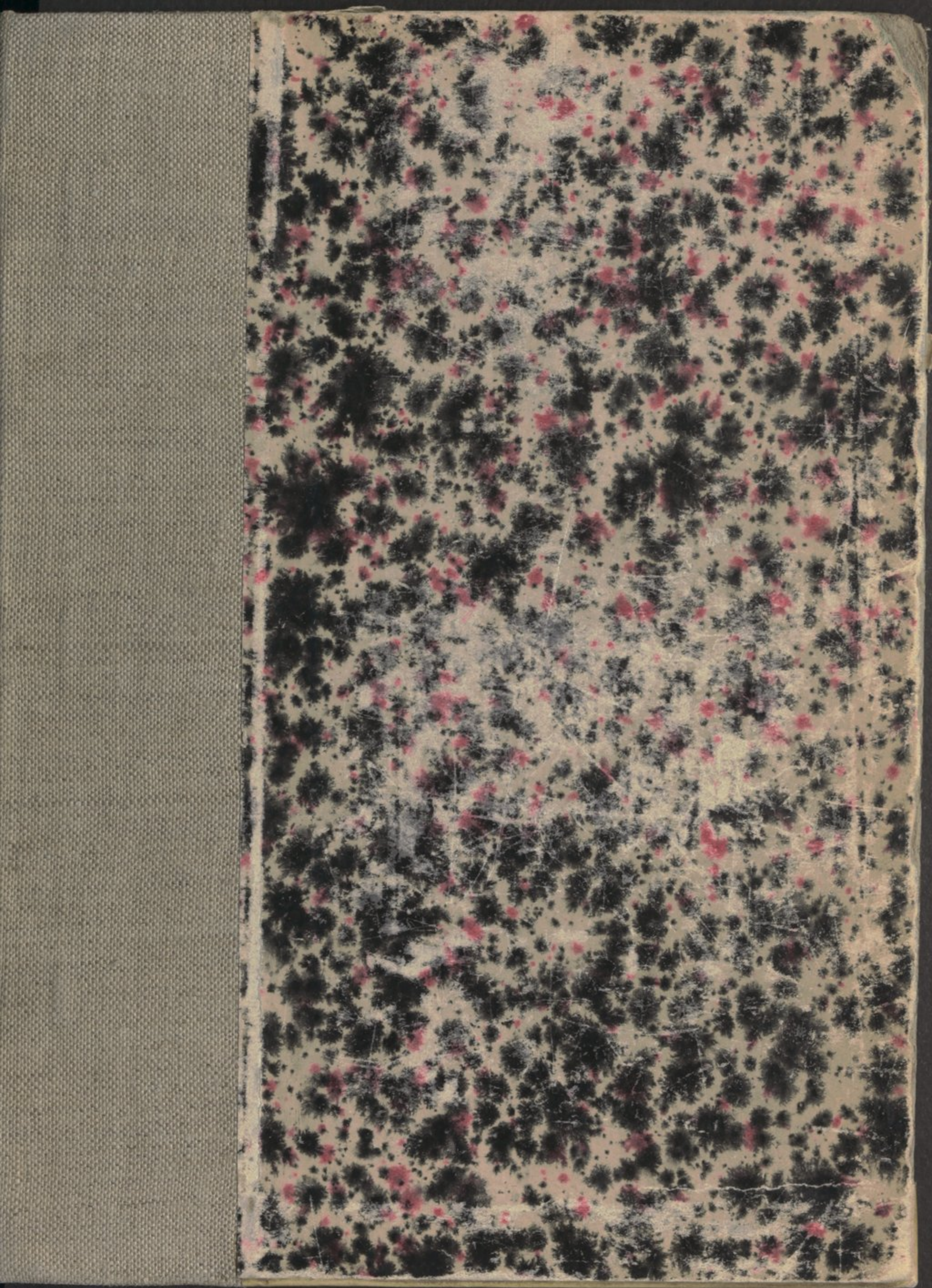
*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

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

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

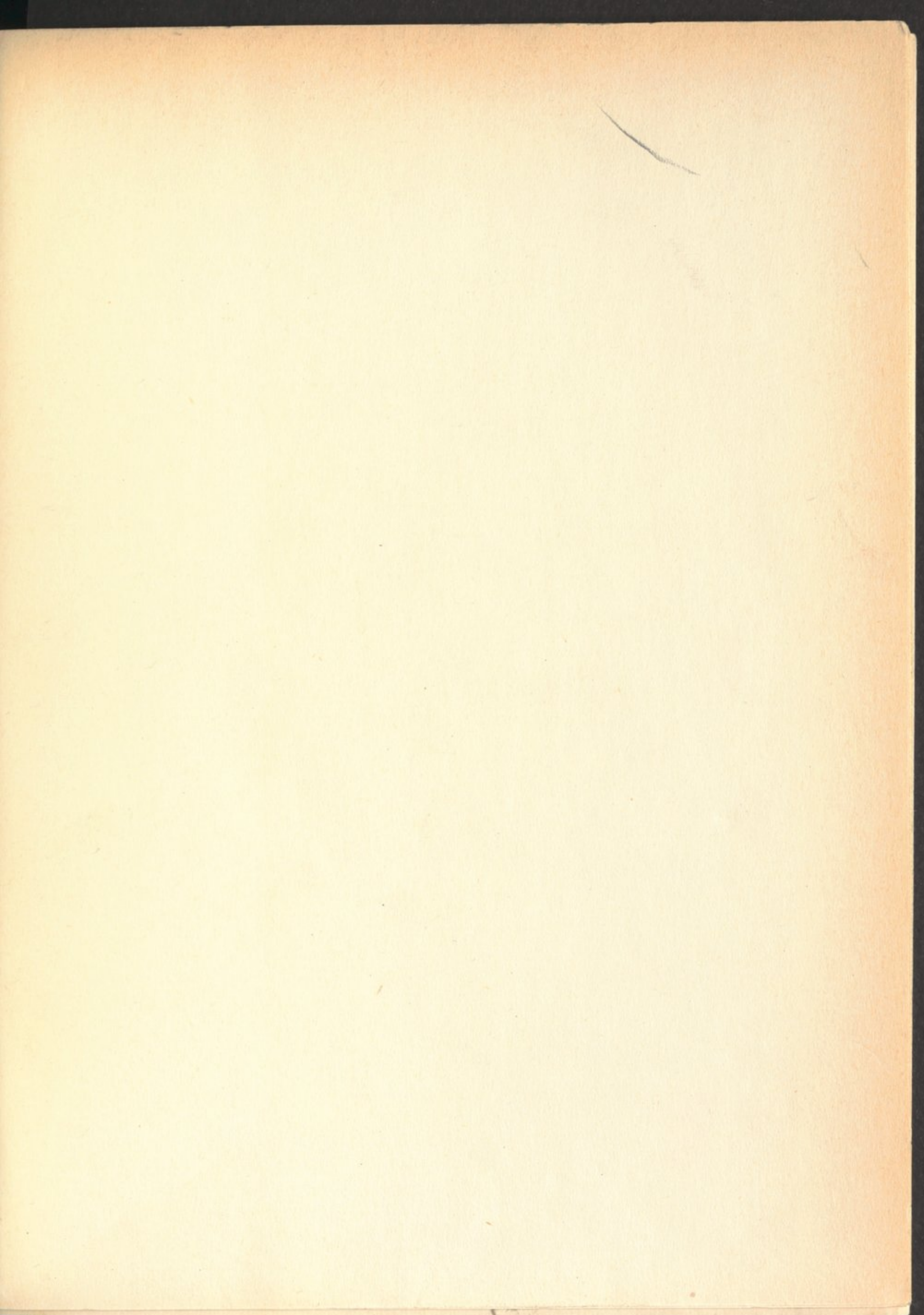
6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

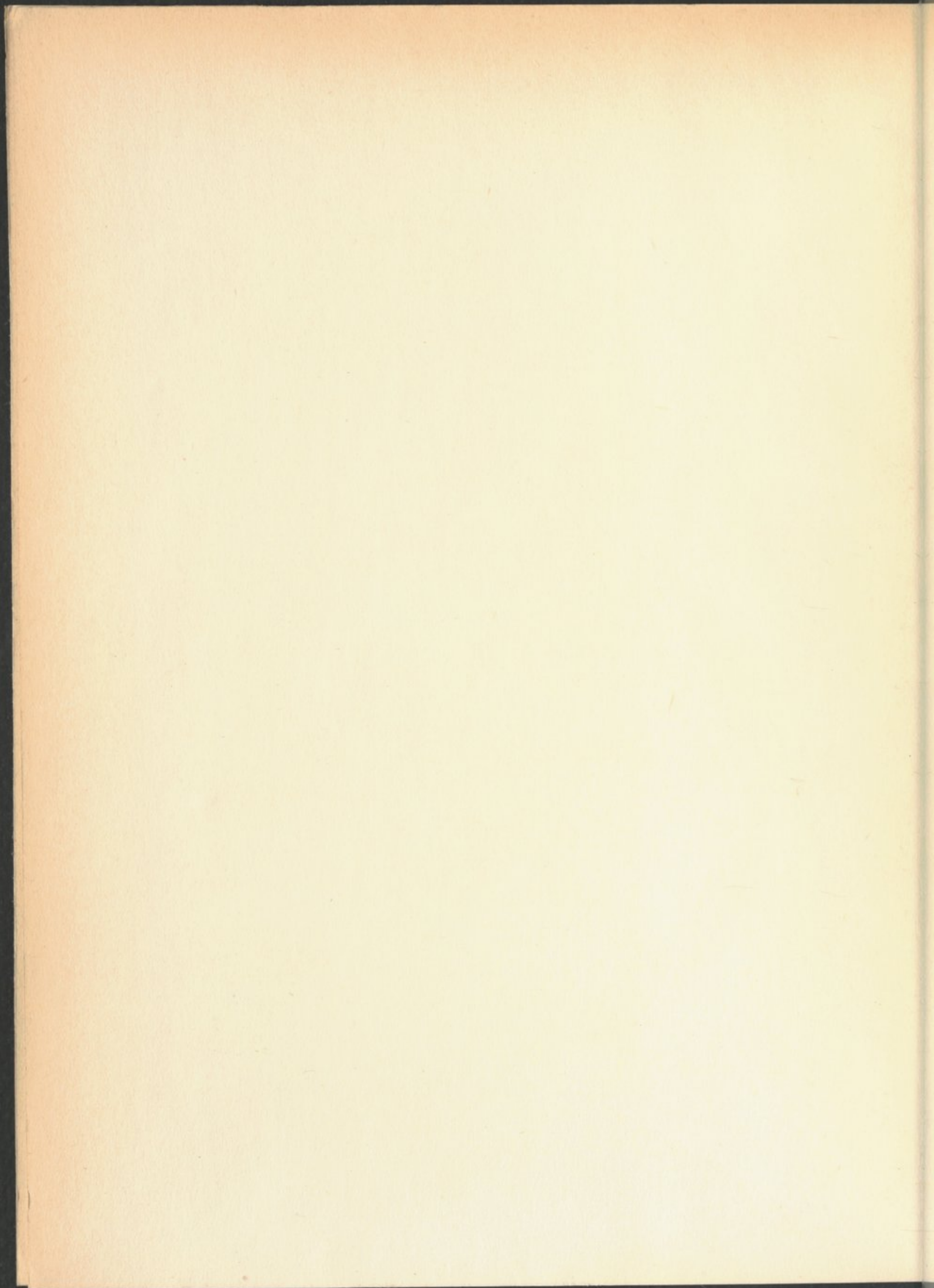
7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

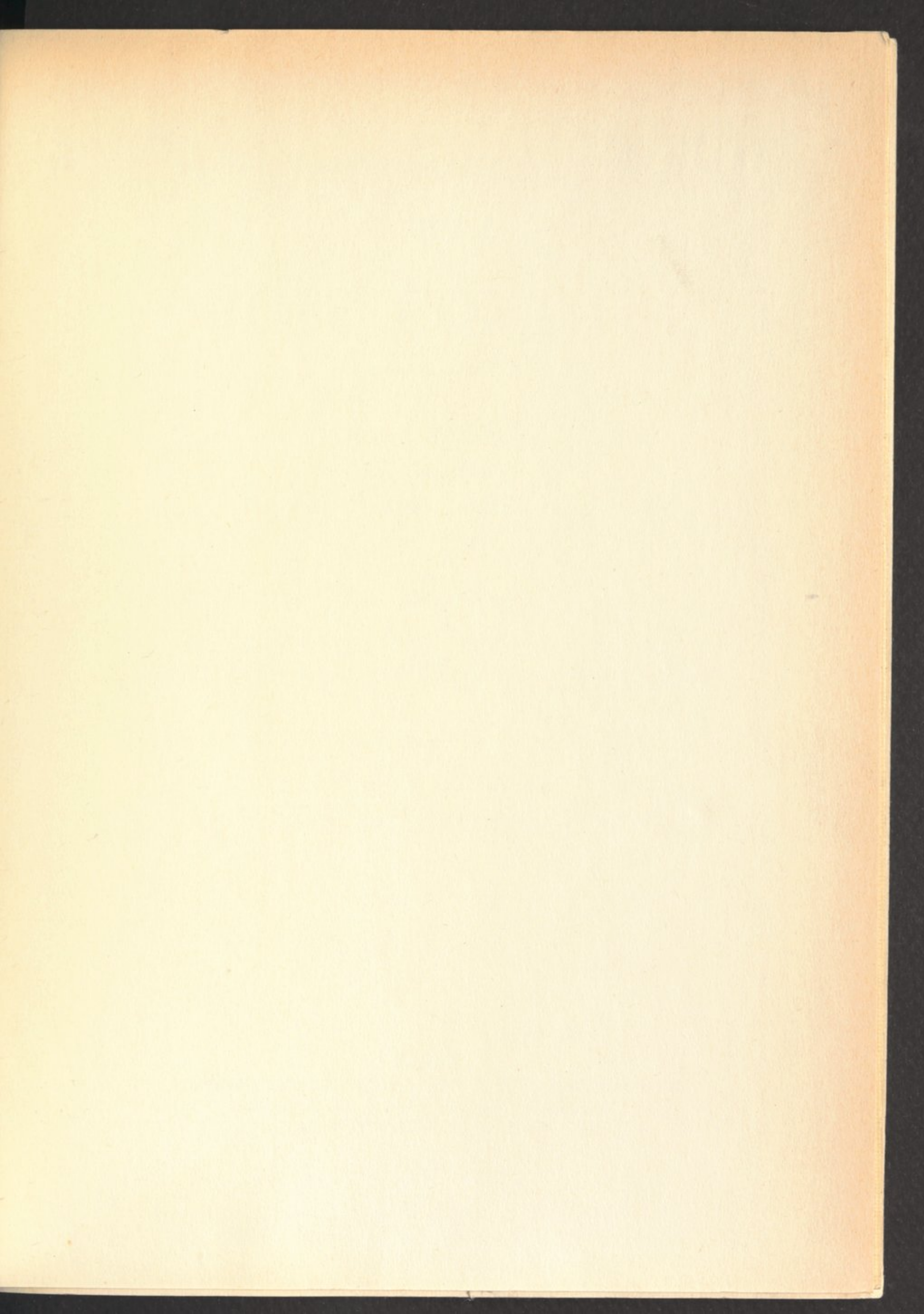


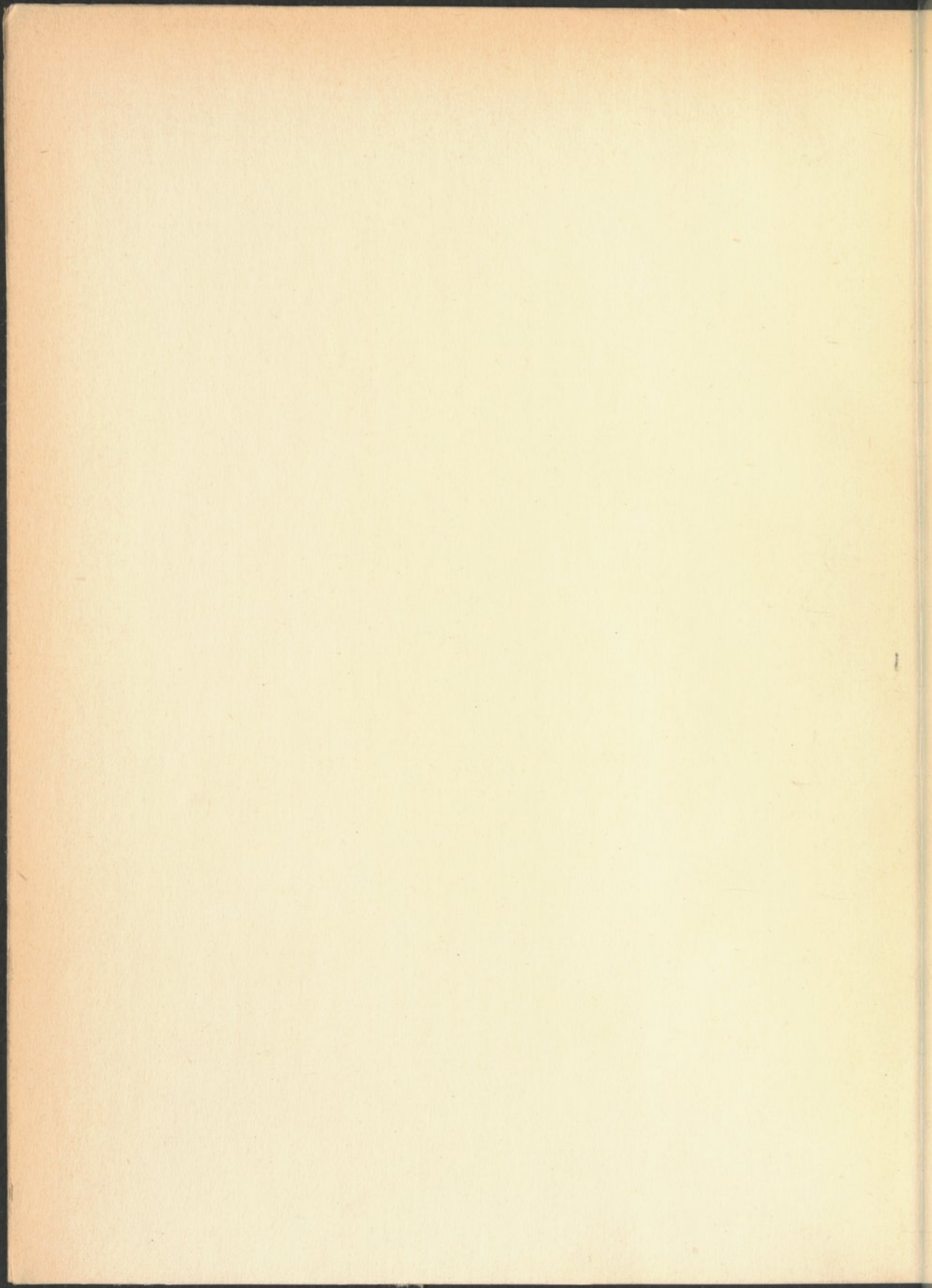












INTRODUCTION A L'ÉTUDE DU DROIT COMPARÉ

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

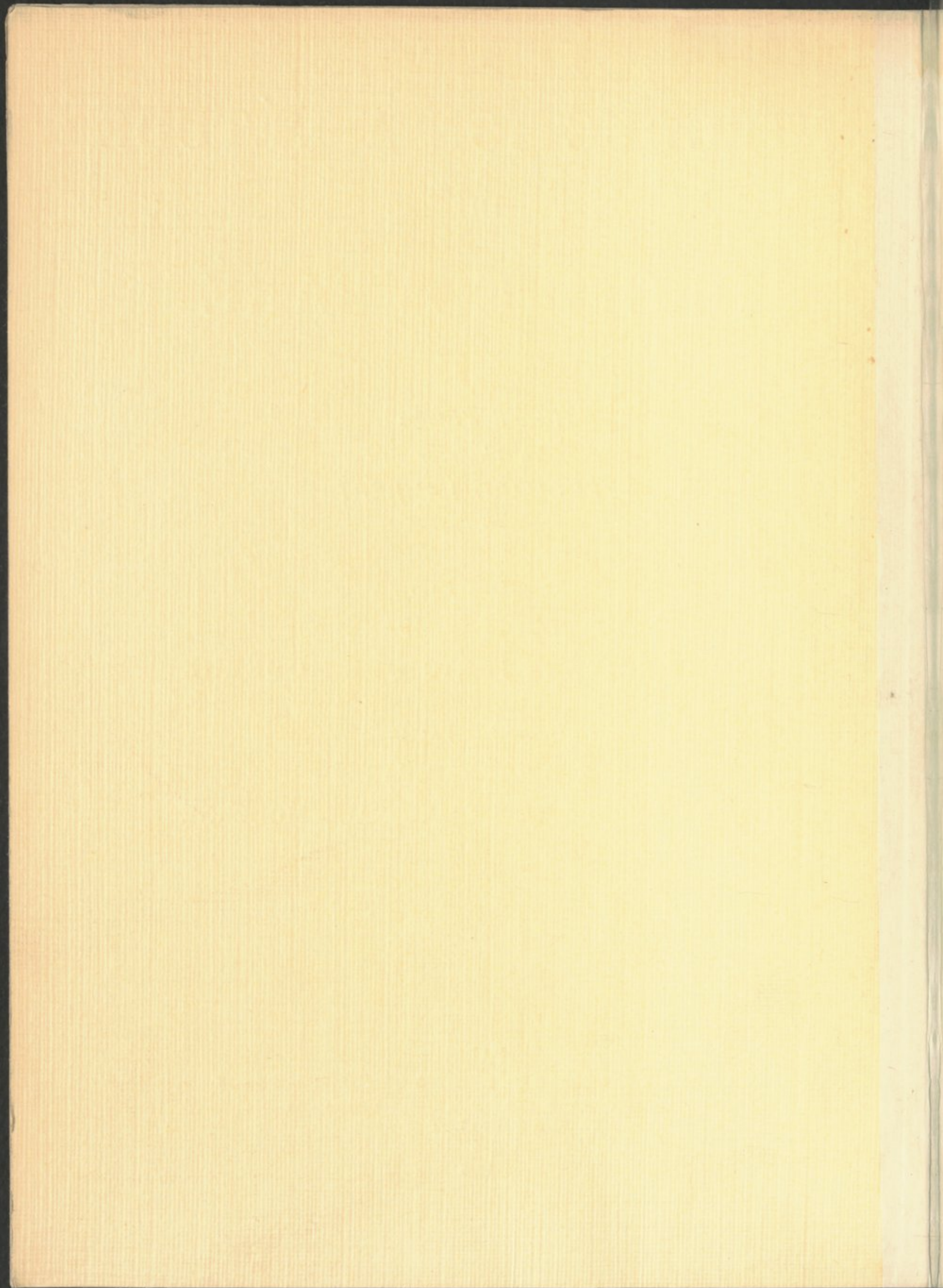
TROISIÈME PARTIE
**LE DROIT COMPARÉ
COMME SCIENCE JURIDIQUE MODERNE**

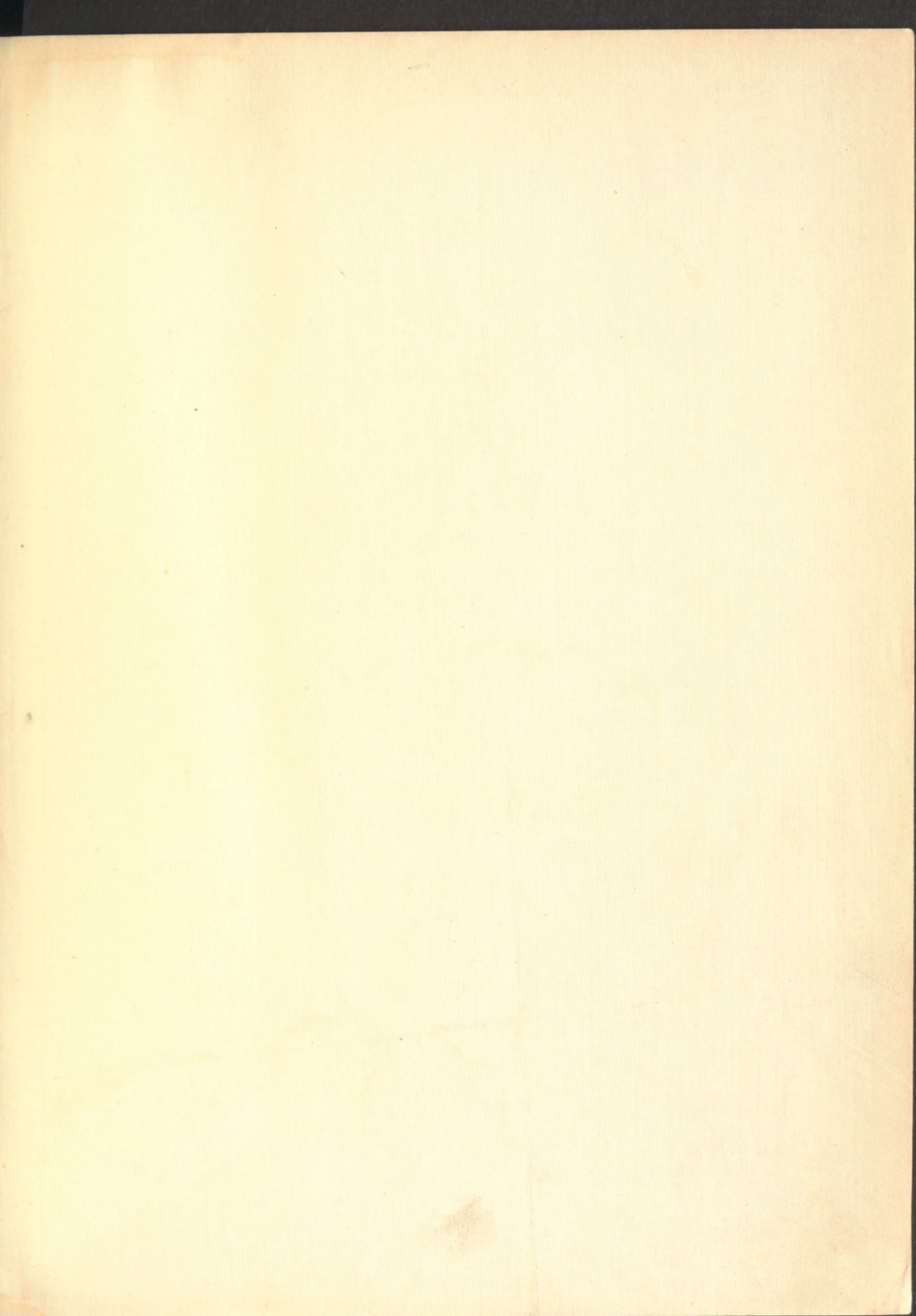
QUATRIÈME PARTIE
**LE DROIT COMPARÉ
COMME SCIENCE INTERNATIONALE MODERNE**

7400

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







INTRODUCTION A L'ÉTUDE DU DROIT COMPARÉ

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

TROISIÈME PARTIE
LE DROIT COMPARÉ
COMME SCIENCE JURIDIQUE MODERNE

QUATRIÈME PARTIE
LE DROIT COMPARÉ
COMME SCIENCE INTERNATIONALE MODERNE

4° F
4512 (2)
LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ ANONYME
DU RECUEIL SIREY
22, Rue Soufflot, PARIS (Ve)

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

1938

DL 5634 29-9-45 A



TITRE I

DROIT CIVIL ET COMMON LAW

CHAPITRE PREMIER

ESPRIT ET SOURCES DU DROIT CIVIL ET DU COMMON LAW

Lord MACMILLAN, *Deux Manières de Penser*.

BUCKLAND-McNAIR, *Les Sources du Droit Romain et du Common Law*.

COLVIN, *Le Système de Common Law « Anglais » appliqué aux Etats-Unis est-il bien anglais ?*

Von RAUCHHAUPT, *Le Problème de la codification du droit international. Comparaison entre les méthodes européennes et américaines*.

Il convient de rapprocher des articles publiés dans ce Chapitre les études suivantes :

a) sur LES SOURCES DU DROIT CIVIL ET DU COMMON LAW :

WIGMORE, *L'avenir du système juridique anglo-américain*.

(Contribution publiée ci-dessous, Chapitre IV, § 74).

b) sur LE RÔLE DE LA JURISPRUDENCE EN DROIT CIVIL ET EN COMMON LAW :

DEAK, *Le rôle du « cas » dans la Common Law et en droit civil*.

(Contribution publiée dans le Tome I^{er}, Première Partie, Titre IV : « Les Sources du Droit Comparé », Chapitre V « La Jurisprudence », § 382).

c) sur LES DIFFICULTÉS RÉSULTANT DE LA DÉPENDANCE DES COURS AMÉRICAINES VIS-A-VIS DES « PRÉCÉDENTS » ANGLAIS :

POUND, *La législation dans la période de formation du Droit Américain*.
(Contribution publiée dans le Tome I, Première Partie, Titre IV, Chapitre IV, § 34).

JAFFIN, *Les modes d'introduction du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*.

(Contribution publiée ci-dessous, Titre III, Chapitre IV, Section IV, § 88).

FRANKFURTER-GREENE, *L'injonction dans les conflits du travail*.

BONNET, *La doctrine de la « conspiration » et les origines de « l'injonction du travail » aux Etats-Unis*.

(Ces deux contributions publiées dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre VII : « Le Nouveau Droit Social », Chapitre II, Section IV, §§ 169 et 170).

d) sur LES DIFFICULTÉS QUE RENCONTRE LA CRÉATION D'UN DROIT MONDIAL PAR SUITE DES DIVERGENCES ENTRE LE DROIT CIVIL ET LE COMMON LAW :

RABEL, *L'unification du Droit de la Vente Internationale. Ses rapports avec les formulaires ou contrats-types des divers commerces*.

(Contribution publiée ci-dessous, Quatrième Partie, Titre II, Chapitre I^{er}, § 118).

JANNE, *L'unification internationale des lois sur les effets de commerce*.

BOUTERON, *L'unification du Droit relatif au chèque et le vocabulaire du Droit Uniforme*.

(Ces deux contributions publiées ci-dessous, Quatrième Partie, Titre II, Chapitre IV, Section II, §§ 128 et 129).

MORELLET, *L'interpénétration du Droit Public et du Droit Privé*.

(Contribution publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre II, Chapitre V, § 144).

e) sur LEUR APTITUDE RESPECTIVE DE S'ADAPTER A L'ÉVOLUTION ÉCONOMIQUE :

BALOGH, *L'adaptation du Droit aux conditions économiques dans les Droits Européens et Américains*.

(Contribution publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre II, Chapitre VI, Section I, « L'Adaptation du Droit aux Evolutions Economiques », § 148).

DEUX MANIERES DE PENSER

Par le Right Honorable Lord MACMILLAN

G. C. V. O. L. L. D.

Lord of Appeal in Ordinary, Londres (*)

Traduit par Simon BAMBERGER

Licencié en Droit

Un adage juridique bien connu nous met en garde contre ce qu'il y a de décevant dans les généralités. Comme beaucoup d'autres avertissements, il a beaucoup plus contribué à les stimuler qu'à les décourager, car la tendance à la généralisation est invétérée et tout penseur a fait l'expérience de sa force attractive. En classant les données disparates de l'expérience qui se dégage de l'observation du présent et de l'étude du passé, nous sommes, inévitablement, amenés à rechercher quelques principes généraux de distinction qui puissent nous guider dans ce classement. Aussi, sans me laisser décourager par les risques que comporte cette entreprise, je me pro-

(*) Cette contribution est tirée d'une conférence, faite à l'Université d'Oxford, le 9 mai 1934. Son auteur, Lord Macmillan, en même temps que l'un des juges de la Chambre des Lords, est membre du Comité Judiciaire du Conseil Privé de Sa Majesté Britannique : une juridiction que son rôle et sa compétence obligent à faire constamment œuvre judiciaire de comparaison des droits. C'est ce que Lord Macmillan, en ouvrant les séances de la section générale du Congrès International de Droit Comparé de 1932, rappelait dans son discours inaugural (*Le Droit écossais comme sujet d'études de droit comparé, Acta (ou Mémoires) de l'Académie Internationale de Droit comparé*, Paris, Sirey, 1934, tome II, 4^e partie, pp. 18 et 29) en ces termes : « Ayant juridiction sur les trois ou quatre cent millions d'êtres de toutes races qui constituent la population de l'Empire britannique, soit approximativement un quart de la population du globe, le Comité Judiciaire applique presque toutes les règles de droit connues. Alors que le droit anglais régit de nombreuses parties de l'Empire sous réserve des modifications votées par les Parlements locaux, le Comité Judiciaire peut avoir à appliquer le droit hindou ou le droit mahométan à l'occasion d'appels venant de l'Inde, le droit français à l'occasion d'appels venant de Québec ou de l'Ile Maurice, le droit romano-hollandais à l'occasion d'appels venant de l'Afrique du Sud et de Ceylan, le droit espagnol à l'occasion d'appels venant de la Trinité... Chaque variété d'institution humaine est discutée devant ce tribunal et les coutumes de chaque région de l'Empire y sont dûment respectées. » Et il indiquait que cette remarque était destinée à mieux faire comprendre l'intérêt que les discussions sur le droit comparé « doivent présenter pour quelqu'un à qui ses affaires donnent journellement l'occasion de comparer autant de systèmes juridiques divers. »

Mais c'est surtout la compréhension des génies respectifs du *common law* anglais et du *droit civil* qui lui a été rendue familière — comme il l'indique ici — par l'application parallèle à la Chambre des Lords du droit anglais et du droit écossais, et par une longue pratique antérieure de ce droit écossais, si fortement frappé de l'empreinte historique du droit romain. *Note du traducteur.*

pose de vous parler aujourd'hui d'une généralisation de l'ordre le plus large. Car elle consiste, dans l'affirmation que tous les esprits humains, dans leur ultime structure, se classent dans l'un ou l'autre de deux types ou classes, qui se caractérisent chacun par des manières de penser fondamentalement différentes et distinctives.

Je me rends compte de l'audace de quelqu'un qui, tout en ne professant être ni un philosophe, ni un psychologue, s'aventure, néanmoins, à mettre à l'air, dans ce foyer d'études scientifiques, ses théories sur un pareil sujet. Mais, comme l'a dit M. H. L. L. Fisher dans son charmant essai biographique sur l'un des savants les plus distingués de Cambridge, « nous sommes une nation d'amateurs audacieux ». Ces mots — j'ai à peine besoin de le dire — ne s'appliquaient pas à celui qui a été l'objet de cette biographie — F.-W. Maitland, mais à quelqu'un qui avait eu la témérité d'en attaquer l'exactitude. Vous me concéderez que l'amateur audacieux pourra au moins avoir son utilité pour fournir une cible aux critiques des experts.

J'ai cette autre excuse — ou peut-être est-ce une circonstance aggravante — qu'il n'y a rien de réellement nouveau dans la large classification, que je vous offre, des manières selon lesquelles l'esprit humain pense. En réalité, elle est aussi ancienne que la pensée elle-même ; car elle est fondée sur la distinction bien connue entre l'esprit théorique et l'esprit pratique, entre le cabinet de travail et le laboratoire, entre l'aristotélien et le baconien, ou, pour s'exprimer dans le langage du logicien, entre déduction et induction. Mais, si je n'ai dès lors rien de nouveau à énoncer, je puis, au moins, vous présenter quelques vérifications de cette division classique et quelques réflexions sur la signification de longue portée qu'elle a dans le monde des affaires.

C'est mon expérience personnelle dans ma sphère professionnelle qui m'a fait d'abord comprendre combien profonde est la séparation qui existe entre les deux types d'esprit dont j'ai parlé. J'ai eu la bonne fortune — après avoir pratiqué pendant un quart de siècle le droit écossais dans la Maison du Parlement, à Edimbourg — d'être appelé, pendant les dix dernières années, à étudier et plus tard à appliquer le système juridique entièrement différent de l'Angleterre. Extérieurement, les deux systèmes juridiques, sauf dans quelques branches importantes, sont arrivés dans les temps modernes à une large mesure d'assimilation à raison de l'intercommunication constante entre les deux nations et grâce au fait que, depuis plus de deux siècles, ils ont eu une législation et une cour d'appel suprême en commun. Mais je n'ai pas mis longtemps à découvrir combien différents sont les fondements historiques du droit anglais et du droit écossais. Je me suis rendu compte de la différence fondamentale entre les méthodes de deux des plus grands produits de l'intelligence humaine que le monde ait jamais vus : le *Civil Law* (droit civil) et le *Common Law* (droit commun). Dans le contraste entre les deux célèbres systèmes, — et nulle part mieux que là — est mise en évidence la distinction fondamentale que je cherche à démontrer, et c'est pour cette raison que je voudrais insister un peu sur ce sujet.

Quand, il y a 1400 ans, Justinien dans son palais à Constantinople promulgua le *Corpus Juris*, il dota le monde d'une codification systématique de l'ensemble du droit, qui était destinée à devenir la base des codes modernes de l'Europe continentale. Tout récemment encore, cette codification

est revenue dans son pays d'origine par suite de l'adoption par la Turquie du code suisse, qui, d'une façon prédominante, est de caractère romain. Le produit le plus parfait que nous devions à l'inspiration de Justinien est « Les Institutes », composées par Théophile et Dorothee sous la direction de Tribonien et publiées en 533 après J.-C. Comme l'a dit Lord Mackenzie : « aucun livre juridique n'a été tant admiré pour sa méthode et sa précision élégante ; aucun n'a été imprimé, traduit, imité et commenté aussi fréquemment que les « Institutes » de Justinien. En effet, déjà en 1701, un savant professeur publia un ouvrage sur « La Multitude excessive des commentateurs des "Institutes" ». Je n'ai pas l'intention d'analyser le succès qu'a obtenu l'entreprise de Justinien ; c'est seulement sur la nature de sa conception que je m'arrêterai. Elle consiste dans la reconnaissance que toutes les relations humaines peuvent être classées rationnellement d'après certains principes fondamentaux. De ces principes, tout le droit peut être déduit, et à l'aide de ces principes, le droit peut être arrangé et organisé méthodiquement. C'est la conception de l'ordre, de la logique et de la raison dans la réglementation par le droit des relations humaines. L'influence de cette conception a prévalu jusqu'au temps présent dans une grande partie du monde civilisé. Selon les mots de l'éminent Chancelier français d'Aguesseau, Rome a continué de gouverner par sa raison longtemps après avoir cessé de gouverner par son autorité.

En Angleterre, le processus de l'évolution juridique a été tout à fait différent. Sans doute, dans les premiers temps, le droit romain fut étudié dans notre pays, à Oxford où Vacarius professa au XII^e siècle et encourut une injonction de la part du roi Etienne contre l'enseignement du droit romain en Angleterre, aussi bien qu'à Cambridge où une chaire royale de « droit civil » fut créée par Henri VIII. Mais, quoique le droit civil ait survécu dans nos universités comme sujet d'études académiques, des raisons importantes ont joué pour l'empêcher de devenir le droit d'Angleterre. Je n'ai pas l'intention de poursuivre l'étude de ces causes dans la mesure où elles ont été d'ordre politique ; mais je trouve dans l'insuccès du droit civil à s'établir en Angleterre une preuve significative du fait que le génie anglais a toujours eu une forte aversion et méfiance envers la théorie et les principes. En Angleterre, une évolution naturelle du droit plus conforme au tempérament et aux penchants nationaux a éliminé sûrement et continûment ce que Wyclif appelait l'importation « doublement étrangère » de Rome, jusqu'à ce qu'il devienne de mode de contester toute dette que ce soit du droit d'Angleterre envers le droit romain. En Angleterre, le « Common Law » est né de la pratique. Il ne fut jamais promulgué comme un système complet. Il s'est développé à mesure que l'occasion s'en présentait ; car l'Anglais n'aime pas anticiper. « A chaque jour suffit sa peine » est une formule qui l'a toujours attiré. D'après Bentham, les juges d'Angleterre ont créé le « Common Law » de la même façon que quelqu'un fait des lois pour son chien — en attendant qu'il commette un méfait et en le battant ensuite pour cela. Ainsi le droit d'Angleterre a été le produit du travail de praticiens et non de professeurs, d'hommes pratiques et non de philosophes. Le fameux système des formes d'action est sorti des nécessités mêmes de la procédure dans l'auditoire des cours de justice (*pleading*). Vous n'aviez pas de droit, si vous ne trouviez pas une action (*writ*) pour l'imposer. Et les actions ne furent inventées qu'à mesure qu'elles furent re-

quises. En 1570 il y en avait 70 variétés entre lesquelles le plaignant avait l'embarras du choix. Ce semble une idée bizarre qu'un droit n'existe que quand il trouve une action qui s'y adapte; mais c'est éminemment caractéristique de la mentalité anglaise. Parlant du droit médiéval d'Angleterre, Maitland observe que « les remèdes légaux, les voies d'attaque et de défense judiciaire » sont les matières de toute importance pour l'étudiant. Quand il en sera maître, la connaissance du fond du droit lui viendra d'elle-même seule. « Ce n'est pas la nature des droits, c'est la nature des actions qui doit être son thème ». Pour citer encore Wyclif : « les lois d'Angleterre n'ont qu'un petit nombre de principes et abandonnent le reste à la pondération des sages. » Un tel système se prête naturellement au développement de la méthode des précédents. Ce qui a été fait auparavant, doit être fait de nouveau. La question devient : « qu'avons-nous fait la dernière fois ? » et non pas : « que devons-nous faire cette fois-ci ? ». Et ainsi naquit en Angleterre....

« ...the lawless science of our law,
That codeless myriad of precedent,
That wilderness of single instances. »
(...la science sans loi de notre droit,
Cette myriade de précédents non codifiés,
Cette solitude des exemples individuels.)

Les deux grands systèmes de droit qui se partagent ainsi le monde civilisé, le système du droit codifié et le système du droit jurisprudentiel (Case Law), exemplifient les deux principaux types d'esprit : le type qui cherche le principe et le type qui procède d'après des précédents. Les deux méthodes sont le résultat de tempéraments profondément divergents. Formuler des principes avec exactitude et précision est une tâche particulièrement difficile. Il est beaucoup plus facile de faire appel à l'expérience antérieure. Par tempérament, l'Anglais s'est toujours méfié, et souvent à juste titre, dans les affaires pratiques, des apôtres des principes. S'il ne les traite pas franchement de jongleurs de mots, il les appelle plus poliment des « doctrinaires ». Il a trouvé que la vie ne se conforme à aucune théorie fixée et que les principes échouent toujours, parce qu'ils ne semblent jamais être appropriés au cas qu'il a à résoudre, et, dès lors, il préfère laisser de côté théorie et principes. La fille de Lord Salisbury, cet homme d'Etat anglais le plus typique, nous dit que son père, dans l'élaboration du droit, se méfiait des « conceptions larges » qui conduiraient « à sacrifier les réalités à la symétrie de théories chéries ». C'est aussi un Anglais qui s'est aventuré à parler de « nous autres Anglais » comme de gens « qui ne nettoient jamais leurs ardoises », et c'est un autre Anglais qui a défini le droit de l'Angleterre comme un « pêle-mêle impie ». Mais, dit Sir Frederick Pollock, « tout en étant des gens illogiques, dans l'ensemble nous nous en tirons assez bien avec nos anomalies. » « Je suppose » — pour citer encore Sir Frederick, car je suis sûr que cette phrase du livre délicieux « The Etchingam Letters » (les Lettres d'Etchingam) provient de sa plume — « je suppose que c'est le seul pays en Europe où une très large proportion des affaires importantes, à commencer par la Constitution, sont conduites en faisant exactement comme vous le voulez, mais en vous en parlant le moins possible ». « *Solvitur ambulando* » est la devise de l'Anglais, et il pourrait citer Sénèque pour justifier la voie qu'il a choisie —

« *longum iter est per precepta, breve et efficax per exempla* ». Par là, le droit d'Angleterre manifeste ce que Lord Westbury appelle « cette particularité de l'esprit anglais — l'amour du précédent, le goût de faire appel à l'autorité des exemples passés plus tôt que de s'abandonner au raisonnement abstrait. »

Tout cela répugne par tempérament aux disciples continentaux du « droit civil ». Pour eux ce sont les principes du droit qu'il importe de connaître. Le cas particulier doit être décidé, non pas en invoquant des décisions antérieures, mais en le classant logiquement sous la proposition générale qui est apte à s'y appliquer. Les principes du droit des délits civils, qui dans notre pays doivent être déduits d'innombrables séries de décisions, sont renfermés pour la France dans cinq courts articles du Code Civil. Ici la méthode logique et la méthode empirique se présentent dans leur contraste le plus extrême.

Mais laissez-moi ramener maintenant cette comparaison et ce contraste à des choses qui sont plus proches de nous. Ce sont, comme je l'ai dit, les systèmes juridiques de l'Angleterre et de l'Ecosse qui, pour la première fois, m'ont incité à réfléchir sur le présent sujet, et je crois pouvoir affirmer qu'on ne saurait trouver une meilleure illustration de la différence de perspective intellectuelle sur laquelle j'insiste, que celle qui est fournie par l'histoire du droit de l'Angleterre et celle de l'Ecosse. Dans les jours où l'Ecosse a commencé d'émerger de ses origines rudes et primitives, des raisons politiques aussi bien qu'économiques ont dirigé ses fils dans leurs recherches d'éducation et de culture vers le Continent d'Europe plutôt que vers sa frontière du Sud. L'ancienne alliance avec la France, des rapports commerciaux étroits avec les Pays-Bas et la renommée des Universités de l'Italie ont conduit à une migration constante de la jeunesse ambitieuse de l'Ecosse vers les grandes Ecoles de Droit de Paris, Utrecht, Leyde, Bologne et Padoue. Elle y trouva le « Droit Civil » à l'apogée de sa renaissance. Le système philosophique de jurisprudence enseigné dans ces grandes écoles continentales exerça une forte attirance sur les inclinations naturelles des étudiants écossais qui s'assimilèrent promptement les doctrines des maîtres célèbres du Droit Civil. Quand ils rentraient chez eux, pour pratiquer et appliquer le droit dans leur propre pays, ils y apportèrent avec eux non seulement beaucoup de la substance du Droit Civil pour suppléer aux lacunes de leur système natif, mais encore l'inspiration de ses principes. Il n'est pas sans signification que le Vicomte Stair, le père de la doctrine juridique écossaise, ait visité dans sa jeunesse à deux reprises la Hollande, et que ce soit en Hollande qu'il se soit réfugié en 1682, l'année après la publication de ses fameuses « *Institutions of the Law of Scotland* » (Institutions du Droit de l'Ecosse) et qu'il y ait trouvé une consolation à son exil dans l'atmosphère sympathique d'Utrecht et de Leyde. Comme preuve de l'esprit dans lequel il entreprenait sa tâche, je citerai une phrase de la dédicace des *Institutions* au Roi Charles II. Il se propose, dit-il, d'offrir aux regards du monde les lois de la nation écossaise « suivant une méthode claire, rationnelle et naturelle, dans laquelle, en premier lieu, la Justice Matérielle (le Droit Commun du Monde) est déduite de principes évidents en eux-mêmes » ; et il se vante du fait que « le poids nauséabond des citations y est, dans la mesure du possible, éliminé. » On a fort justement dit de « cette compréhensive vue d'ensemble des relations juridiques

communes à tous les systèmes » que « la recherche constante des principes, l'analyse philosophique et la parfaite connaissance technique ont donné, à une grande partie de son Traité, une vitalité et une envergure d'application qui sont — nous semble-t-il — sans exemple parmi les ouvrages du même genre ».

J'ai insisté aussi longuement sur la forme d'activité intellectuelle qui s'est manifestée dans l'évolution de chacune des deux grandes écoles de droit, parce que la prédilection, d'un côté, de l'esprit continental et écossais pour le système du droit codifié et la préférence, de l'autre côté, de l'esprit anglais pour le système du droit jurisprudentiel (*Case Law*) servent à mettre en relief les deux manières de penser dont ces systèmes sont les produits respectifs. Aller des principes aux cas d'espèces est la caractéristique de l'une des écoles; aller des cas d'espèces aux principes — ou peut-être de ne pas aller au delà de ces cas d'espèces — c'est ce qui caractérise l'autre.

Il est vrai qu'en Ecosse les tribunaux attachent maintenant presque autant d'importance aux précédents que le font les juridictions anglaises, car les bornes séparatives ont été ébranlées par de constants contacts; cependant, tard encore dans le XVIII^e siècle, Erskine, le second des auteurs de grandes descriptions synthétiques des institutions juridiques écossaises, était fondé à dire : « Les décisions, quoiqu'elles lient les parties en litiges, ne créent point d'obligation pour les juges de les suivre dans la même voie, si cela leur paraît contraire au droit. » Il s'empresse, cependant, d'ajouter que les décisions « sont fréquemment l'occasion de l'établissement d'usages qui, après avoir conquis par une durée une force accomplie suffisante, doivent, de par le consentement tacite de l'Etat, faire partie de notre droit non écrit ». La France a, dans le passé, résolument rejeté le principe du droit jurisprudentiel fait de cas (*Case Law*), mais il est à noter que, même dans ce pays, il y a eu dans ces dernières années une tendance à recourir à l'autorité des précédents, et, récemment, y a paru un volume d'arrêts de principe français recueillis par le Professeur Capitant, volume qui pourrait être considéré presque comme un *présage*. A ceux qui voudraient poursuivre l'étude de la philosophie des précédents, je ne saurais mieux faire que de recommander un article récent de M. le Professeur Goodhart sur « *Precedent in English and Continental Law* » (Le précédent dans le droit anglais et le droit continental) dans le numéro de janvier de *Law Quarterly Review* ⁽¹⁾. Une des critiques les plus aiguës qu'il adresse au système des précédents est qu'il n'a aucun titre à l'éloge qu'on lui accorde généralement, à savoir, qu'il permette au droit de profiter de l'expérience croissante; car, comme le dit fort justement l'éminent professeur, le premier précédent une fois créé, devient exclusif de l'expérience. C'est un cas où la liberté va non pas en s'élargissant, mais en se rétrécissant de précédent en précédent. Mais, pour vous rassurer, lisez donc aussi la réponse que M. le Professeur Goodhart a évoquée, pour ne pas dire provoquée, du professeur de la chaire *Vinarian* ⁽²⁾. Sir William Holdsworth n'admet aucune attaque

(1) Une traduction française de cet article a paru, sous le titre : *Le Précédent en Droit Anglais et Continental*, dans l'ANNUAIRE DE L'INSTITUT INTERNATIONAL DE PHILOSOPHIE DU DROIT ET DE SOCIOLOGIE JURIDIQUE POUR 1934-1935 (tome I^{er}). Note de l'éditeur.

(2) Chaire qui porte le nom de l'homme qui, au milieu du XVIII^e, avait légué à l'Université d'Oxford les sommes importantes destinées à en assurer indéfiniment le fonction-

contre la méthode anglaise; il prétend « qu'elle maintient le droit en contact avec la vie et empêche beaucoup de spéculations inutiles sur des problèmes d'école qui servent uniquement à illustrer l'ingéniosité de celui qui s'y livre. »

J'espère que je ne me suis pas laissé entraîner par l'inclination professionnelle à insister exagérément sur l'aspect juridique de ma thèse. Je suis, en effet, tenté de dire que, dans le passé, on a trop peu apprécié le droit comme une science « libérale », et trop peu reconnu sa place dans l'histoire intellectuelle et sociale par opposition à ses fonctions purement techniques. On commence peu à peu à avoir une vue plus claire de son intérêt humain, et pour moi, j'avoue que je trouve de plus en plus importante la contribution que peut apporter son étude à la discussion et la solution des problèmes du développement mental et social.

Quittant maintenant le droit, je vais poursuivre ma distinction entre l'esprit logique et l'esprit empirique sur d'autres terrains, et là encore je constate que la Tweed représente une frontière intellectuelle aussi bien que géographique. L'amour de la dialectique, dégénérant parfois — je le crains — en une attraction vers les argumentations, a pénétré dans les temps passés l'ensemble de la conception écossaise : la pensée religieuse comme la pensée philosophique et politique. On ne peut guère douter que cet esprit ait été fortement favorisé en Ecosse aux XVII^e et XVIII^e siècles par le système de religion qui y prévalait alors. Des polémiques religieuses furent pendant cette période la nourriture intellectuelle courante de l'esprit écossais. En écrivant ces lignes, il m'est arrivé de lire l'*Histoire de la Civilisation* de Buckle, et j'ai constaté qu'il a consacré une grande partie de son *Traité* à faire ce que je voulais faire. Je suis suffisamment imbu du respect du juriste pour l'autorité, pour être satisfait plutôt que déconcerté d'avoir été ainsi devancé par cet auteur — assez désagréable d'ailleurs; — ce n'est pas un juriste qui dira « *pereant male qui ante nos nostra dixerunt* ». Mais je pourrais bien me fermer tout titre à prétendre à l'originalité en citant une phrase ou deux de Buckle sur lesquelles je suis tombé en arrivant à ce point dans la préparation de mon exposé. « Une autre circonstance », dit-il. « qui agit sur le progrès intellectuel d'une nation est la méthode d'investigation qu'emploient habituellement ses hommes les plus capables. Cette méthode ne peut être que l'une des deux suivantes; elle est ou bien inductive ou déductive. Chacune d'elles appartient à une forme différente de civilisation et est toujours accompagnée d'un style différent de la pensée, en particulier à l'égard de la religion et de la science. Ces différences ont une importance si considérable que jusqu'à ce que leurs lois soient connues nous ne pouvons pas prétendre à comprendre l'histoire réelle des événements passés ». Et ensuite il continue, exactement comme j'étais en train de le faire, en cherchant un exemple de cette divergence de méthode dans l'histoire de l'Ecosse comparée à celle de l'Angleterre. Je me permets, cependant, de me séparer de lui quand il dit qu'en Ecosse les hommes gaspillaient leurs énergies en polémiques religieuses « sans le moindre profit ni pour eux-mêmes, ni pour les autres ». Tout en me félicitant de ne pas avoir vécu à cette époque,

nement, et qui eût en 1758 pour premier occupant le grand jurisconsulte Blackstone. Quelques-uns des maîtres les plus illustres de la science juridique anglaise et de l'histoire du droit, y ont enseigné avant le titulaire actuel, Sir William Holdsworth. — *Note du traducteur.*

je reconnais, au contraire, pour quelle large part l'intelligence robuste et musclée de l'Ecosse et son amour ardent de l'instruction sont dues à l'intérêt intense qu'avaient engendré les controverses religieuses. Je renvoie à cet égard à Dicey qui témoigne du fait que ce fût « la discussion populaire des problèmes théologiques en liaison avec les affaires de l'Eglise » qui, en se combinant avec le niveau d'éducation élevé atteint par les classes pauvres de l'Ecosse, « entretenait parmi les fermiers, les serviteurs agricoles et les artisans écossais une aptitude pour les affaires politiques qui était peu — ou peut-être pas du tout — cultivée chez les ouvriers agricoles des paroisses rurales ou les artisans des villes anglaises, tout au moins avant la Loi de Réforme de 1832 ».

Sans doute, la longue diatribe de Buckle contre la bigoterie de l'Eglise écossaise et contre ses sombres dénonciations de tout ce qui est heureux et beau, est excessive, comme c'est habituellement le cas, quand l'historien a un exemple ou une illustration à bâtir, mais la lecture de ces pages pénibles sert au moins à démontrer les résultats indésirables qui découlent de l'application de la méthode logique dans le domaine spirituel. J'ai montré comment le système rationnel du Droit Romain a exercé un attrait irrésistible sur l'esprit écossais, sans aucun doute pour le plus grand profit de la nation. Mais, quand le même instinct lui a fait demander, d'autre part, que la religion, elle aussi, soit logique, les résultats ont été loin d'être aussi profitables. Encore une fois, l'Ecossais s'est tourné vers le Continent et il a trouvé dans la théologie de Calvin un système qui semblait promettre la même précision et la même certitude en matière de religion que les civilistes avaient offertes dans le droit. D'où la théorie extraordinairement légaliste de la religion qui oppressa l'Ecosse pendant des générations. Les « Institutes » de Calvin, dont le titre même est une réminiscence de leur formation juridique, sont devenues le manuel de théologie des Ecossais, comme les « Institutes » de Justinien sont devenues le modèle de leur science juridique. Ainsi, trouvons-nous l'ensemble des relations entre Dieu et l'Homme conçu en termes de Palais de Justice. Dieu est essentiellement un juge et un législateur qui applique un code, doué d'un caractère de nécessité, auquel il est lui-même soumis. Prédestination et élection sont les fondations de l'édifice de Calvin. Adopté comme base de la Réforme Ecossaise, cet enseignement fut développé avec une logique implacable par un peuple qui, par sa nature, était prédisposé au formalisme juridique. La littérature religieuse de cette période n'est sans doute pas plaisante à lire, mais elle est instructive comme indication des extrémités auxquelles une logique impitoyable peut pousser l'esprit humain. Le Salut devient une transaction juridique et les expériences spirituelles de l'âme sont exprimées dans le langage de l'office de l'avoué (*attorney*). Conventions et obligations passées en forme juridique (*Covenants* et *Bonds*) deviennent le « véhicule » de la conviction et de la confession religieuses, et le fidèle doit souscrire à chaque article d'un code plus rigoureux qu'aucun de ceux qu'ait jamais connus le droit séculier. La nature humaine doit être enrégimentée par des règles inflexibles déduites de doctrines théologiques à prioristiques. Une telle conception du devoir et de la destinée de l'homme peut conduire à la formation de caractères énergiques, mais non à celle de caractères aimables, et ses fruits les moins heureux sont l'intolérance et la persécution. Les extrêmes se touchent; les doctrines de l'Eglise romaine, —

déduites de principes infaillibles par une scholastique à la recherche de la plénitude et adaptés à la conscience ecclésiastique du Continent comme le « Droit Civil » l'était à sa conception juridique, — ont trouvé leur contrepartie dans la rigueur des réformateurs écossais, dont l'esprit avait le même besoin impérieux d'infaillibilité et qui justifiaient les cruautés de leurs persécutions par le même raisonnement qu'invoquaient les Inquisiteurs.

Il serait, naturellement, injuste de diviser le monde des penseurs d'après des limites purement géographiques ou raciales. Il n'existe point de frontières d'une pareille exactitude dans le domaine intellectuel, et dans des périodes différentes et à des endroits différents l'un ou l'autre des deux prototypes peut prédominer. L'Angleterre a eu sa période puritaine à elle. Mais, s'il peut y avoir des réactions temporaires et des variations sporadiques, il n'en reste pas moins vrai que l'abîme mental entre les deux manières de penser est dû à une différence raciale profondément enracinée, quelle qu'en soit l'explication. La période puritaine en Angleterre a été une phase de la pensée anglaise au moment où un élément généralement subordonné devenait prédominant. Mais elle n'a pas duré, parce qu'elle n'était pas réellement anglaise. Même Milton — dans un langage qui rappelle presque celui d'un libre penseur de l'Islam, le poète Omar Khayyam — dit que ceux qui :

« ... reasoned high
Of Providence, Foreknowledge, Will and Fate
Fixed Fate, Free Will, Foreknowledge absolute
... found no end, in wandering mazes lost. »
(...raisonnent orgueilleusement
Sur la Providence, la Prescience, la Volonté et le Sort
Le Destin fixé, le Libre Arbitre, et la Prescience absolue
...N'ont point trouvé d'issue, en errant perdus dans le labyrinthe.)

Les éléments qui constituent l'esprit humain sont, sans doute, dans une large mesure, les mêmes dans le monde entier; mais les proportions dans lesquelles ces différents éléments existent chez les différents peuples varient et les différences raciales de la pensée sont dues au degré dans lequel ces divers éléments sont prédominants ou subordonnés.

De même que le « Common Law » est considéré comme le produit séculier le plus caractéristique de l'esprit anglais, l'Eglise d'Angleterre est son produit le plus caractéristique au point de vue religieux. Ce qui l'a fait regarder avec antipathie par les réformateurs logiques de l'Ecosse, c'est son esprit de compromis, que nous reconnaissons maintenant comme la source de sa plus grande force. « L'Eglise d'Angleterre », pour citer encore une fois les auteurs des *Etchingam Letters*, « est la moins dogmatique des églises dans toutes les choses qui, par une interprétation raisonnable, peuvent être considérées comme n'étant pas de l'essence d'une communauté chrétienne ». « En religion comme en politique, la souplesse britannique s'oppose à l'intransigeance romaine », dit André Maurois, à propos de la Conférence de Lambeth en 1930.

Mais je ne veux pas remuer plus longtemps ces cendres du passé. Il convient d'illustrer l'opération de l'esprit déductif dans d'autres domaines, peut-être moins sujets à controverse. Prenons, par exemple, la philosophie écossaise. Elle a reçu le surnom de philosophie du Bon Sens par une incompréhension populaire de l'*Enquiry into the Human Mind on the*

Principles of Common Sense (Recherche dans l'Esprit Humain des Principes du Bon Sens) de Reid, mais, en réalité, elle n'est en aucun sens une école pragmatique. La métaphysique de Hume et de Reid est essentiellement *a priori*, et c'est sur ce plan élevé qu'ils diffèrent d'opinion; car Reid attaque les conclusions sceptiques de Hume non pas par la réponse éminemment anglaise du Dr Johnson à Berkeley, mais par une technique rivale, basée sur la déduction de principes différents, dans lesquels, dans une certaine mesure, il a précédé Kant. Cependant, c'est peut-être en Economie Politique que la méthode déductive entre les mains d'Ecosais a atteint ses plus fameux résultats. La grande œuvre d'Adam Smith : « *The Wealth of Nations* » (la Richesse des Nations) est, essentiellement, un Traité déductif, c'est-à-dire qu'elle est basée sur certains principes fondamentaux que l'auteur prétend inhérents à la nature humaine. Il débute en développant — et illustrant par des exemples — ces principes avec une lucidité remarquable, et de ces principes il déduit l'économie de la société humaine. Dans quelle mesure a-t-il été influencé dans sa méthode par les trois ans de son séjour et ses études en France, il est difficile de le dire. Mais, si sa méthode est déductive, il n'y a pas de doute que son œuvre doit beaucoup de son succès à la variété extraordinaire des illustrations pratiques qu'il a tirées de l'histoire et du milieu dans lequel il vivait. Quoiqu'il ne se soit jamais livré lui-même au commerce, il a vécu dans l'intimité de marchands de Glasgow qui joignaient à de solides vues de doctrine économique de remarquables réussites en affaires. Je trouve dans l'essai de Walter Bagehot sur sa vie ce passage, qui cadre si bien avec mon thème que je dois le citer : « Probablement », dit-il, « c'est en conséquence de la ferme croyance en une théologie rigide et de la discussion incessante de ses doctrines techniques qu'il y a eu longtemps et qu'il y a encore dans le sud de l'Ecosse une tendance très forte et complètement inconnue en Angleterre à l'argumentation abstraite. Pendant plusieurs générations, les Anglais l'ont souvent tournée en dérision, et quelquefois l'ont gravement critiquée: M. Buckle a écrit à ce sujet la moitié d'un volume; Sydney Smith prétendait avoir entendu une jeune fille écossaise répondre dans un quadrille : « Mais, milord, ce que vous dites quant à l'amour in abstracto » et des choses de même genre... Cependant, en dépit de tout ce qui a été fait pour la ridiculiser et la combattre, la passion pour la doctrine est toujours forte dans l'Ecosse méridionale et il faudra beaucoup d'années pour la déraciner. « A Glasgow, au temps d'Adam Smith, elle avait indiscutablement une très grande influence ». M. Bagehot était visiblement de l'avis que la passion écossaise pour la doctrine était quelque chose à extirper; mais passons. Dans l'ensemble, la constatation qu'il fait est juste, et nous devons inclure la « Richesse des Nations » parmi les autres fruits que la méthode déductive de la pensée a produits.

Je pourrais ainsi continuer de tracer dans presque chacun des domaines de la vie nationale de l'Ecosse l'influence de cette attitude caractéristique de la pensée et de mettre en opposition ses produits avec ceux de l'esprit anglais. Mais il sera peut-être d'un intérêt plus pratique d'examiner dans quelles proportions les deux manières de penser entrent en jeu dans la pratique des affaires de notre temps et comment elles l'affectent. Il m'a semblé opportun d'utiliser — et sans doute d'exagérer — le contraste entre les mentalités du nord et du sud de la Tweed, pour mettre en relief la dif-

férence entre les deux types de pensée. Il ne s'agit naturellement pas d'une opposition entre tous les esprits anglais et tous les esprits écossais. Sans doute il y a — et il y a eu — beaucoup d'esprits déductifs en Angleterre et beaucoup d'esprits inductifs en Ecosse. La différence est quelque chose de beaucoup plus fondamental et moins localisé, et mon effort tend à montrer combien, dans l'ensemble de l'histoire de la pensée humaine, elle en a pénétré toutes les branches. D'ailleurs elle pénètre non seulement la pensée, mais aussi l'action.

J'en choisis un exemple dans l'une des régions où il semblerait au premier abord que l'on doive le moins s'attendre à le trouver. Il m'est fourni par un très beau livre qui a été publié sous le titre : *The Surrey Landscape* (Le Paysage de Surrey). Les auteurs décrivent un intéressant contraste entre l'ancienne « Voie du Pèlerin », qui serpente en beauté à travers le pays, et la route romaine qui le traverse en droite ligne avec une précision mathématique. « L'ancienne Voie du Pèlerin, disent-ils, s'est établie naturellement par l'usage, en suivant la ligne de moindre résistance d'agglomération en agglomération, tandis que la route romaine fut construite sur un plan établi d'avance. Cette remarque illustre la différence entre la façon latine et la façon non-latine d'aborder la vie. Le latin trace dans son esprit des plans en dominant la scène avec ses routes et ses cités, ses aqueducs et ses villas : plans à transporter, tels qu'il les a conçus, du papier sur le sol. Le non-latin, d'autre part, laisse son projet se développer lentement en conformité avec les traits naturels du paysage, et produit une mosaïque irrégulière de courbes qui s'harmonisent avec les collines, les forêts et les fleuves. »

Accueillant avec reconnaissance cette opportune parabole, je passe maintenant à l'examen de quelques-unes des manifestations des deux manières de penser que nous voyons se révéler dans le monde où nous vivons. Nous reconnaissons tous les deux types quand nous les rencontrons, quelle que soit leur provenance, et il n'est pas sans utilité pratique de savoir comment nous comporter à leur égard. Dans la vie publique, tout conseil et tout comité fournit des exemples des deux genres d'esprit. Combien souvent y rencontrons-nous le membre qui est « à cheval sur les principes » et qui insiste en discutant chaque question jusqu'au bout sur des lignes *a priori*, tandis que les autres membres, plus pratiques, essaient de trouver « un moyen d'en sortir ». Enfin quelqu'un a l'heureuse idée de proposer que, sans rien abandonner de ses principes, l'opposant, dans les circonstances particulières de l'espèce, fasse une concession, moyennant qu'il soit entendu expressément qu'elle ne constituera pas un précédent. Par là est trouvé le « moyen d'en sortir », et chacun a l'agréable illusion d'avoir abouti, d'une façon ou d'une autre, à faire une exception sans porter atteinte à la stabilité de sa position.

Il est, toutefois, des matières, de plus grave importance que la conduite de nos conseils d'administration et de nos comités, pour lesquelles il importe plus particulièrement d'étudier les tendances que font naître les deux manières de penser; car nous nous heurtons à elles dans chaque champ de la vie sociale et nous les rencontrons, non seulement dans les affaires domestiques de notre pays, mais aussi — et plus encore — dans les discussions internationales.

Dans le monde politique, il y a toujours eu et il y aura toujours deux parties. Quels que soient, à un moment donné, les noms choisis par les deux

écoles rivales de pensée pour se désigner elles-mêmes, la ligne réelle de distinction est toujours entre le conservateur et le progressiste. J'emploie ces termes non dans un sens de parti, mais comme l'indication, d'un côté, du type d'esprit qui vénère le passé, maintient le *statu quo*, et requiert la preuve la plus rigoureuse pour la nécessité de tout changement et, de l'autre côté, du type d'esprit qui n'a qu'un faible respect pour le passé, s'irrite contre le *statu quo* et est attiré vers le changement par le désir même du changement. Il y a, sans doute, des conservateurs progressistes qui reconnaissent que le meilleur moyen de conservation est une raisonnable mesure de réforme; et il y a aussi des réactionnaires extrémistes qui s'attachent à leurs principes avec une persistance de *diehard* longtemps après que l'expérience a démontré qu'ils sont plutôt une entrave qu'une aide au progrès. Le paradoxe du radicalisme conservateur d'Ecosse a été un des phénomènes politiques les plus remarquables du dernier siècle. Je m'abstiens de donner d'autres exemples; ils se présenteront d'eux-mêmes à vous. Mais il reste essentiellement vrai que le politicien se trouve inévitablement d'un côté ou de l'autre de la ligne de démarcation que je viens de tracer, selon la manière de penser dont il a hérité ou à laquelle il est enclin par tempérament. Je crois bien que « Inductifs » et « Déductifs » ne seraient pas des épithètes de partis très populaires ou ne fourniraient pas des mots d'ordre électoraux fort stimulateurs, mais ces dénominations seraient plus correctes que les désignations généralement adoptées. Le politicien inductif tend à soutenir un gouvernement aristocratique — ce qui veut dire, nous l'oublions trop facilement, gouvernement des « meilleurs » — car sa catégorie d'esprit a confiance dans la tradition et l'autorité. Il cherche la justification de ses croyances, non dans leur logique ou leur conformité avec quelques principes prédéterminés, mais dans l'expérience. Tout comme les partisans du « Common Law », il croit aux précédents. Le politicien déductif, de l'autre côté, tend à soutenir la démocratie. Il tourne en dérision le système de gouvernement héréditaire comme étant non-scientifique, il ne supporte qu'avec impatience les abus et les imperfections d'un temps présent illogique, et, ayant adopté certaines doctrines *a priori* sur l'égalité et la perfectibilité des hommes, il cherche à modeler les buts de la société sur ses théories. Encore une fois, mon analogie subsiste; il suit la voie des Civilistes et croit en des principes. Mais dans ce pays d'Angleterre, même les esprits les plus « radicaux » sont, à leur tour, sujets au *genius loci*. De même que l'Angleterre a préféré puiser son propre salut juridique dans son « Common Law »; de même dans sa politique tous les partis, même les plus avancés, ont eu soin de faire preuve d'un certain bon sens pratique et d'une répugnance à pousser les choses à leurs extrémités logiques. La Révolution Française fournit l'exemple le plus dramatique dans l'histoire de la logique appliquée au gouvernement — ou, au moins, le fournissait jusqu'à ce que la Russie nous en ait apporté un exemple plus moderne. Ces deux grandes expériences illustrent de la même façon le travail de l'esprit déductif. « Les lieux communs politiques en France », dit John Stuart Mill. « sont des maximes pratiques, larges et générales, dont on part, comme d'ultimes prémisses, pour raisonner sur les applications particulières, et c'est là ce qu'on y appelle être logique et conséquent. Par exemple, on y invoque perpétuellement comme argument que telle ou telle mesure devrait être adoptée, parce qu'elle est une conséquence du principe sur lequel la forme du gouvernement est fondée, du principe de la « légitimité » ou du

principe de la souveraineté du peuple ». Certains principes sont considérés comme axiomatiques, et ensuite tout le reste en découle.

On a dit que la politique de l'Angleterre, dans le siècle passé, a été dominée par le sentiment de répulsion provoqué par la leçon des choses donnée par la Révolution Française, peut-être plus encore par celle de 1848 que celle de 1789. Si les excès de nos voisins au delà de la Manche ont, sans doute, été utilisés pour mettre au point une morale politique, qu'ils n'ont point créée, ce ne sont point eux qui ont fait naître — quoi qu'ils aient pu le fortifier — l'instinct naturel qui pousse le peuple d'Angleterre à se méfier des théories nouvellement inventées et importées de l'étranger. Ceci a été rendu si admirablement par Lord Morley, à qui je suis également redevable de ma citation de Mill, que je dois transcrire ce passage en entier : « L'influence », dit-il, « de la France sur l'Angleterre depuis la Révolution de 1848 a tendu entièrement à discréditer chez nous la théorie abstraite et le raisonnement général, pour tout ce qui concerne la politique, la morale et la religion. C'est en 1848, et non en 1789, que les questions touchant à la structure fondamentale et la condition organique de l'union sociale sont venues, pour la première fois, à une prééminence formidable. Pour la première fois ces questions et leurs réponses ont été exprimées en formules arrêtées et en théories précises ». Ces « tentatives prématurées pour convertir une aspiration encore informe en réalité politique et fonder un ordre social nouveau sur un certain nombre de déductions intransigeantes de principes abstraits du bien-être général... ont eu l'effet naturel de rendre plus profonde l'aversion anglaise contre toute théorie générale, même quand cette théorie se présente comme n'annonçant qu'un objet lointain de désir et non un but présent d'effort immédiat. »

Je doute que nous apprécions suffisamment la façon totalement différente d'aborder chaque problème qui met la méthode d'approche continentale — et particulièrement celle des latins — en opposition avec ce qu'on peut appeler l'abord britannique. Il faut de l'imagination pour entrer dans la mentalité d'autrui et l'imagination n'est pas le côté fort de la race anglaise. « Le pouvoir de se figurer et de comprendre des types de caractère très différent du nôtre, n'est pas, à ce qu'il me semble, une qualité anglaise », dit Lecky dans son *Political Value of History* (La Valeur politique de l'Histoire). Je crois que l'impuissance de la multitude de conférences internationales de ces dernières années à réaliser des aspirations que nous déclarons tous nous être communes, est pour une large part due à l'incompatibilité des manières de penser de ceux qui y ont participé. C'est du moins l'opinion que je trouve exprimée par un des observateurs français les plus pénétrants, qui a l'avantage d'une compréhension sympathique — qu'il est rare de rencontrer à ce degré — du tempérament britannique. Dans *Mes Songes que voici* — livre d'où j'ai déjà tiré une citation — M. André Maurois, en des lignes d'une pénétration remarquable, nous confie comment il voit fonctionner les deux types d'esprit. « De Rome », dit-il, « et peut-être aussi d'une longue vie paysanne, la France tient le goût de l'exactitude des formules et des textes précis. L'Angleterre mène sa vie politique sans Constitution, rend la justice sans code et attend la paix de l'Europe d'expédients contradictoires et d'intuitions hardies. La France veut des chartes écrites et des garanties signées. L'Anglais tient pour dangereux de prétendre endiguer un univers aux crues imprévisibles. Le Fran-

çais croit aux plans, aux édifices symétriques, aux dessins fermes et bien construits. L'Anglais, s'il rencontre une résistance doctrinale, semble céder, puis revient à la charge dans une autre formation et reprend le terrain perdu. Obligé de concéder à un pays son indépendance, il reconnaît l'indépendance et maintient l'occupation. Un Français eût maintenu le principe aux risques de perdre le gage. De tels contrastes entre les idéologies nationales naissent les malentendus qui, depuis la guerre, ont rendu difficile la vie de l'Europe ».

Mes auditeurs attentifs auront observé que M. Maurois trouve, comme je l'ai fait moi-même, que c'est le même instinct qui s'exprime dans « la justice sans code » et qui anime l'esprit britannique quand il s'occupe des affaires internationales, de même que c'est l'héritage de Rome qui influence la France dans ses attitudes très différentes. Je me félicite encore une fois qu'un autre ait aussi excellemment fait ce que sans lui j'aurais dû faire en arrivant à ce point de mon exposé.

Le Professeur Graham Wallas a rassemblé pour nous, dans son *Art of Thought* (L'Art de la pensée) une intéressante anthologie de remarques anglaises et françaises sur les mentalités différentes du politicien anglais et français. Il se refuse à accepter l'attribution ordinaire de cette différence à la biologie raciale et déclare qu'à son avis elle est « principalement due à une différence de traditions intellectuelles, transmise en partie par l'éducation et en partie par des mots de passe politiques et des institutions juridiques et renforcée par les différences dans l'histoire politique et internationale des deux pays ». Je ne puis pas dire que je trouve cela très satisfaisant, mais je dois en rester là.

Jusqu'à présent, comme vous l'aurez remarqué, je me suis borné à l'exposition et à l'illustration par des exemples des deux manières de penser et je me suis scrupuleusement abstenu d'exprimer une opinion sur leurs mérites respectifs. Peut-être, serais-je sage de terminer sans le faire; mais il est difficile de résister à la tentation d'apprécier. Si nous devons juger par les résultats, par la pierre de touche qui consiste à constater quel est celui des deux genres d'esprit qui a obtenu la plus grande mesure de succès pratique dans l'art du gouvernement et a le plus contribué à développer le bien-être humain, je suis disposé à attribuer la palme à l'esprit inductif, tel qu'il trouve son exemple-type dans la race anglaise. Je parle comme un Ecossais, que les penchants nationaux et héréditaires pourraient rendre parfois enclin à critiquer quelque peu la manière de l'Anglais de traiter ses problèmes. L'esprit d'opportunisme et de compromis de l'Anglais peut parfois exaspérer son voisin logique de l'autre côté de la Tweed ou du Continent; mais nous lui devons la Magna Charta et l'Empire Britannique. Laissez-moi citer l'hommage que lui a rendu le général Alexandre, un des officiers de l'état-major de Joffre, qui pendant la grande guerre a éprouvé la difficulté de comprendre l'esprit anglais. Après avoir insisté sur l'habitude anglaise de se refuser à regarder en avant, de ne se préoccuper que des affaires de la journée courante, d'attendre jusqu'à ce que l'événement arrive pour y faire face, il conclut : « L'histoire de milliers d'années n'a-t-elle pas prouvé que cette façon de procéder a surmonté des échecs temporaires et a toujours conduit à des succès finaux ? »

Je me rappelle une conversation que j'ai eue jadis avec un diplomate continental éminent qui m'étonna en me déclarant que les Anglais étaient

la nation la plus révolutionnaire du monde; mais il ajouta ensuite que nous ne nous apercevons jamais que nos révolutions se produisent. Il y a du vrai là-dedans. A la différence des révolutions plus spectaculaires des autres nations, les nôtres ne se sont effectuées ni par des syllogismes ni par des mitrailleuses, mais s'opèrent par un processus graduel et presque imperceptible de changements et, pour cette raison, elles sont plus fondamentales et permanentes. C'est le mérite de notre Constitution, dont la caractéristique est d'être une Constitution non écrite, que de grandes transformations sociales peuvent être réalisées sans détruire la charpente de notre corps politique, et sans que nous nous rendions toujours pleinement compte de ce qui se produit, et sans que nous subissions les chocs que de tels changements apporteraient à une structure plus rigide. Une Constitution écrite oblige le révolutionnaire à regarder en face la logique de sa politique; une constitution non écrite lui permet de l'éviter. C'est encore là une source de force pour prévenir bien des conflits désastreux; mais c'est exaspérant pour le théoricien.

Tout compte fait, c'est dans la tolérance, la magnanimité, la promptitude à transiger et à assimiler, — dans le véritable illogisme, si vous voulez, — qui sont si caractéristiques de l'esprit anglais, qu'a toujours résidé le secret de l'influence et de la puissance de l'Angleterre; et c'est aussi ce qui, à l'heure actuelle, quand tout le reste du monde est agité par de nouvelles théories sur le gouvernement, de nouvelles théories sur l'économie, de nouvelles théories sur toutes choses, lui permet de garder une stabilité qui fait l'envie de toutes les autres nations.

Peut-être pourra-t-on dire que j'applique un critère d'excellence trop utilitaire. Peut-être pourra-t-on dire qu'une valeur morale plus élevée peut être attribuée à l'un des types d'esprit plutôt qu'à l'autre? Mon thème risquerait alors de prendre son essor jusqu'à la région de l'antinomie ultime entre la Raison et l'Autorité. De nos jours ces anciens adversaires s'affrontent encore une fois; mais chacun d'eux a un peu moins de confiance en lui-même qu'il n'était habitué à en avoir. Il est moins facile aujourd'hui d'être un rationaliste convaincu ou un « autoritaire » inflexible. Nous sommes tous un peu moins sûrs de notre base, un peu moins hautains dans l'assertion de nos dogmes. Quand nos hommes de science les plus éminents démontrent la relativité des lois que leurs prédécesseurs considéraient comme absolues, l'homme du commun peut bien se demander où il se trouve. Intellectuellement, les récents développements spectaculaires de la science ont, assez singulièrement, engendré chez leurs représentants une nouvelle humilité, tandis que les mandarins de l'autorité sont devenus plus modestes dans l'assertion de leurs croyances, étant donné que tant de leurs articles de foi ont été mis en pièces par le soulèvement du monde. Tout cela est de bon augure; car la véritable réponse au problème posé de la valeur comparative pour l'humanité des deux manières de penser, c'est : qu'il n'y a pas de réponse. Aucune méthode n'est moralement ou intellectuellement meilleure que l'autre. Toutes deux sont essentielles. A des moments différents et dans des lieux différents, chez une race ou chez une autre, tantôt l'une et tantôt l'autre des deux dispositions d'esprit vient à prédominer, en imprimant sa coloration et ses traits distincts à la pensée et à l'action, mais le monde a besoin des deux voies de la pensée. Chacune a sa contribution à apporter pour atteindre le point d'arrivée de toutes les justes voies de la pensée — la Vérité.

LES SOURCES DU DROIT ROMAIN ET DU COMMON LAW

Par W.-W. BUCKLAND et Arnold D. McNAIR

Professeurs à l'Université de Cambridge

Traduit par H. MANKIEWICZ,

Secrétaire général de l'Institut de Droit Comparé de Lyon

Comme préliminaire à l'étude des différences et ressemblances entre les conceptions qui sont à la base des deux grands systèmes de culture juridique que sont le Droit romain et le *common law*, il convient de dire quelques mots sur les voies par lesquelles les règles juridiques de l'un et de l'autre de ces systèmes sont venues à l'existence ⁽¹⁾.

I. — *Législation*. — Chez nous la législation a toujours pris la forme d'un acte du Roi, quoique pendant beaucoup de siècles la coopération des deux Chambres du Parlement ait été nécessaire, et que depuis deux siècles le veto royal n'ait pas été exercé en ce qui concerne la loi anglaise, de sorte que, sur ce terrain, on peut dire qu'il est tombé en désuétude. Mais, à Rome, le pouvoir législatif a changé de place par des voies beaucoup plus frappantes. Pendant la République il a été dans les mains d'Assemblées du peuple, qui n'étaient pas des corps représentatifs, comme notre Chambre des Communes, mais des corps où siégeaient et votaient tous les citoyens mâles. Il y avait plusieurs de ces assemblées et il n'est point nécessaire ici d'examiner la question controversée des rapports de chacune d'elles avec les autres et de leurs compétences respectives ⁽²⁾. Les diverses Assemblées étaient groupées de façons différentes et, alors que dans chaque groupe le vote avait lieu par tête, ce vote individuel déterminait seulement le vote du groupe, qui seul était le vote effectif dans l'Assemblée. Comme on pouvait s'y attendre, le pouvoir législatif a d'abord été entre les mains d'une Assemblée (*Comitia Centuriata*) dans laquelle le groupement était tel qu'il donnait une prédominance écrasante aux riches et aux nobles, mais il est passé finalement à l'Assemblée par tribus, organisée sur des lignes démocratiques. Mais la machinerie était fort différente de celle par laquelle un

(1) [Cette contribution est une traduction en français, publiée avec la bienveillante autorisation de l'éditeur anglais, du chapitre introductif du livre publié par ses auteurs : *Roman Law and Common Law. A Comparison in Outline*, 1936. Cambridge University Press.]

(2) Jolowicz. *Historical introduction to Roman Law*, ch. 5.

Acte du Parlement est produit. Il n'y avait rien comme un « *Privat Member's Bill* » (Proposition de loi émanant de l'initiative d'un membre) ; toute mesure avait à être proposée par le magistrat présidant l'Assemblée, lui-même magistrat élu. Il n'y avait pas place à amendement : la mesure devait être votée ou rejetée telle qu'elle se présentait. Le magistrat président lui-même n'avait pas les mains libres dans les temps anciens ; aucune mesure ne pouvait devenir loi sans « *auctoritas patrum* », un corps qui semble avoir été constitué par les membres patriciens du Sénat. Et, jusqu'aux mauvais temps de la fin de la République, toutes les mesures étaient préalablement examinées par le Sénat et soumises à l'Assemblée dans une forme que le Sénat avait approuvée⁽³⁾. Le Sénat n'était pas élu ; les vacances y étaient comblées par voie de nomination, d'abord par le Consul, plus tard par le Censeur.

A la fin de la République, quand la domination romaine couvrit une large aire, les Assemblées populaires du vieux type devinrent impraticables et de bonne heure, sous l'Empire, sans aucun acte législatif, mais par l'influence de l'Empereur, la législation passa au Sénat, qui alors était en réalité nommé par lui. Ses *Senatus consulta* marquent une transition graduelle des instructions aux magistrats, qui ont toujours été dans la compétence du Sénat, à la législation directe. Ici aussi les mesures étaient proposées par le magistrat président, qui était l'Empereur ou son représentant, de sorte que le Sénat n'a eu, même dès le début, qu'une très faible indépendance. Et quand, au second siècle, l'Empereur prétendit légiférer directement, les *senatus consulta* cessèrent immédiatement d'être utilisés ; désormais l'Empereur fut le seul législateur. Ainsi l'évolution du pouvoir législatif se produisit d'une législation populaire à la législation par le chef d'Etat, par une marche opposée à celle qui a jusqu'à présent été suivie chez nous, quoiqu'il faille reconnaître qu'aujourd'hui la tendance est que bien peu de projets ou propositions de lois (*bills*) puissent devenir loi sans avoir été préparés par l'exécutif et soumis ensuite à la législature.

En addition à ces méthodes, il a existé dans les derniers siècles de la République et dans le premier siècle de l'Empire une méthode de législation à laquelle le *common law* n'offre point de parallèle réel. L'administration était entre les mains de magistrats élus annuellement et les plus importants d'entre eux, Consuls, Prêteurs, Ediles, avaient le *jus edicendi*, c'est-à-dire le droit d'émettre des proclamations des principes d'après lesquels ils entendaient administrer. Pour la majeure partie, celles-ci semblent ne pas avoir été autre chose que des déclarations d'ordre policier, mais celles du Prêteur sont devenues beaucoup plus. Le Prêteur urbain avait la charge de l'administration de la justice. Toute la litigation ordinaire venait d'abord devant lui et la question litigieuse à faire trancher était tracée et définie sous sa surveillance, quoique le jugement effectif eut lieu devant un *judex*, qui n'était pas un juriste professionnel, mais un simple particulier, de la classe la plus riche, aidé par des professionnels du droit. A un moment donné, dans le second siècle avant J. C. une loi, la loi Aebutia, autorisa un système plus élastique que la *legis actio* jusque là en vigueur⁽⁴⁾. La nou-

(3) Jolowicz. *Op. cit.*, pp. 30, 31.

(4) Il est probable que la formule était déjà en usage pour quelques applications particulières avant cet acte législatif. (Jolowicz, *op. cit.*, pp. 223 et s.)

velle méthode d'action judiciaire, par *formulae*, demandait explication, et l'Edit du Préteur prit grande importance comme l'agence par laquelle cette explication était donnée. Le pouvoir de modeler la procédure et les formes d'action par le moyen de l'Edit entraînait inévitablement avec lui beaucoup de pouvoir d'action sur le droit lui-même, bien qu'il n'y ait pas de raison de supposer que ce pouvoir ait été originairement envisagé. Quoiqu'il en puisse être — ce peut n'avoir été qu'une usurpation tolérée de pouvoir — le Préteur a commencé à donner des actions quand le droit civil (*jus civile*) n'en avait point accordé et des défenses (exceptions) que le droit civil n'avait pas reconnues, de façon à créer une grande masse de droit nouveau. L'édit n'était valable que pour un an ; mais il était en fait renouvelé d'année en année par les Préteurs successifs, avec seulement les changements que suggérait l'expérience. C'était ainsi un mode approprié de législation expérimentale. Une bonne règle survivait ; une mauvaise disparaissait ou était modifiée. Les tendances à changement se produisaient naturellement dans la direction de l'équité et ainsi il est devenu courant de parler du droit prétorien comme de l'Equité romaine. Et, en dehors de la tendance équitable générale de ses innovations, le préteur, comme le Chancelier anglais, respecta le droit antérieur : il n'écarta pas le droit civil (*jus civile*) ; mais l'enveloppa.

Une autre similitude avec le droit anglais est encore ici à noter. Les notions fondamentales, le schéma général du droit romain doivent être cherchés dans le *jus civile*, un ensemble de principes graduellement développés par une jurisprudence s'étendant sur nombre de siècles, avec peu d'intervention d'un corps législatif. L'Edit est une collection d'ordonnances émises par le préteur, en vertu de son *imperium*, qui tout en respectant en la forme le *jus civile* (car le Préteur ne pouvait pas le modifier) pratiquement changeait sa signification sur nombre de points où les conditions du temps réclamaient cette modification. On ne peut guère dire que l'Edit ait exprimé aucun principe général ; même dans sa dernière forme, en tant que mis en ordre (*ordinatum*) par Julien, il est demeuré un ensemble de règles sporadiques (on pourrait dire cahotiques) ⁽⁵⁾, un simple appendice au *jus civile*. Ceci peut aussi bien être dit de l'Equité anglaise, quoique dans le XIX^e siècle elle soit devenue beaucoup plus systématisée que ne l'a jamais été l'Edit romain. Il suffira à cet égard de citer quelques mots de Maitland ⁽⁶⁾ :

« L'Equité n'est pas un système qui se suffise à lui-même et à chaque point il présuppose l'existence du *Common Law*... Si la législature émettait un acte législatif succinct disant : « L'Equité est par le présent acte abolie »... notre droit apparaîtrait à certains comme barbare..., mais les droits élémentaires resteraient encore décemment protégés... Mais, d'autre part, si la législature disait : « Le *Common Law* est aboli par le présent acte », cette ordonnance signifierait anarchie. Car chaque point de l'Equité est une collection d'appendices (au *Common Law*), entre lesquels il n'y a pas vraiment de connexion étroite ».

Tout ceci aurait pu être dit, *mutatis mutandis*, de l'Edit du Préteur. Il serait difficile de trouver une meilleure définition des fonctions de

(5) Biondi. *Prospettive Romanistiche*, p. 40.

(6) *Equity*, p. 19.

l'Équité anglaise que ces mots de Papinien (D. 1. 1. 7. 1.) : *Jus praetorium est quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam* ». Et, de même que la personnalité du Préteur semble avoir exercé une influence considérable sur l'Edit pendant la durée de sa magistrature, au moins pour les temps anciens, nous pouvons dire que la personnalité du Chancelier qui, pendant longtemps a été le seul juge, et jusqu'au XIX^e siècle le juge dominant en Équité, a été un puissant facteur dans le développement de l'Équité.

Une partie de l'Edit, toutefois, n'a rien de particulièrement équitable en soi, et une grande partie du développement du droit romain dans le sens de l'équité ne doit rien à l'Edit. Et l'Edit diffère de l'Équité à divers égards. Il n'a pas été administré par un tribunal séparé, semblable à la Cour du Chancelier ou une cour agissant en vertu d'une capacité spéciale, comme l'Echiquier. Une action prétorienne était formulée devant le Préteur et jugée par un *judex* pareillement à une action du *jus civile*. Et les champs où se sont exercées les activités de l'Edit du Préteur et de l'Équité anglaise sont très différents. Le Préteur n'a jamais développé le concept du *trust*, qui est probablement le plus important produit de l'Équité ; mais il a révolutionné le droit des successions ab intestat, auquel le Chancelier n'a jamais touché. Il n'a jamais été question pour le Préteur du principe que « l'Équité agit *in personam* » ; il a créé à la fois des actions *in rem* et des actions *in personam*. Il n'y a eu rien dans le droit prétorien qui corresponde au *writ of Subpoena*. Il a eu des moyens de faire pression sur les parties, mais il les a appliqués aux actions civiles aussi bien qu'aux actions prétoiriennes. Et ses règles ne se sont pas établies, comme celles de l'Équité, par la cristallisation graduelle d'une série de cas jugés, mais par des actes définis de législation quoique cette législation ait été d'une espèce particulière. En fait, l'Edit prétorien est beaucoup plus semblable à une série de statuts réformateurs qu'à l'Équité, telle qu'elle a été conçue dans les pays de *Common Law*. Beaucoup de la réforme législative est équitable en quel que sens.

Un parallèle entre le Préteur et le Chancelier peut encore être tiré à un autre point de vue. De même que le Préteur a introduit par son Edit de nouvelles actions, de même, dans les anciens temps de notre système des *brefs* ou *writs*, et avant la croissance du pouvoir parlementaire aux treizième et quatorzième siècles, le Chancelier, à raison de son contrôle, comme chef du secrétariat, sur la délivrance des *writs* originaux, a eu un pouvoir quasi législatif de développement du *common law*. Pour citer Pollock et Maitland (7) : « une nouvelle forme d'action a pu être aisément créée. Quelques mots dits par le Chancelier à ses clercs : « des writs tels que ceux-ci devront dans l'avenir être émis comme de style » devaient être aussi efficaces que la plus solennelle législation (8).

II. — *Case Law* (Droit judiciaire. Jurisprudence au sens français actuel du mot). — Les Romains n'ont point eu en principe de *case law* : la décision d'une Cour ne faisait point un précédent obligatoire pour le cas où le point de droit qu'elle tranchait se poserait de nouveau. C'était inévi-

(7) *History of English Law before the Time of Edward I*, I, p. 171.

(8) Voir aussi Holdsworth, *History of English Law*, I, pp. 397, 398 « writ, remède et droit sont termes corrélatifs »

table. Dans un système où le *judex* n'était pas un juriste, mais un particulier, pas beaucoup plus qu'un arbitre, il était impossible pour son jugement de lier les juges à venir. Il est vrai qu'habituellement il agissait avec l'avis de conseillers juridiques, mais cela ne suffisait pas; car rendre ses décisions obligatoires pour d'autres, aurait été donner, dans ces limites, un pouvoir législatif à des groupes indéterminés de conseillers irresponsables⁽⁹⁾. Ceci ne pouvait toutefois plus s'appliquer avec la même force dans la Rome des temps plus récents où, en principe, les cas étaient jugés par le magistrat lui-même, qui était souvent un juriste distingué et où, quand ils étaient, comme ils pouvaient l'être, délégués pour jugement à un *judex datus*, celui-ci était généralement un juriste choisi parmi ceux pratiquant dans la Cour⁽¹⁰⁾.

Mais il n'est pas surprenant qu'il n'ait point été réalisé une innovation telle que donner à leurs jugements la force de précédents. Les empereurs des derniers temps étaient des autocrates, peu disposés à accorder aux juristes ce qui aurait été pratiquement un pouvoir législatif.

On dit parfois, et c'est littéralement vrai, que les décisions rendues par l'Empereur constituaient une exception. Ses *decreta* étaient des précédents doués de force obligatoire, au moins s'ils avaient eu en vue d'avoir ce caractère⁽¹¹⁾. Ceci toutefois n'est pas réellement l'introduction d'une idée nouvelle dans le droit. L'empereur était un législateur aux mains libres et il pouvait établir la loi par toute voie qu'il jugeait appropriée. Qu'il tranchât un point de droit par une disposition générale ou au cours de l'audition d'un procès, ce qu'il disait était la loi.

Quoi qu'il y ait dans nos recueils d'arrêts anglais des « cas » qui ont ouvertement opéré rupture avec le droit préexistant et introduit des principes absolument nouveaux⁽¹²⁾, en général chaque décision n'a été qu'un pas en avant dans une voie déjà marquée. Mais les *Décrets* de l'empereur n'étaient pas soumis à pareille limitation. Nous avons des restes de quelques collections de *Decreta*⁽¹³⁾ d'où il ressort que l'Empereur établissait souvent ce qu'il pensait être une règle salubre sans référence à des relations avec le droit antérieur⁽¹⁴⁾. En fait, la façon usuelle d'exposer l'autorité des *décisions* impériales met l'accent hors de place. Nous devons dire, non pas que les décisions judiciaires avaient force obligatoire de précédents quand elles étaient rendues par l'Empereur, mais que ce que l'Empereur posait comme loi était loi, même si c'était simplement dans une décision judiciaire.

Quoique nous n'ayons pas beaucoup d'information sur la matière venant de sources juridiques, il est clair que, quoique les décisions ne fus-

(9) Sur le *consilium* du *judex*, Wenger, *Römische Zivilprozessrecht*, pp. 29, 194.

(10) Bethman-Hollweg, *Civilprozess*. III, p. 121 et s.

(11) Gaius, 1, 5; Digeste 1, 4, 1; Buckland, *Text-book*, p. 18.

(12) Par exemple, relativement à la *restraint on anticipation* [clause de testaments ou d'arrangements de famille en vue de mariage interdisant à la femme d'aliéner par anticipation pendant le mariage les biens réservés pour son usage séparé]. Voir *Parker v. White* (1805) 11 Wesey 209, 211; *Jackson v. Hobhouse* (1817) 2. Mer. à la page 487; Cf. Hart. 40 *Law Quarterly Review* (1924) pp. 221 et s.

(13) Lenel, *Palingenesia*, I, 159.

(14) Dans Buckland, *Equity in Roman Law*, pp. 11 et s., on trouvera des décisions non-annoncées ou appuyées par le droit antérieur, et il y en a beaucoup d'autres.

sent point des précédents obligatoires, un courant de décisions dans le même sens influençait en fait les juges ⁽¹⁵⁾. Mais c'est là une affaire bien différente. Ce n'est pas autre chose que la preuve d'une opinion générale des experts sur ce qui est le droit quant aux points en question. C'est exactement ce qui arrive, par exemple en France, où notre doctrine du « *case-law* » est rejetée et est appelée « la superstition du cas », mais où la « jurisprudence », c'est-à-dire le courant des décisions d'un ou plusieurs tribunaux sur le point de droit en jeu est constamment cité à l'appui d'un argument. On ne doit pas toutefois supposer que le *case-law* est chose inséparable du *common law* et inconcevable dans les autres systèmes juridiques. Si les pays de droit romain n'en ont point adopté le principe, c'est qu'ils jugeaient qu'il est un mauvais principe. Nous n'avons pas ici à examiner ce qui a autorité obligatoire dans un « cas », quelque intéressante que soit la question ⁽¹⁶⁾; mais nous observerons seulement que quelque part de la désapprobation qui est exprimée par les juristes étrangers est probablement due à quelque part d'incompréhension de sa nature. D'autre part le *common law* n'a pas toujours admis ce principe. La doctrine du précédent n'apparaît pas dans les *Year Books*. Pendant la période couverte par eux la tendance à se référer aux décisions antérieures a grandi, quoique sans aucune précision de citation et souvent de mémoire. Et il semble que ce ne soit qu'en un temps, qui par rapport à l'histoire générale de la nation est un temps récent que le principe s'est établi avec quelque précision ou rigueur. Et même, dans des pays où prévaut le *common law*, comme la plus grande partie des Etats-Unis d'Amérique, les conditions locales ont conduit à un certain discrédit de la notion du précédent, ou au moins à une liberté dans la façon de le traiter plus grande que celle qui est admise dans les Cours britanniques. En dehors des cours de l'Etat, il y a des cours fédérales, et il y a aussi les cours des autres Etats, dont les décisions, quoique sans avoir une « autorité liante » ont, au moins, une « autorité persuasive » ⁽¹⁷⁾. Cela a conduit aux Etats-Unis à l'existence d'une énorme masse non ordonnée de « case law », dont les éléments sont souvent en conflit; et les juristes américains semblent en être arrivés à penser plutôt en termes de « courant de décisions judiciaires », de « jurisprudence », comme les juristes français et allemands, quoique, en principe, aux Etats-Unis comme en Angleterre, la décision ait force liante pour les cas à venir.

Le fait que les Romains n'ont point eu de *case law* n'implique point que leur méthode ait été moins casuistique que la nôtre. Si nous pouvons en juger par ce qui a été conservé de leur œuvre, il était inusuel pour un juriste Romain, sauf dans les livres élémentaires, d'entrer dans un exposé général abstrait du droit sur une matière : il présentait presque toujours cette matière comme un cas concret. La principale différence est que chez nous le « cas » s'est présenté dans un litige effectif où il a été « résolu » par la Cour, tandis que chez les Romains il s'agissait d'un « cas » qui avait été « discuté » dans les cabinets des juristes et pouvait être entièrement imaginaire. Dans les grandes périodes formatives, ni les juristes romains

(15) Voir Allen, *Law in the Making*, 2^e édition, pp. 111, 112, sur les preuves fournies par Cicéron et d'autres.

(16) Voir Goodhart, *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, pp. 1 et s.

(17) Allen, *Law in the Making*, 2^e éd., pp. 130-153.

ni les nôtres n'ont été de grands théoriciens; ils ont rarement mis en jeu les premiers principes. Les uns et les autres ont tiré argument de cas plus ou moins semblables pour le cas qui était en discussion et de là sont graduellement sorties des « règles » ⁽¹⁸⁾, qui parfois ont trouvé expression dans une *Regula* ⁽¹⁹⁾ élégamment polie. Mais cette *Regula* n'est pas un principe premier : on nous a fait savoir que nous ne devons pas tirer notre droit d'une *Regula* et que celle-ci n'est qu'une tentative pour exposer une règle qui se déduit des cas jugés ⁽²⁰⁾. Il est vrai que Justinien a dit aux juges qu'ils devaient juger, non pas d'après les précédents, mais d'après les lois (*leges*) ⁽²¹⁾; mais il avait spécialement dans l'esprit la législation impériale : il est évident que le *common law* romain a été bâti comme celui de l'Angleterre, en tirant argument de cas à d'autres cas, avec cette différence toutefois que nos cas ont été « décidés » judiciairement, et que les leurs sont des cas qui n'ont été que « discutés », plus ouverts dès lors à contestation. Il y existe bien des principes sous-jacents et qui parfois viennent à la surface; mais c'est aux Romanistes des temps modernes qu'a été laissée la tâche de les mettre en œuvre, et il n'est pas surprenant que, en les énonçant pour les fins du droit romain moderne, ils soient souvent arrivés à des principes qui n'étaient du droit romain. Rien n'est plus dissimblable que la méthode de Papinien et celle que Windscheid a suivie dans sa grande œuvre. La « *Willenstheorie* », qui pénètre toute sa Partie Générale (ceci est beaucoup moins sensible dans le traitement détaillé des diverses parties du droit) n'est pas du tout romaine. Elle vient de Kant, qui avertit expressément ses lecteurs qu'il n'expose aucun système actuel de droit ⁽²²⁾. Même les Byzantins, quoiqu'ils parlent plus volontiers de *voluntas* que les juristes romains, n'ont rien sur lequel la « théorie de la volonté » puisse être raisonnablement basée.

III. — *Les écrits juridiques. (La Doctrine).* — Un corollaire de l'absence d'autorité des cas jugés dans le droit romain a été une beaucoup plus grande autorité que chez nous pour les opinions des juristes renommés. Nos cours anglaises ne vont pas sans doute jusqu'à refuser toute aide dans un cas difficile des écrits d'un auteur qui est connu comme ayant, ou ayant eu, une connaissance approfondie de la matière en question; mais le recours à ce genre d'écrits n'est pas fréquent et il intervient toujours avec une claire reconnaissance du fait que quelque saines que puissent être les propositions de l'auteur, elles ne peuvent avoir « aucune autorité » ⁽²³⁾. Il

(18) [Le mot anglais *rule* traduit par « règle », faute d'équivalent français, désigne quelque chose de fort différent, et de beaucoup plus étroit et précis, que la notion française de « règle de droit ». C'est le règlement définitif donné par voie de décision judiciaire à une question ou un point de droit nettement défini. On dit volontiers : la règle du cas un tel.]

(19) [Règle de droit au sens français du mot.]

(20) Digeste, 50, 17, 1. Cf. Lord Esher, Maître des Rôles, dans *Yarmouth v. France* (1887) 19 Q. B. D., à la page 653 : « Je déteste la tentative d'enchaîner le droit par des maximes. Elles sont presque toujours invariablement de nature à causer des méprises, elles sont pour la plupart si larges et si générales qu'elles englobent toujours des choses qu'en réalité on n'a pas voulu y comprendre ».

(21) Code de Justinien, 7, 45, 13.

(22) *Philosophy of Law*, traduction Hastie, p. 44.

(23) Allen, *Law in the Making*, pp. 162-165, a fait remarquer que dans deux branches de notre droit — la Propriété Réelle et le Conflit des lois — nos cours ont été plus disposées à se reporter aux œuvres des auteurs et à leur attribuer une importance considérable.

est vrai que quelques anciens écrivains, comme Bracton et Littleton sont traités différemment. Mais ces livres sont employés un peu comme Gaius était employé par les étudiants du droit romain. Ce qu'on trouve dans leurs livres n'a pas autorité à cause de ce qu'ils disent, mais à cause de ce qui y est rapporté (*recorded*) : c'est souvent la principale source de notre connaissance de l'ancien droit. C'est beaucoup parce que le cas jugé fait autorité que l'écrivain ne le fait pas; et il n'est pas complètement sans signification qu'aux Etats-Unis, où le système du précédent donne quelques signes de rupture, l'autorité des écrits juridiques soit beaucoup plus grande qu'elle ne l'est chez nous. Les œuvres des grands juristes et les articles des périodiques légaux y sont fréquemment cités, non pas sans doute comme autorités douées d'une force obligatoire, mais comme comportant un grand poids. Dans nos cours anglaises ceci est rare, sauf quand la Cour a l'occasion de s'enquérir sur quelque autre système de droit. Un autre facteur a beaucoup fait pour une plus grande reconnaissance de la littérature juridique aux Etats-Unis. Les assemblées représentatives modernes semblent portées à regarder la législation comme leur tâche primordiale. Il y a un grand nombre de corps législatifs aux Etats-Unis et on a calculé qu'ils avaient produit dans le présent siècle plus de Statuts qu'il n'en avait été édicté dans toutes les législatures du monde connu dans toute l'histoire antérieure. Il semble que dans quelques Etats les cours montrent une tendance à traiter cette masse de législation avec quelque liberté, quoiqu'il importe de distinguer entre les matières entièrement réglementées par les Statuts ou Actes législatifs, comme l'adoption, et celles où les législatures n'ont visé qu'à amender le *common law* dans ses détails ou à le clarifier. Mais là où le *case law* et où le droit législatif (*statute law*) sont l'un et l'autre traités avec négligence, il est vraisemblable que les auteurs de livres de droit sont appelés à avoir plus d'influence.

L'attitude romaine a été fort différente de la nôtre. Il n'est pas besoin d'examiner attentivement l'*interpretatio* de l'ancien droit. Les pontifes qui, par d'ingénieuses distorsions du texte, — ou de ce qui passait pour le texte — d'anciennes lois, ont introduit de nouvelles règles, et même de nouvelles institutions dans la loi, étaient des magistrats et leur action était, en fait, quoique non dans la forme, une législation déléguée, en principe non dissemblable de celle du Préteur quoique, d'une part, moins compréhensive, et, d'autre part, affectant directement le droit civil ⁽²⁴⁾. Quand, au milieu de l'époque républicaine, la « loi » passa aux mains de juristes laïques, quelque chose de ce pouvoir, quoique sans autorité formelle, passa entre leurs mains. Mais très vite l'Etat commença à devenir l'agence la plus appropriée pour la réforme du droit, et ce fut principalement par des suggestions au Préteur que les juristes amenèrent des changements dans le droit. Mais il y a des cas de plus directe influence. Tel le cas d'Antistius Labeo, qui établit d'une manière définie la validité du codicille, c'est-à-dire, au sens romain du mot, des écrits sans forme par lesquels les dispositions d'un testament pouvaient être modifiées, ou même sans aucun testament, l'attribution de la propriété pouvait être déterminée ⁽²⁵⁾.

(24) Sur la vieille *interpretatio*, Jolowicz, *op. cit.*, pp. 85 et s.

(25) Sur les règles et l'histoire du codicille : Buckland, *Textbook*, p. 360. Un intéressant parallèle est fourni par les circonstances dans lesquelles (voir Hart dans 40 *Law Quarterly Review* (1924) pp. 221-226) Lord Thurlow inventa la *restraint on anticipation* de la femme mariée. (Voir la note 12 de cette contribution).

Il semble aussi que les contrats commerciaux purement consensuels de vente, de louage, etc., dont l'histoire ancienne est obscure, ont dû leur reconnaissance aux juristes de la fin de la République. Mais en tout ceci il n'y a point de suggestion d'aucune autorité formelle. Auguste apporta un changement en introduisant le *jus respondendi*, en vertu duquel quelques — probablement en petit nombre — juristes privilégiés purent donner des *responsa*, scellés sous l'autorité de l'Empereur, et Hadrien rendit ces *responsa* obligatoires si elles étaient toutes d'accord. Nous ne pouvons pas entrer dans l'histoire de ces *responsa*. Il n'est guère de point dans cette histoire qui ne soit vivement controversé ⁽²⁶⁾. Aucun texte de l'âge classique, qui ait survécu indépendamment de Justinien en quelque chose de semblable à sa forme originale, ne parle jamais d'un point de droit qui ait été réglé de façon définie par un *responsum*, et il est possible qu'on ait surestimé l'importance qu'ils ont eu comme sources de la loi dans leur propre temps. En dehors de ceci, la meilleure vue semble être que, malgré quelque négligence dans le langage de Gaius ⁽²⁷⁾ qui peut avoir été corrompu les écrits des juristes en tant que tels n'avaient pas autorité. Sans doute ils pouvaient être cités, mais ils ne liaient pas la Cour et ils présentaient d'autant moins d'importance qu'il était possible de recourir aux juristes eux-mêmes pour conseiller les *oratores* qui s'adressaient à la Cour.

Si nous passons au temps de Justinien nous trouvons encore que les écrits des juristes n'ont pas une valeur d'autorité. Il est vrai que la principale source du droit au temps de Justinien, le Digeste est fait de fragments d'écrits juridiques et que ces écrits sont déclarés être choisis parmi les écrits de juristes qui ont eu quelque sorte d'autorité. Mais l'autorité des textes dans le Digeste est due, non pas à ce qu'ils ont été écrits par des juristes, mais à ce qu'ils ont été incorporés dans le Digeste et fait loi par la promulgation. Il a pris grand soin de nous le dire à diverses reprises et prémunir son peuple contre la tentation d'user comme autorités d'écrits qui ne sont pas dans son livre ou sous une forme différente de celle où ils s'y trouvent ⁽²⁸⁾. Quant aux auteurs contemporains, il va plus loin. Il ne dit pas que leurs écrits ne doivent pas avoir d'autorité, mais qu'il n'y aura aucun écrit de ce genre; car il interdit tout commentaire sur sa législation ⁽²⁹⁾, et il est difficile d'imaginer un écrit juridique pratique qui n'aurait pas été un commentaire de ce genre. Naturellement il ne s'en suivait pas qu'il put empêcher d'écrire des commentaires ou d'user de matériaux qui n'étaient pas dans son canon; mais ces écrits et citations n'avaient aucune autorité. La question qui, dès lors, nous reste à examiner, est l'état de choses qui a existé dans les temps post-classiques, quand il n'y avait plus de *responsa*, ni non plus de grands juristes, et avant la législation de Justinien. Ici aussi il y a une distinction à tracer. Après la loi des citations de l'an 426 ⁽³⁰⁾ il est entièrement clair que les écrits juridiques ont eu autorité et quelle a été l'étendue de leur autorité. Mais, pour le quatrième

(26) Sur ces controverses : Girard. *Manuel*, 8^e édition, p. 76. Buckland, *Textbook*, pp. 22; Jolowicz, *op. cit.*, p. 365.

(27) Gaius, 1, 7.

(28) Constitution *Deo auctore* [C. 1. 17. 1] 7; Constitution *Tanta*, [1. 17. 2] 19.

(29) Constitution *Deo auctore* 12 et *Tanta* 21.

(30) Code Théodosien 1. 4. 3.

siècle de notre ère, les choses sont réellement fort obscures. Tout ce que nous savons c'est qu'il y eu sous Constantin une mesure législative, une constitution déclarant que certaines notes de Paul et Ulpien sur Papinien étaient « abolies », ce qui signifiait sans doute qu'elles ne pourraient plus être citées, et une autre déclarant que les œuvres de Paul, y compris ses *Sententiae*, étaient confirmées dans leur *recepta auctoritas* ⁽³¹⁾, et qu'il nous est parlé par Justinien d'une disposition législative excluant les notes de Marcien sur Papinien ⁽³²⁾. Il peut y avoir eu une législation plus ancienne; mais les mots *recepta auctoritas* suggèrent plutôt que les écrits des grands juristes du passé avaient acquis une autorité *de facto* dans les tribunaux, quoiqu'il ne soit pas possible de dire combien grande était cette autorité. Il ne se peut guère qu'une sentence d'un livre d'un de ces hommes ait lié la cour, mais il se peut que la règle édictée par Hadrien pour les *responsa* donnés à l'occasion d'un même procès ait été appliquée et que les *responsa* aient lié la cour quand ils n'étaient contredits par aucun autre écrit. En présence des innombrables conflits, dont nous avons tant de traces, cela ne signifiait pas beaucoup plus que ceci : à savoir qu'ils pouvaient être cités. Finalement l'autorité des jurisconsultes romains semble avoir été quelque chose de semblable à celle des spécialistes du Droit International jusqu'à des temps récents. En l'absence de toute preuve d'une législation limitatrice, il n'est pas invraisemblable que les jurisconsultes contemporains, les hommes de l'époque post-classique en général, soient venus à être cités, et que ce soit parce que cette masse de matière, au cinquième siècle, était devenue désordonnée, qu'elle ait été émondée par la Loi des Citations, qui a ramené à la littérature classique. Car il ressort avec évidence de ses termes qu'elle n'a pas éliminé beaucoup de littérature classique d'importance. Mais ceci, toutefois, n'est guère que de la conjecture.

Avant d'abandonner la question de la contribution apportée par les *responsa* au développement du droit romain, nous devons noter la part importante jouée par l'opinion professionnelle dans une branche particulière du droit anglais, à savoir la pratique des *conveyancers* ⁽³³⁾.

Holdsworth ⁽³⁴⁾ cite un certain nombre de reconnaissances judiciaires de ce fait et constate que, au cours du temps, « la pratique de ces *conveyancers*, qui a établi les formules d'usage commun par lesquelles sont mis en pratique les principes du droit, tend à être traitée par les cours comme la preuve péremptoire du droit, et qu'elle peut être regardée presque comme une source secondaire du droit.

IV. — *Coutume*. — On peut dire que le droit a partout commencé sous la forme de coutumes, en ce sens que quand une autorité centrale commence à intervenir dans le règlement des disputes, les règles qu'elle applique sont principalement les règles de conduite qui ont été habituellement observées

(31) Code Théodosien 1, 4, 1 (année 321); Code Théodosien 1. 4. 2 (année 327).

(32) Constitution *Deo Auctore* 6.

(33) [Pratique de ceux des juristes qui s'occupent de la rédaction des actes instrumentaires de transfert de propriété ou de constitution ou transfert de droits réels immobiliers, comparable à certains égards, quoique fort différente dans son cercle d'action, à la pratique notariale française.]

(34) *History of English Law*, VII, pp. 355, 384-387.

par les membres de la communauté dans leurs façons d'agir les uns avec les autres. Notre *common law* anglais est défini par Blackstone comme la coutume générale du royaume ⁽³⁵⁾. Chose qui, comme réalité historique, n'a jamais existé. Il a été créé par les juges royaux, étendant leur action sur l'ensemble du pays, précisément parce qu'il n'existait point de coutume générale du royaume. Les coutumes des diverses parties du pays, établies par les éléments différents de notre population hybride, étaient fort diverses, et la justice manoriale avait eu ce résultat qu'il y avait une variété presque infinie de coutumes applicables chacune dans une petite aire. D'ailleurs quiconque a eu l'occasion d'étudier le droit des *copyholds* ⁽³⁶⁾ (qui a échappé dans une grande mesure à ce processus d'unification pour des raisons dans lesquelles il n'est pas besoin d'entrer), peut se former quelque idée de ce que serait le droit anglais aujourd'hui sans la contrainte vers l'uniformité appliquée jadis par les Juges Itinérants du Roi. Ils ont graduellement substitué à cette masse de coutumes locales, un droit qui sans doute a ses racines dans la coutume germanique ⁽³⁷⁾, mais dont une grande partie a été apparemment leur propre création.

Le *common law* romain, le *jus civile* dans le langage républicain, a peut-être un meilleur titre à être appelé la coutume générale du royaume. Car il est généralement admis que la loi des XII tables a été basée sur la coutume latine existante, et nous pouvons voir par ce qui est resté des XII Tables qu'elles supposent une immense part additionnelle de coutumes qu'elles n'exposent pas. Il est toutefois évident que cette masse de coutumes a été aussi grandement modifiée et augmentée par les juristes. Pomponius nous dit d'ailleurs que ce droit a eu une base coutumière : « *Coepit populus Romanus incerto magis jure et consuetudine aliqua uti* », dit-il de l'état de choses amélioré par les XII Tables ⁽³⁸⁾; mais, parlant de ce droit après cette codification, il dit qu'il a été « *compositum a prudentibus* ⁽³⁹⁾ et que *sine scripto in sola interpretatione prudentium consistit* ⁽⁴⁰⁾. Sauf en ce sens, la coutume générale, quoiqu'elle soit occasionnellement mentionnée, n'a joué qu'un faible rôle dans le développement du droit romain. Le seul cas où elle semble avoir soulevé un problème pratique est la question de savoir si une loi peut être abolie par le non-usage. Il nous est dit nettement par Julien qu'il peut en être ainsi, parce qu'il est sans importance que le peuple exprime sa volonté tacitement par sa conduite ou qu'il l'exprime expressément par une loi ⁽⁴¹⁾. En fait, il y a eu plusieurs lois qui ont été déclarées être tombées en désuétude par le non-usage. Le raisonne-

(35) *Commentaries*. Introduction, section III.

(36) [Sur le mécanisme général de cette survivance des tenures roturières ou tenures de vilains de l'époque féodale, le *copyhold* (tenure par copie), qui n'est disparue qu'avec la réforme législative d'ensemble du droit de la propriété immobilière, et particulièrement de la propriété terrienne, du début de la troisième décennie de notre siècle, et sur ses rapports avec le fonctionnement des cours manoriales, cf. Ed. Lambert. *La tradition romaine sur la succession des formes du testament*. Paris, Giard. 1901, pp. 72 et s.]

(37) Pollock, *Expansion of the Common Law*, pp. 11 et s.

(38) Digeste 1. 2. 2. 3.

(39) D. 1. 2. 2. 3.

(40) D. 1. 2. 2. 12.

(41) D. 1. 3. 32. 1. Il n'est pas besoin d'examiner ici si le raisonnement est de Julien ou de Tribonien.

ment ne s'appliquerait pas aux mesures législatives édictées par un empereur autocratique et les cas communément cités de lois de ce genre concernent tous des lois populaires de la République ⁽⁴²⁾. Justinien a gardé ce texte, mais il est fort invraisemblable qu'il ait envisagé ce sort pour ses propres lois, qui n'étaient pas valables seulement pour son temps, « *sed etiam omni aevo tam instanti quam posteriori* » ⁽⁴³⁾. Les systèmes modernes de droit romain semblent toutefois avoir en général traité la désuétude comme un mode d'abrogation, règle qui, au contraire, a définitivement été rejetée par le *common law* anglais ⁽⁴⁴⁾.

Sur les coutumes locales, notre information n'est pas satisfaisante. Quelques constitutions de Dioclétien expriment un refus d'accepter l'application de coutumes locales à l'encontre de la loi romaine ; mais il ne s'agit en réalité dans ces textes que de l'invocation de lois étrangères à titre de coutumes ; les citoyens de régions qui n'avaient été soumises que récemment au droit romain cherchaient encore à appliquer sous cette forme leurs propres lois. A partir de Constantin, il y a eu des constitutions acceptant cet état de choses, mais par voie d'adoption de ces éléments exotiques dans la loi romaine et non par reconnaissance de leur aptitude locale à valoir à l'encontre de la loi. D'autre part, il a été rendu clair que, pendant cette période, un droit étranger et abrogé a encore été librement et volontairement appliqué dans les parties éloignées de l'Empire à l'encontre de la loi impériale ⁽⁴⁵⁾. Quant aux coutumes locales de l'espèce ordinaire, nous trouvons, posée par Constantin, la règle que pour être valables, elles ne doivent être contraires ni à la raison, ni à la loi ⁽⁴⁶⁾. Et, quoiqu'il y ait d'autres textes qui admettent des coutumes locales sans rien dire de la loi, il semble que telle ait bien été la règle, au moins dans le dernier état du droit romain.

Quoique pour les laïques et même pour les juristes dans les pays dont les lois ont été codifiées, la législation semble la forme normale du droit, il faut garder dans l'esprit que, dans l'âge classique du droit romain, et pendant tout le cours de notre propre histoire du droit, les lois (*statutes*), en ce qui concerne le droit privé, n'ont occupé qu'une situation très subordonnée. Des nombreuses centaines de *leges* consignées dans nos archives anglaises, il n'y en a guère plus de quarante qui aient une importance pour le droit privé ; et quoique l'Edit du Préteur, regardé comme une législation déléguée, et les *senatus consulta* du Haut Empire constituent une considérable addition à la législation, il reste encore vrai que la principale agence pour le progrès juridique a été, à Rome comme chez nous, non pas le législateur, mais le juriste. Comme nous l'avons vu, la méthode n'a pas été la même que chez nous. Chez nous, c'est le juge qui a exercé directement l'action effective. Chez les Romains, ce fut le jurisconsulte, par ses opinions communiquées aux magistrats, aux *judices* et aux parties qui le consul-

(42) Illustrations dans Jolowicz, *op. cit.* p. 360. Sur la juste interprétation à donner à ces faits, voir Solazzi, *La desuetudine della legge*.

(43) Buckland. *Main Institutions of Roman Law*, p. 19; *Textbook*, p. 52.

(44) Craies. *Statute Law*, 3^e édition, p. 339, n. (b) cite le cas de la nomination par Gladstone de deux évêques suffragants en vertu du Statut de 26 Henri VIII, c. 14, quoique aucun évêque suffragant n'eût été nommé en vertu de ce statut depuis le règne de la reine Elizabeth.

(45) Mitteis. *Reichsrecht und Volksrecht*, passim.

(46) Code de Justinien, 8, 52, 2.

taient. Mais, dans le fond des choses, l'instrument d'action a été de même nature. Le droit romain du Bas Empire et notre récente histoire anglaise semblent au premier abord indiquer un changement dans l'un et l'autre de ces systèmes. Nos recueils de statuts (ou actes législatifs) ont été pendant la dernière centaine d'années beaucoup plus volumineux que ceux des siècles antérieurs.

Mais la ressemblance ici est superficielle. Quoique notre législature moderne soit intervenue pour codifier quelques parties peu nombreuses de notre droit privé anglais, la grande masse de notre législation moderne s'est occupée de ce qu'on peut appeler l'administration, la législation rendue nécessaire par la complexité de notre vie moderne. Et même les codifications de fragments du droit privé anglais ne sont guère plus dans l'ensemble que des expositions ordonnées de résultats déjà atteints par les cours de justice et ces expositions — ou consolidations — elles-mêmes vont chaque jour se modifiant par l'action de ces cours. Mais, à Rome la civilisation était en décadence. Les successeurs des grands jurisconsultes étaient d'un type inférieur et les réformes nécessaires vinrent de l'Empereur et de ses Officiers, en partie parce qu'une monarchie absolue tolérât difficilement une autorité autre que la sienne propre, en partie parce qu'il n'y avait personne ailleurs qui possédât les connaissances et la capacité nécessaires.

A cet égard, il est intéressant de noter les destinées différentes du pouvoir législatif dans les deux systèmes. A Rome, pendant la République, la législation fut, entre les mains des votants, organisée sur une base de plus en plus démocratique. Mais, sous Auguste, le courant se renversa ; la part du peuple devint de moins en moins grande, jusqu'à ce que, au bout de trois siècles, l'Empereur devint le seul législateur. Chez nous, au contraire, la législation se trouve entre les mains du peuple, organisée sur une base de plus en plus démocratique. Seul un prophète pourrait dire si, chez nous aussi, se produira un retournement en sens inverse du processus législatif.

Dans les pages qui précèdent, le mot « source » a été employé pour désigner l'agence ou instrument par lequel une règle de droit est créée. Ces agences toutefois ne travaillent pas *in vacuo* ; elles mettent en œuvre des idées dérivées de sources variées. Ainsi, on affirme fort souvent que l'*aequitas* qui a joué un si grand rôle dans le droit romain n'est essentiellement qu'un emprunt, par l'intermédiaire des rhéteurs, à l'*ἐπιεικεια* des philosophes grecs. On dit que le mouvement de la forme à l'intention, des *verba* à la *voluntas*, du *jus strictum* à l'*aequitas* a cette origine. Mais, quoique l'influence de la pensée grecque sur les jurisconsultes romains ne puisse pas être niée, et qu'elle ait beaucoup contribué à ce progrès, c'est là une exagération. Les Romains n'ont pas attendu les Grecs pour se dire que le droit est une science sociale et un serviteur, quoique parfois difficile à faire obéir, de la moralité. Notre propre loi a progressé dans la même voie indépendamment, et il n'est pas sans signification que les raisonnements et les expédients de technique par lesquels les jurisconsultes romains ont fait servir la loi aux besoins du temps trouvent leur parallèle dans l'histoire de notre droit et dans nos recueils d'arrêts, sans qu'il y ait le moindre signe ou la moindre probabilité d'emprunt.

Le droit étranger a naturellement influencé l'un et l'autre de ces systèmes. Dans notre droit, cette influence peut être suivie des cours des marchés médiévaux fréquentés par des marchands de tous les pays, jus-

qu'à nos jours. Dans le monde romain, le droit étranger a signifié essentiellement le droit grec. Dans l'un et l'autre de ces systèmes, c'est naturellement le droit commercial qui a été le plus touché par cette influence étrangère. A cet égard, il est impossible de ne pas penser au *jus gentium*. Mais il n'y a eu rien d'essentiellement étranger dans le *jus gentium*, tel qu'il a été pratiquement appliqué. C'est la partie du droit romain qui a été étendue aux relations juridiques dans lesquelles des pérégrins étaient en jeu, non pas parce qu'on la concevait comme étant d'une nature universelle, mais parce qu'elle était simple et intelligible pour des étrangers. La conception « philosophique » l'envisageant comme un droit universel, et par conséquent « naturel » est en opposition avec les faits. Probablement l'institution la plus importante du *jus gentium* a été la reconnaissance d'une force obligatoire au contrat consensuel de vente, mais c'est une institution particulière au droit romain ; les systèmes helléniques n'en savent rien. Avec l'extension de l'Etat Romain, à partir de la seconde Guerre Punique, le *jus gentium* a dû se mettre en marche vers la réalisation, pour le monde alors connu, du droit commercial universel que les juristes les plus éclairés de toutes les contrées s'efforcent actuellement d'atteindre. Dans le Bas Empire, l'emprunt d'idées hellénistiques et orientales s'est beaucoup accentué ; mais ce n'a pas été le résultat d'un effort pour découvrir ce qu'il y avait de meilleur dans les autres systèmes légaux ; cela a plutôt résulté du fait que l'Empire s'était déplacé vers l'Est. Inconsciente ou expresse, l'adoption de notions orientales était inévitable, quand l'environnement était oriental et quand les hommes qui faisaient, et ceux qui appliquaient la loi étaient eux-mêmes orientaux.

LE SYSTEME DE COMMON LAW "ANGLAIS" APPLIQUE AUX ETATS-UNIS EST-IL BIEN ANGLAIS ?

Par le Dr. H.-M. COLVIN

*Professeur de Droit comparé à l'Université catholique d'Amérique
Membre du Conseil de l'administration du Works Progress des Etats-Unis
Secrétaire général adjoint du Congrès international de Droit comparé
à La Haye, 1932.*

Traduit par Robert PELLOUX,

Chargé de Cours à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon

On considère les Etats-Unis comme un pays de common law anglais. Les colons de langue anglaise acceptèrent la sanction du droit anglais dans leurs chartes coloniales et leurs lois ⁽¹⁾, et l'on dit qu'ils réglaient la plupart de leurs affaires juridiques par ce qu'ils croyaient être le common law anglais ⁽²⁾. Lorsqu'ils eurent conquis leur indépendance vis-à-vis de l'Angleterre et que fut close la période d'amertume vis-à-vis de tout ce qui était anglais, les Etats déjà formés et les nouveaux Etats entrant dans l'Union, sauf de rares exceptions, par des dispositions légales ou constitutionnelles aussi bien que par des décisions judiciaires, adoptèrent les règles et principes du common law anglais, dans la mesure où ils n'étaient pas contraires à leurs lois ou inapplicables à leurs situations particulières ⁽³⁾.

Le common law ainsi utilisé comprend tout le système de common law anglais pris en bloc ⁽⁴⁾; il n'est pas limité à des branches particulières ou concurrentes de ce système. Il embrasse, en tant que fonds d'origine

(1) 2 *Kent's Commentaries* (14^e éd., 1896), 473.

(2) 12. C. J. 184, 185.

(3) Le juge Story dans *Van Ness v. Packard*, 2 Peters (U. S.) 137, 144 (1829 ; 1 *Kent's Comm.* (14^e éd., 1896) 473-474; 12 C. J. 177.

(4) *Barry v. Village of Port Jervis*, 72 N. Y. Supp. 104; 64 App. Div. 268; *Martin v. Superior Court of California*, 178 Cal. 289; 169 Pac. 135, L. R. A. 1918 B, 313; 12 C. J. 177; 1 Bouvier (Rawl's, 3^e éd., 1914). Le système de common law anglais ainsi utilisé est celui qui était en vigueur avant la Révolution (des colonies d'Amérique) et comprend certains actes législatifs anglais fondamentaux, *ibid.* Voir la note 22 L. R. A. 501 (1894).

anglaise dont nous avons tiré notre droit, le droit ecclésiastique ⁽⁵⁾, l'équité ⁽⁶⁾, le droit commercial ⁽⁷⁾, le droit maritime et d'amirauté ⁽⁸⁾, les matières de common law du droit des contrats, des délits civils (*torts*), des crimes, etc... ⁽⁹⁾.

Nos dictionnaires juridiques classiques ⁽¹⁰⁾, aussi bien que les décisions des tribunaux ⁽¹¹⁾, distinguent le système du common law anglais du système du droit romain ou droit civil et l'opposent à lui. Non seulement on présente les deux systèmes comme exclusifs l'un de l'autre, mais on a attribué au common law anglais la grande supériorité d'être uniquement sorti des éléments distinctifs du « tronc anglo-saxon » ⁽¹²⁾.

Les spécialistes de la publicité nous disent que, lorsqu'une affirmation est répétée assez souvent et avec force, le public admet tôt ou tard qu'elle est vraie. Ceci peut expliquer que le point de vue que nous venons d'indiquer ait si généralement prévalu chez les juristes aussi bien que chez les profanes. C'est pour examiner la valeur de cette hypothèse si souvent répétée que l'auteur de ces lignes a fait une enquête indépendante sur le sujet. L'étendue limitée de cette contribution ne permet pas d'en présenter ici tous les résultats. Nous nous bornerons à l'étude de la partie du système de common law anglais que nous avons héritée des tribunaux ecclésiastiques d'Angleterre.

L'HÉRITAGE DE DROIT ROMAIN QUI NOUS VIENT DES TRIBUNAUX ECCLÉSIASTIQUES ANGLAIS

Les tribunaux ecclésiastiques ont une plus ancienne histoire que les autres tribunaux anglais. Ils suivirent la religion chrétienne en Angleterre lorsqu'elle fut importée de Rome. Leur compétence s'étendait à la fois à la discipline interne, à la vie et au culte de l'Eglise et à des matières qui touchaient le royaume tout entier. C'est cette dernière compétence qui

(5) *Finch v. Finch*, 14 Ga. 362 (1853); *Beall v. Fox*, 4 Ga. 403, 425 (1848); *Wrest v. Wrest*, 17 Nev. 217, 30 Pac. 886 (1882); *Crump v. Morgan*, 38 N. C. 91; 98, 40 Am. Dec. 447 (1843); *Reaves v. Reaves*, 15 Okla. 240, 252; 82 Pac. 490, 2 L. R. A. (NS) 353 (1905).

(6) *Robinson v. Campbell*, 3 Wheat. (U. S.) 212 (1818); *Parsons v. Bradford*, 3 Peters (U. S.) 453 (1830); *Le Baron v. Le Baron*, 35 Utah 367 (1862).

(7) *Mercer County v. Hackett*, 1 Wall. (U. S.) 83 (1863); *Phipps v. Harding*, 70 Fed. 4468, 30 L. R. A. 513 (1885). Pour les tribunaux d'Etat qui se sont prononcés en ce sens, voir 13 C. J. 183.

(8) *Benedict, Admiralty Practice*, sec. 442, *The Lottawanna*, 21 Wall. (U. S.) 558 (1874).

(9) 1 Bouvier (Rawle, 3^e éd., 1914) 565; 12 C. J. 180 et les cas cités. L'application de cette règle par les tribunaux fédéraux apparaît dans : *Robinson v. Campbell*, 3 Wheat. (U. S.) 212 (1818); *Butcher v. Chesclid R. Co.* 125 U. S. 55 (1888). I. Holdsworth, *History of the English Law*, (1922) 256.

(10) 1 Bouvier (Rawle's, 3^e éd., 1914) 564; 12 C. J. 176.

(11) *Lux v. Haggin*, 69 Cal. 255, 10 Pac. 674; *Ketelson v. Stilz*, (Jnd.) MN. E. 423, 424; *William v. Miles*, 68 Nev. 463, 94 N. W. 705; 96 N. W. 151, 110 Am. St. Rep. 431, 62 L. R. A. 383, 4 Am. Cas. 306; *Jones v. Hines*, 157 Ala. 624, 47 So. 739.

(12) *Lux v. Haggin*, note 11 *supra*. Hall, *The Common Law. Its debt to Rome* (1927), 5 Canadian Bar Review 641. Colvin, *The Path of the Civil Law in the United States*, 2 (publié par l'Académie internationale de Droit comparé à La Haye, 1935).

nous intéresse; car les lois qu'elle mettait en jeu sont celles qui ont passé dans le droit séculier des États-Unis. Le droit canonique des tribunaux ecclésiastiques portait en lui une forte inspiration de droit romain, aussi bien avant qu'après la réception par l'école de Bologne du droit de Justinien, et, dans le silence du droit canonique écrit, le droit romain devait s'appliquer⁽¹³⁾, à moins qu'il ne fût écarté par le Parlement ou des coutumes bien établies en common law. Le champ très large de la compétence primitive des tribunaux ecclésiastiques correspondait à ce qui s'est passé dans l'histoire primitive de nombreux pays. Il comprenait les contrats, les délits civils (*torts*) et l'administration de la justice pénale⁽¹⁴⁾. Les canonistes transportèrent du droit romain dans le droit anglais du contrat les notions de bonne foi et d'équité; sur la base de la bonne foi ils développèrent le droit du contrat de manière à permettre la négociabilité des créances et à pourvoir à l'assurance, facilitant ainsi largement le développement du commerce⁽¹⁵⁾. L'idée de juste prix et de juste salaire comme critère de ce qui est « raisonnable » (*reasonableness*) était forte dans le droit de Justinien. La récente prise de position de Sa Sainteté le Pape de Rome sur ce sujet a été une saine expression de la doctrine du droit romain. Les tribunaux ecclésiastiques anglais ont largement influencé le droit anglais à ce point de vue⁽¹⁶⁾. Les cours d'Eglise protégeaient la « possession » comme la protégeait le droit romain; elles dépassèrent même le droit romain en l'étendant à la terre, et enlevèrent à la possession dépourvue de bonne foi toute valeur, en faisant même un délit civil. Comme l'a dit Le Bras :

« Le droit romain punissait le propriétaire qui ne possédait pas; le droit canonique condamnait le péché de celui qui essayait de prescrire sans bonne foi. »⁽¹⁷⁾.

Dans les deux matières du délit civil (*tort*) et du crime, les tribunaux ecclésiastiques développèrent les deux notions de négligence et d'intention. Le *jus gentium* romain était habile à découvrir l'intention, même l'intention secrète. Les canonistes d'Angleterre, en traitant le crime comme un péché, développèrent la doctrine de l'intention dans le droit pénal anglais, comme un élément nécessaire, exigence à l'infraction *malum in se*⁽¹⁸⁾. Quand, au XIV^e siècle, la compétence en matière de contrats, de délits civils (*torts*) et de crimes fut enlevée aux tribunaux ecclésiastiques et transférée aux tribunaux anglais de common law, le transfert de compétence apporta avec lui ces principes et ces pratiques fondés sur le droit romain. Ces principes de droit romain traversèrent l'Atlantique pour arriver aux États-Unis comme une fraction du common law anglais et font aujourd'hui partie de notre droit des contrats, des délits civils (*torts*) et des crimes.

D'après Glanville, les prises à partie (*challenges*) de jurés devant les tribunaux de common law provenaient de l'extension, par les tribunaux de common law, de l'*exceptio* romaine aux exceptions opposées aux

(13) Hale, *History of Common Law* 28.

(14) Holdsworth, *The Ecclesiastical Courts and their Jurisdiction*, 2 *Selected Essays of American Legal History* (1908) 256.

(15) Plucknett, *A concise History of the Common Law* (1929) 220.

(16) Le Bras, *Legacy of the Middle Age*, 1926, p. 361.

(17) Le Bras, *op. cit.*, p. 351.

(18) Plucknett, *A concise History of the Common Law* (1929) 220.

témoins ⁽¹⁹⁾, et Bracton indique que les lignes élémentaires de la science de la procédure (*pleading*) devant ces tribunaux de common law ont dû être exprimées dans la langue de ces romanistes (*civilians*) ⁽²⁰⁾. Cette procédure en se réformant, en Angleterre comme aux Etats-Unis, est revenue aux conceptions procédurales plus simples du droit civil ou romain. Bien qu'il ait perdu au cours du XIV^e siècle sa compétence en matière de contrats, de délits civils (*torts*) et de crimes, le tribunal ecclésiastique conserva juridiction jusqu'en 1857 sur les questions de mariage et de testament et les *actions nées de la loi*. Le mariage était considéré comme une institution religieuse et la mort comme un acte de la volonté de Dieu, les effets de l'un et de l'autre comme des matières propres à la compétence des cours de chrétienté. Le droit canonique réglait les questions de célébration du mariage, de capacité des parties pour se marier, de légitimité des enfants, d'annulation et de dissolution du mariage, y compris la séparation de corps (*divorce mensa et thoro*) ⁽²¹⁾. La procédure aussi bien que les règles de fond y étaient, d'après les constatations de Blackstone ⁽²²⁾, un mélange de droit canonique et de droit romain. L'Eglise, comme l'avait fait le droit de Justinien ⁽²³⁾, favorisait le mariage par simple consentement (*consensus nuptialis*) ⁽²⁴⁾, posant ainsi le fondement du mariage de common law qui a requis en plus la publicité, et qui est valable aujourd'hui en Angleterre et aux Etats-Unis. La règle de droit canonique admettant la légitimation par mariage subséquent des enfants nés hors mariage, venait du droit romain ⁽²⁵⁾. Mais le common law d'Angleterre a enlevé sa pleine force à cette règle de droit romain et de droit canonique, en se refusant à admettre les enfants ainsi légitimés à la succession des terres anglaises. Toutefois la règle de droit romain des canonistes a été remise en pleine efficacité dans 45 des 48 Etats des Etats-Unis qui permettent la légitimation par mariage subséquent sans aucune restriction quant à la succession ⁽²⁶⁾. La plupart de ces Etats permettent aussi la légitimation par la règle de droit romain de la reconnaissance et de l'adoption ⁽²⁷⁾. L'esprit du christianisme est allé plus loin dans les Etats des Etats-Unis, qui tous ont émis des lois disposant comme en droit civil romain que l'enfant naturel peut recueillir les biens de sa mère par héritage ⁽²⁸⁾. Dans 17 Etats, l'enfant naturel peut aussi hériter de son père, quand son père l'a reconnu ⁽²⁹⁾. L'Eglise d'Angle-

(19) Glanville, L. 3.

(20) Bracton, X 399 b. Voir Pollock et Maitland, *History of English Law*, 134.

(21) Holdsworth, *Ecclesiastical Law*, 1 *Selected Essays of Anglo-American Law*, 298.

(22) *Commentaries* III, 100. Voir aussi Shelford, *Marriage* 17-21.

(23) Sohm, *Institutes of Roman Law* (éd. 1907) 456-7.

(24) Sohm, *Institutes of Roman Law* (éd. 1907), 456-7.

(25) *Ibid.*, p. 479.

(26) Renseignements pris aux pages 58 et s. d'une publication du Département du Travail aux Etats-Unis. *Children's Bureau Bulletin* n° 42, *Legal Series* n° 2, préfacée par le Professeur Ernst Freund, de la Faculté de Droit de l'Université de Chicago. (Les trois Etats qui font exception sont ceux de Rhode-Island, de la Caroline du Sud et de Tennessee).

(27) *Ibid.* note 4. Alabama, Arizona, Arkansas, Californie, Idaho, Kansas, Kentucky, Maine, Minnesota, Mississippi, Caroline du Nord, Ohio, Oklahoma, Dakota du Sud, Tennessee.

(28) *Ibid.* note 4.

(29) *Ibid.* note 4. Colorado, Idaho, Indiana, Maine, Mississippi, Montana, Nebraska, Nevada, Nouveau Mexique, Dakota du Nord, Oklahoma, Oregon, Caroline du Sud, Dakota du Sud, Utah, Washington, Wisconsin.

terre a favorisé largement la situation et la dignité des femmes et s'est opposée à la conception féodale qui écartait les femmes de la succession à la terre ⁽³⁰⁾. Le common law anglais empêcha l'Eglise de leur donner toutes les libertés du droit romain. Il fallut attendre la loi sur la femme mariée (*Married Women's Act*) du XIX^e siècle pour que fût pleinement réalisée leur liberté quant aux droits sur leurs biens en Angleterre. Aux Etats-Unis des lois ou des dispositions constitutionnelles ont fait prévaloir, dans vingt-quatre des Etats de l'Union ⁽³¹⁾ et dans le District de Columbia ⁽³²⁾, le principe du maintien à la femme de sa fortune particulière que connaissait le mariage romain du *jus gentium* sans *manus* ⁽³³⁾. Ces lois assurent à la femme le maintien de la propriété de ses biens séparés, mobiliers et immobiliers, après qu'elle est devenue femme mariée et empêchent ainsi l'exercice sur ces biens séparés des droits accordés au mari d'après le common law ⁽³⁴⁾. Dans la plupart de ces Etats la femme garde pleine capacité (demeure *femme sole*) quant au droit de disposer de sa propriété séparée, de la grever, de conclure les contrats y relatifs, de la même manière que si elle n'était pas mariée, sans l'assistance du mari ⁽³⁵⁾.

L'Eglise, en tant qu'institution responsable du « repos de l'âme » des morts, reçut de bonne heure compétence, par l'intermédiaire de ses tribunaux ecclésiastiques, pour remplir à la fois les vœux exprimés et les besoins non formulés des personnes décédées, en surveillant la disposition testamentaire et la distribution *ab intestat* de leur fortune mobilière : son attention se limitait à la fortune mobilière à cause du droit anglais bien établi d'origine exclusivement saxonne et féodale concernant les immeubles. Même parmi les civilisations relativement évoluées des anciens temps, il est douteux, d'après Sir Henry Maine, que de véritables pouvoirs de tester aient été connus ailleurs qu'à Rome ⁽³⁶⁾, et c'est à Rome que les tribunaux ecclésiastiques purent emprunter leurs règles applicables à la dévolution testamentaire et *ab intestat* et à la succession à la fortune mobilière ⁽³⁷⁾. Le droit canonique influencé par le droit romain régnait en ce domaine et, d'après Hale, « dans le silence du droit canonique, on fait appel au droit romain comme directive spécialement sur les points d'interprétation et de détermination concernant les testaments et les legs » ⁽³⁸⁾. La compétence pour appliquer ainsi le droit relatif à la vérification des testaments, aux « grants of probate », *probatio testamenti*, et à l'administration de la propriété mobilière de l'intestat, et jusqu'à un certain point à la conduite

(30) Plucknett, *A concise History of the Common Law* (1929) 219.

(31) Alabama, Arkansas, Géorgie, Indiana, Kansas, Kentucky, Maine, Massachusetts, Michigan, Mississippi, Minnesota, Missouri, Montana, New-Hampshire, New-Jersey, New-York, Ohio, Oklahoma, Pennsylvanie, Caroline du Nord, Rhode-Island, Caroline du Sud, Utah, Wisconsin. Pour les décisions rendues dans ces différents Etats, consulter 30 C. J. 801, notes 75 et 76.

(32) 30 C. J. 801 note 75 et *Williams v. Reid*, 19 D. C. 446.

(33) Sohm, *Institutes of Roman Law* (éd. 1907) 463.

(34) Voir 30 C. J. 801 et les décisions de jurisprudence des différents Etats cités en note.

(35) Arkansas, Géorgie, Kansas, Maine, Michigan, Minnesota, New-Hampshire, New-York, Ohio, Oklahoma, Caroline du Sud, Utah et Wisconsin, 30 C. J. 801 et s.

(36) Maine, *Ancient Law* C. 6, p. 189.

(37) Scrutton, *Selected Essays in Anglo-American Legal History*, 230.

(38) Hale, *Common Law* 28.

de l'exécuteur testamentaire et de l'administrateur de succession, resta aux tribunaux ecclésiastiques jusqu'en 1857, époque à laquelle elle fut transférée à la « Court of Probate », qui la conserva jusqu'à ce qu'elle fût donnée à la « Division of Probate » de la « Haute Cour de Justice ». Dans l'intervalle les treize anciennes colonies anglaises s'étaient organisées, leur population s'était séparée de l'Angleterre et elles avaient établi leurs propres Etats dans la nation nouvelle sans tribunaux ecclésiastiques. Comme le chancelier Kent l'a expliqué dans ses Commentaires, cet état de choses nécessita le transfert des fonctions et de la compétence en cette matière des tribunaux ecclésiastiques anglais à une juridiction séculière de « Probate » et aux tribunaux américains correspondants ⁽³⁹⁾, de même que la compétence en matière de mariage a été transférée aux tribunaux séculiers appropriés. Cette compétence fit partie de la compétence des tribunaux des Etats de l'Union qui prirent la place des treize anciennes colonies. Quant aux successions ab intestat, l'absence de toute modification importante dans le droit américain, par rapport au droit régnant en Angleterre en vertu des règles de droit canonique et de droit romain héritées des tribunaux ecclésiastiques, a poussé Kent, au début de son étude des successions ab intestat dans ses Commentaires, à annoncer qu'il se limiterait aux grands principes tels qu'ils sont posés en droit anglais, afin d'éviter, comme il le dit, « des répétitions et des confusions » ⁽⁴⁰⁾. Son exposition montre que ces grands principes sont fondés sur le droit canonique et le droit romain dans les matières importantes de l'octroi des pouvoirs d'administration ⁽⁴¹⁾ sur les successions mobilières ab intestat, des obligations des administrateurs ⁽⁴²⁾ de la distribution de ces successions ⁽⁴³⁾; et la quatorzième édition révisée se réfère dans ses notes, à l'appui du texte, à certains Etats de l'Union. Aux Etats-Unis, pour l'attribution de l'administration de la succession, la proximité de la parenté est comptée d'après le droit romain, mais le tribunal a pouvoir discrétionnaire de choisir, à degré égal, qui il veut et d'accorder à cette personne seule tous les pouvoirs d'administration ⁽⁴⁴⁾. Le droit civil ou romain n'impose pas à l'administration un ordre de préférence des créanciers, sauf en ce qui concerne les frais funéraires, les dépenses d'administration et les dettes hypothécaires. Treize de nos Etats ont placé immédiatement après les dettes hypothécaires les dettes dues aux Etats-Unis et aux Etats particuliers ⁽⁴⁵⁾, et d'autres ont établi un ordre de préférence plus nuancé lorsque les dettes ci-dessus ont été acquittées, mais sans toucher en aucun cas aux trois ordres de créances privilégiées fixées par le droit romain. Kent cite le *Statute of Distribution* de 22 et 23 Charles II C. 20, intervenu pour réglementer les tribunaux ecclésiastiques, comme posant les principes directeurs qui doivent être suivis dans la plupart des cas dans les divers Etats des Etats-Unis, et se range

(39) *Kent's Comm.* (14^e éd., 1896) 409.

(40) *Ibid.*, 409.

(41) *Ibid.*, 409 et s.

(42) *Ibid.*, 414 et s.

(43) *Ibid.*, 420 et s.

(44) *Ibid.*, 411.

(45) Maine, New Hampshire, Vermont, Massachusetts, Rhode-Island, Connecticut, New Jersey, Ohio, Indiana, Illinois, Tennessee, Mississippi, Alabama, 2 *Kent's Comm.* 418, note.

à l'opinion d'après laquelle le *Statute of Distribution* a été emprunté à la Nouvelle 118 de Justinien ⁽⁴⁶⁾; cette conviction se trouve également exprimée dans des « opinions » de Cours des Etats-Unis à l'occasion de l'application de ce Statut ⁽⁴⁷⁾. D'après les données du *Corpus juris* américain publié en 1919, la règle générale en vigueur sur tout le territoire des Etats-Unis quant au calcul du degré de parenté pour la dévolution de la succession à ceux qui peuvent en hériter, est celle du droit civil romain, soit en vertu d'une disposition législative expresse, soit en vertu de décisions judiciaires ⁽⁴⁸⁾. Les seuls Etats qui s'écartent à cet égard du droit romain sont, d'après la liste ainsi établie, la Géorgie et la Caroline du Nord ⁽⁴⁹⁾. Sur tout le territoire des Etats-Unis, la méthode de computation de la proximité de parenté (next of kin), est la même pour les successions immobilières que pour les successions mobilières; dans les Etats d'Indiana, du Massachusetts, du Maine et du Mississippi, des lois sont intervenues pour rendre la dévolution des immeubles identique à celle des meubles ⁽⁵⁰⁾, assimilant ainsi les deux catégories de biens, comme c'était le cas en droit romain.

(46) 2 *Kent's Comm.* (14^e éd., 1896) 422.

(47) Curry, 39 Cal. 529 (1870); *In re Lander*, 100 Misc. 635, 166 N. Y. supp. 1.036 (1917); *Bruce v. Baker*, Wils (Ind.) 462.

(48) 18 C. J. 823, 824 et 74, donnant la liste des cas cités par les tribunaux des différents Etats de l'Union.

(49) *Ibid.*, note 4.

(50) 18 C. J. 813, note 71; 1 Kelly 540; *Roundree v. Pursell*, 11 Incl. A. 522, 39 N. E. 747, 750. Néanmoins dans certains Etats on fait exception pour le douaire de la veuve. 2 *Kent's Comm.* 428.

LE PROBLEME DE LA CODIFICATION DU DROIT INTERNATIONAL

Comparaison entre les méthodes européennes et américaines ^{1, 2, 3}

Par M. W. von RAUCHHAUPT,

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Heidelberg

Traduit par Mme Suzanne BASDEVANT-BASTID

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

I. — UTILITÉ DE LA CODIFICATION DU DROIT INTERNATIONAL

1. — En *Europe*, la codification du droit international a, de tout temps, rencontré une certaine résistance. Pour une part, après des exemples bien connus, l'heure n'en semblait pas venue, par ailleurs, la responsabilité pouvait remonter à un désir d'agir avec une lenteur qui paraissait circonspecte. Cependant, le Professeur F.-C. Bluntschli, qui enseigna en Suisse allemande et à Heidelberg, devait faire brillamment exception. Son « *Modernes Völkerrecht der Zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt* (1868) » ⁽⁴⁾, œuvre hardie et alors unique en son genre, fut appréciée de part et d'autre de l'océan Atlantique et elle servit de guide aux internationalistes presque jusqu'à aujourd'hui. Ce n'est qu'en 1890 que l'Italien P. Fiore le suivit avec *Il diritto internazionale codificato e la sua sanzione giuridica*.

En *Amérique*, on ignore ces préventions à l'égard de la codification et celle-ci fut toujours considérée comme un but qui, sans hésitation possible, méritait tous les efforts. Les tentatives les plus importantes de codification

(1) Comme travaux préliminaires, cf. ma contribution à l'International law association, *Reports* de la 34^e conférence, Londres 1926, p. 407 et s., et de la 36^e conférence, New-York, 1930, p. 397 et s.; *Correlaciones en el Desarrollo de los Derechos de Europa y de América*, n° 70 de la *Rev. de la Universidad de Buenos-Aires*, 1928, not. p. 145 et s.; *Völkerrecht*, Munich, 1936, p. 25 et 91, etc.

(2) Le terme codification n'est pas pris ici dans le sens de recueil de textes ou de révision de textes existants, mais signifie la révocation de tout le droit préexistant sur la matière traitée. En même temps cette matière est traitée, pour l'usage futur, de manière définitive et complète. Cf. p. ex. mon *Rechte Europas*, tome V, Munich, 1932, p. 84, 91 et s.; cf. aussi p. 112.

(3) Dans ce travail on s'attachera surtout à ce que se passe dans les sphères de culture et de droit d'origine germanique et latine, en Europe et en Amérique.

(4) Traduction française sous le titre : *Le droit international codifié* (note d. trad.).

d'ensemble sont : celle de l'Américain du Nord D.-O. Field, *Outlines of an international code*, 1872, qui complète la codification partielle entreprise officiellement en 1863 par Fr. Lieber, *Instructions for the Government of the armies of the united states in the field*, et celle de Ch. Stockton, *The laws and usages of war at sea, a naval war code* (1900), puis l'œuvre monumentale du Canadien Internoscia, en trois langues, anglais, français et italien, comportant, sans le droit de la guerre, qui n'est pas traité, 5.657 articles (1910), celle de Pessoa (1911), qui devait devenir président du Brésil; celle de son compatriote, également connu, Cl. Bevilacqua, dans son *Direito publico internacional*, en deux volumes parus en 1911, etc. ⁽⁵⁾.

A côté de cela, se formèrent des sociétés savantes dont l'importance devait rapidement grandir. Leur but essentiel était la question de la codification et les moyens d'y parvenir. : l'*International law association*, créée à Londres en 1873, l'*Institut de droit international*, créé également en 1873, à Gand, spécialement pour l'Europe; pour l'Amérique, l'*Institut américain de droit international* (1917), enfin, avec à nouveau une tendance universelle, la *Société des Nations* de Genève. Toutefois la conférence tenue sous les auspices de celle-ci à La Haye, en 1930, se limita à quelques questions particulières.

Il faut y ajouter des groupes nationaux de spécialistes tel que la *Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht* fondée en 1917, ou l'*Académie diplomatique internationale*, créée en 1927, à Paris, et qui compte 150 membres.

2. — Tous ce travail sera-t-il sans valeur, ou répond-il à une idée plus profonde et susceptible de susciter un esprit de sacrifice chez les internationalistes, savants et praticiens, laborieux et féconds en pensées, idée qui les pousserait à entreprendre les tâches les plus ardues ?

a) A l'égard des droits nationaux indépendants, un doute justifié peut se faire jour au sujet de l'utilité de la codification. Car, en Europe et en Amérique, existent et s'opposent deux types de systèmes juridiques : germanique et latin. Leurs contrastes résultent de la nature des hommes et de leur culture, qui dépend de cette nature elle-même. Ce qui caractérise les droits latins, c'est leur prédilection pour la forme écrite et c'est, comme ultime développement de celle-ci, la codification des éléments isolés. Les premières de ces codifications furent la constitution française et les cinq codes. Les droits des peuples latins et ceux de beaucoup d'autres races suivirent cet exemple. Ce qui distingue les droits d'origine germanique, c'est plutôt la préférence primitive pour les formules orales et les actes formalistes. C'est pourquoi le droit anglais qui est en vigueur presque sur toute l'étendue de l'Empire britannique, des Dominions et colonies, ainsi qu'aux Etats-Unis, n'est pas, en règle générale, codifié. Il en est de même pour le code civil suisse, dont les brèves dispositions doivent être complétées, d'après l'article 1^{er}, §§ 2 et 3, par le droit cantonal coutumier. Dans le même sens, le troisième Reich national-socialiste s'efforce de faire disparaître le prestige

(5) D'après les indications plus détaillées des manuels de D. Antokoletz, 2^e éd., Buenos-Aires, 1928, t. I, p. 216 et s., et de A. Sanchez de Bustamante y Sirven, Paris, 1934, t. I, p. 94 et s., il y avait avant la guerre environ quatre projets privés en Allemagne, Autriche, Suisse, Suède; sept en Angleterre, aux Etats-Unis et au Canada; huit en Italie et en France; quatre en Espagne, en Amérique du Sud et au Brésil. La plupart d'entre eux sont difficilement accessibles et n'ont pas eu de suite.

de la forme codifiée et de ramener notre droit national au principe même de sa force naturelle.

b) Il en est autrement dans le cadre du *droit international*. Ses sujets ne constituent pas une solide unité, mais représentent une multitude de races et de cultures variées. Pour eux, la formule commune signifie souvent un ajustement difficilement obtenu en partant d'éléments radicalement opposés. Pour consolider les bases ainsi obtenues, en vue du travail futur en commun la force écrite est par conséquent absolument indispensable. C'est pourquoi les relations des divers Etats s'étant multipliées jusqu'à devenir un commerce international mondial, le nombre des traités internationaux et, parmi ceux-ci, des traités multilatéraux, s'est accru. A leur suite le nombre et la compétence des unions administratives internationales augmentent. Réclamer la codification du droit international est donc tout à fait opportun pour tous les Etats répartis à la surface du globe. C'est répondre à un besoin qui a été éprouvé en Amérique, ce continent aux éléments variés. Là-bas, comme en Europe, d'utiles travaux préparatoires ont déjà apparus.

II. — LES TRAVAUX PRÉLIMINAIRES EN EUROPE ET EN AMÉRIQUE

Les travaux préliminaires pour l'œuvre gigantesque qu'est la codification du droit international se présentent sous un aspect différent de part et d'autre de l'Atlantique.

1. — C'est en *Europe* que s'est formé le droit international. L'ouvrage d'Heffter, dans sa dernière édition, celle de 1888, portait encore le titre : *Das europäische Völkerrecht*. Sur ces entrefaites, ce droit trouva sa voie vers l'Amérique de même que vers les autres parties du monde et s'élargit jusqu'à devenir un droit international universel. Cependant la suprématie de l'Europe subsista encore grâce aux grands congrès politiques et juridiques du siècle dernier. Le nombre de traités qui en résultèrent et marquèrent de son empreinte le droit international, la maintiennent au premier rang.

2. — *L'Amérique*, sous la forme des jeunes Etats, successeurs des colonies anglaises, espagnoles et portugaises, n'entra qu'assez tard dans le domaine du droit international. La conscience, maintenue depuis l'époque coloniale, de leur communauté de destinée parvint, à la fin du siècle dernier, à se faire jour à nouveau. Sous la forme de l'Union panaméricaine, elle créa une puissante communauté d'intérêts qui a provoqué un contact permanent entre les Etats-Unis anglo-germaniques du Nord et les Etats hispano-portugais-latins de l'Amérique du Sud et de l'Amérique Centrale. A l'aide des grandes conférences panaméricaines qui ont lieu assez régulièrement, ainsi que des conférences panaméricaines accessoires et techniques, préparatoires et d'exécution, presque innombrables, ce contact est devenu progressivement de plus en plus étroit.

Cette cohésion résultant de la nature et de l'histoire, rend nécessaire et facilite la formation de règles stables pour les relations mutuelles. En s'affirmant de façon très significative depuis 1900, elle a conduit à la rédaction de nombreux traités sur des questions générales ou spéciales de droit international américain. Ils ont été présentés aux conférences panaméricaines et

volontiers acceptés par elles. Même lorsqu'ils n'ont été ratifiés que par un nombre relativement faible d'Etats membres de l'Union panaméricaine ⁽⁶⁾ ceci ne correspond à aucune opposition à l'égard de leur contenu, mais résulte tout au plus d'une certaine circonspection ou même de la négligence. Car ce contenu correspond, en substance, aux conceptions généralement admises.

Des tentatives de codification d'ensemble du droit international résultèrent aussi de la cohésion de ce continent grâce au travail commun. On réclama leur réalisation d'assez bonne heure dans les négociations des congrès spécifiquement hispano-américains du dix-neuvième siècle. Et lorsque, en 1889, ceux-ci se furent élargis en Union panaméricaine groupant les 21 Etats souverains du double continent américain, par l'incorporation des Etats-Unis et du Brésil, cette question fut sans hésitation comprise dans le domaine des tâches qui lui incombaient.

Lorsque cette Union, formant une unité territoriale avec une activité effective, prit de plus en plus conscience d'elle-même, un problème plus vaste apparut bientôt : le travail commun concernant le droit international devait-il se limiter à l'Amérique ou fallait-il l'étendre au droit international du monde entier, avec une valeur universelle. Le Chilien A. Alvarez, dans « *Le droit international américain* », Paris, 1910, se prononça en faveur de l'idée que l'Amérique se suffit à elle-même. Mais dès cette époque le Brésilien Savianna soutint le contraire dans : « *De la non-existence d'un droit international américain* », Rio-de-Janeiro, 1912, voulant conserver à l'Amérique l'accès au droit international universel.

3. — Après la guerre, la Société des Nations de Genève voulut réagir contre la scission menaçante du droit international en fragments continentaux avec son programme de travail en commun de *tous les Etats*. Mais elle ne doit s'en prendre qu'à elle-même, si tous les Etats souverains du monde ne lui apportèrent pas leur adhésion ou ne purent continuer à en faire partie après une décevante expérience. Ainsi elle ne devait bénéficier ni de l'extension territoriale, ni de l'importance de l'Union panaméricaine. C'est aussi le motif véritable pour lequel aucun résultat tangible ne fut obtenu, lors de la Conférence de La Haye de 1930, pour la codification de trois questions fondamentales du droit international : droit de la nationalité, des eaux territoriales et de la responsabilité des Etats.

Cette absence de résultats, quant aux questions générales, fait réapparaître la préférence pour les réglementations partielles. L'existence des rapports internationaux et du droit international n'est par là ni compromise, ni démentie. Il est plutôt encourageant de constater que l'idée de l'universalité du droit des gens trouve un appui solide dans les exposés d'ensemble faits par les auteurs de l'Amérique du Sud et de l'Amérique Centrale, notamment par les juristes du Ministère des Affaires étrangères d'Argentine, Antokoletz (1924) et Ruiz Moreno (1934). Il en est de même des derniers travaux (1936) du conseiller juridique de la représentation diplomatique du Chili en Europe, Alvarez, travaux consacrés à l'élaboration des propositions essentielles pour le droit international universel et pour sa codification.

(6) V. les statistiques dans *Ibero-Amerikanisches Archiv*, Berlin, t. 4, 1931, s. 545 et s., et t. 10, 1937, p. 407 et s.

III. — LES RAISONS DE L'INSUCCÈS OBTENU JUSQU'A PRÉSENT

En attendant, l'idée de la codification reste arrêtée au début de sa réalisation. Les efforts laborieux de quelques enthousiastes et de quelques optimistes sont des points de départ appréciables et forment d'utiles bases de discussion. Mais cependant l'opinion continentale et mondiale n'est plus portée aujourd'hui avec la même force et la même confiance dans sa réalisation vers la codification du droit international. C'est pourquoi nous allons tenter dans ce qui va suivre, un diagnostic de cet insuccès et chercher ce qui peut être proposé pour lever les obstacles.

1. — La connaissance des causes doit être établie en partant des éléments *extérieurs* les plus facilement perceptibles. Comme point de départ de l'observation servent spécialement les tentatives de codification générale; on peut également utiliser les essais sur des questions particulières, mais en vue d'un travail d'ensemble. Les auteurs peuvent en être soit des individus, soit des groupes. Ces groupes sont ou des organisations privées, agissant sous leur propre responsabilité, ou des congrès de représentants d'Etats. Dans tous les cas ils subissent la pression de leurs données naturelles.

En *Europe*, on va lentement et en partant des questions spéciales. Mais l'on a comme but ultime la codification d'ensemble et on le poursuit avec application et sérieux.

En *Amérique*, on procède tout différemment. Là-bas on est toujours prêt à régler rapidement et à grands traits. On attaque tout de suite la solution de l'ensemble du problème, on tente un grand coup et on se laisse rarement déconcerter ou rebuter par les difficultés de détail.

2. — La raison *profonde* de cette opposition extérieure se trouve surtout dans la différence de situation politique. En *Europe* règnent depuis des siècles lutttes et guerres entre les mêmes peuples voisins, souvent à cause des mêmes questions, des mêmes frontières ou des mêmes territoires. Les injustices causées ou subies ne s'effacent pas du souvenir. Même en temps de paix on ne peut se retenir d'une certaine crainte, d'un doute à l'égard de l'honnêteté d'autrui, on appréhende toujours de nouvelles vengeances, des empiètements et des injustices. C'est pourquoi on croit tout, car les expériences d'un long passé pèsent sur la mémoire, la conscience, la responsabilité. Rien n'apparaît invraisemblable, nulle cruauté, nul acte de force ne semble exagéré ou impossible. Et ainsi les conflits ne prennent pas fin. Dans ces conditions combien il est difficile au chef du destin de l'Allemagne de convaincre le monde de la sincère volonté de paix de l'Allemagne et encore plus d'entraîner l'humanité entière vers un fécond travail en commun.

Il en est tout autrement en *Amérique*. Là-bas, il y a eu, il y a encore de la défiance contre les anciennes métropoles d'Europe, géographiquement très éloignées, mais il n'en existe presque pas dans les rapports mutuels. Le continent est aussi beaucoup trop étendu pour que les litiges de frontière qui peuvent survenir, prennent l'âpreté d'un combat de vie ou de mort. On est toujours beaucoup plus disposé à régler ou à contribuer au règlement des conflits qui peuvent survenir, à l'amiable ou sans répandre trop de sang.

La conséquence naturelle, au point de la codification, est l'existence en Europe d'une crainte constante d'être trompé de quelque manière, d'être amené par la persuasion ou par la force à accepter une formule accablante, d'où une aversion fondamentale contre tout ce qui pourrait lier de trop près

et obliger pour le meilleur et pour le pire. Tout au plus, pour sauver les apparences, poursuit-on avec un empressement modéré la conclusion de traités limités sur des questions particulières, avec le plus de détails techniques possibles. Mais on évite soigneusement les questions essentielles, les lacunes restent des lacunes et ne sont comblées que par d'autres petits traités complémentaires tout aussi malaisés à conclure.

A l'inverse, règne en *Amérique* un empressement sans bornes pour conclure un ensemble de traités aussi vastes que possible. D'après des renseignements connus, cités par le représentant des Etats-Unis devant l'Instituto argentino de Derecho Internacional, à l'occasion de la conférence panaméricaine de la paix à Buenos-Aires, en décembre 1936, de 1902 à 1910, de la deuxième à la quatrième conférence panaméricaine, ont été conclus 17 traités ou conventions entre les Etats membres de l'Union, et depuis la guerre mondiale, de 1923 à 1935, de la cinquième à la septième conférence, 35 en tout. Pour le droit international privé, le code de Bustamante fournit un exemple que l'on connaît également bien en Europe. Ainsi, tandis que dans l'Europe d'après-guerre, par une désillusion bien compréhensible, la confiance en un certain ensemble de traités devenus intenable disparaissait et que leur portée d'application se réduisait continuellement, en Amérique, non seulement la moyenne des traités généraux et des conventions de l'avant-guerre se maintenait, mais encore s'élevait-elle de plus de 100 %.

IV. — ESSAIS DE RAPPROCHEMENT ENTRE L'EUROPE ET L'AMÉRIQUE

1. — On peut tenter d'aplanir cette brutale opposition dans la conduite de l'Europe et de l'Amérique en parlant des *éléments extérieurs de leurs méthodes*. On peut, par exemple, pour avoir le plus de chances possibles d'éviter les erreurs, attirer un plus grand nombre de spécialistes, multiplier les groupements pour l'étude du droit international et notamment de sa codification, tenir des congrès plus fréquents et créer des commissions spéciales, leur assigner une résidence déterminée ou les envoyer siéger de place en place et dans tous les cas accumuler une masse d'avis et de projets pour le plan d'ensemble ou pour les détails. Mais cela ne suffira pas à réduire l'opposition profonde. En *Europe* ce travail n'aurait qu'un résultat insignifiant. Par contre, en *Amérique*, le nombre des traités conclus augmenterait probablement.

2. — Essayant d'aller plus loin on a cherché, dans ces derniers temps, à percer la surface extérieure du mécanisme de discussion et à dégager des *idées directrices* assez fermes pour servir de support à l'œuvre ultérieure de codification (7). C'est une méthode expérimentée surtout dans le droit espagnol et dans les droits qui en dérivent. La « Ley de bases » montre la direction qui sera celle de l'œuvre législative une fois finie. C'est de façon analogue que, récemment, le juriste chilien qui a déjà été cité à plusieurs reprises, Alvarez, a entrepris d'établir un « Exposé de motifs et déclaration des grands principes du droit international moderne » (Paris, 1936) et de le proposer à l'adhésion universelle. Il ne comprend que 40 articles en 9 titres : le titre 1^{er} demande pour la communauté internationale l'interdépendance

(7) Pendant la Convention, Henri Grégoire avait déjà, de la même manière, en 1795, établi une déclaration en 21 articles pour le droit international futur.

des Etats; le titre 2 concerne les sources du droit international, leur usage et leur développement (y compris l'équité et les décisions juridictionnelles); le titre 3, les rapports entre le droit interne et le droit international (liaison entre les deux sphères); le titre 4, les droits des Etats et leurs limites (exercice de la contrainte); le titre 5, les devoirs des Etats (commerce international et progrès humain); le titre 6, les droits internationaux des individus (garantie des droits fondamentaux); le titre 7, les droits et devoirs des étrangers (pas de droits plus étendus que ceux des nationaux), la responsabilité des Etats et les réclamations diplomatiques; le titre 8, la solution des différends internationaux et le titre 9, la codification du droit international, mondiale, continentale ou régionale, mais toujours d'après ces principes. Ce projet doit indirectement reprendre à nouveau l'œuvre de codification pour laquelle la Société des Nations a échoué lors de la conférence de La Haye. Sa puissance d'expansion a été accrue du fait de l'adhésion préalable de l'*Académie diplomatique internationale*, de l'*Union juridique internationale* et de l'*International Law Association*.

Mais même si ces bases étaient apportées dans le mécanisme de la marche normale des détails, les opinions publiques en Europe et en Amérique se trouveraient dans le même état d'opposition à leur égard : ici une inquiétude non dissimulée ou une secrète méfiance à l'encontre de ce qui peut lier sans le dire, là-bas un accueil ouvert et un optimisme heureux de s'engager.

3. — C'est à la racine qu'il faut saisir cette malheureuse opposition continentale. La codification n'est pas simplement une affaire intéressant le droit international, mais elle se trouve au centre même de l'évolution de la *granae politique* des Etats et elle ne peut échapper à une action réciproque de ces deux éléments. C'est pourquoi il ne faut pas chercher exclusivement le moyen de parvenir à la codification du droit international dans l'abaissement de l'opposition qui existe entre les méthodes des deux continents, mais plutôt dans un effort pour identifier et unir les conceptions politiques essentielles, de qui dépendent aussi les progrès de la codification. Un double accord doit donc être réalisé : l'harmonie de la politique des continents pris isolément, point de départ de la codification, puis alors seulement celle des méthodes de codification de continent à continent.

a) En *Amérique* il n'est pas douteux que la politique générale des 21 Etats membres de l'Union soit favorablement disposée à l'égard de la codification. Presque sans restriction on se risque à une codification d'ensemble, qu'elle soit limitée au droit international américain ou qu'elle s'étende au droit international universel. Mais en même temps, par des accords sur des questions particulières, on effectue un important travail préparatoire.

b) Il en est autrement en *Europe*. Là, des abîmes séparent encore la politique des différents Etats.

La responsabilité en incombe au premier chef à la politique contre nature des siècles derniers. Le peuple est la donnée naturelle dans la vie de l'Etat pris isolément, comme dans celle des divers Etats dans les rapports internationaux. Du fait de sa cohésion naturelle, chaque peuple se crée et se forme son propre Etat ou ses propres Etats. Il y déploie ses forces constructives les meilleures et les plus saines. Il y a puissance naturelle là où la contruction artificielle de la personne juridique de l'Etat entreprend de donner à celui-ci son peuple. Mais ce sont souvent des forces contre nature

et nuisibles au peuple qui s'imposent par l'usage de la puissance sous la forme de puissance impérialiste étrangère, provoquent la désunion et la destruction, apportent nécessairement leur agitation chez le voisin pacifique et la transplantent chez lui.

Conformément à cette fausse politique, l'Etat artificiel et impérialiste, qui n'est pas lié à son peuple, est également élevé au rang de facteur du commerce international, tandis qu'à l'opposé les peuples doivent abandonner leur place d'élément des rapports internationaux quand ils ne sont plus liés aux Etats qui correspondent à leur individualité propre. L'obscurité et l'opposition des conceptions qui règnent ainsi apparaissent nettement dans la terminologie en usage pour le droit international. Certains le considèrent, d'une façon pour le moins erronée, comme un droit interétatique, d'autres, plus exactement comme un droit international, c'est-à-dire un droit entre nations, entre peuples.

Si le peuple et l'Etat correspondent il n'y a pas de danger et tout va bien. Au cas contraire, la dissociation de l'Etat et du peuple apparaît comme la source de la discorde et de la défiance dans les rapports internes et au dehors pour les relations internationales.

Par conséquent le remède doit être découvert dans le retour général, en Europe, au peuple, donnée naturelle, comme base de l'Etat qui lui correspond. C'est-à-dire que si en Europe les Etats correspondent enfin à la nature profonde et à la volonté des peuples qui les constituent, il sera temps de codifier le droit international.

c) Par là, s'ouvre le véritable aspect de la *question de méthode* qui a été soulevée dans le travail. Si l'on suppose que le moment de codifier soit venu, au moins sur les deux rives de l'Atlantique, d'après quelle méthode devrait-on procéder ? D'après la méthode américaine qui, avec générosité et largeur de vues, entreprend hardiment cette œuvre gigantesque dans son ensemble, sans se laisser embarrasser pour de bon par des controverses possibles sur les détails ? Ou, peut-être, d'après la méthode européenne qui, certes, tend à réaliser un plan d'ensemble, mais qui, avec le souci des grandes conséquences, même des petites choses, risque de se perdre et d'étouffer dans les détails ?

Poser la question, c'est déjà y répondre. Seule une liaison harmonieuse des deux méthodes peut permettre de réaliser le progrès escompté. Et il en sera ainsi. Car le terrain des questions politiques préliminaires étant entièrement assaini, la question capitale de la codification du droit international en retirera une impulsion énergique annonciatrice du succès, et le travail méthodique en communion entre les Etats d'Europe et d'Amérique, proches par leur culture et par leur droit, transformera les vues et les résultats existant de part et d'autre en vues et en résultats communs et fera disparaître les oppositions qui peuvent exister.

CHAPITRE II

LES MERITES ET LES DEFAUTS RESPECTIFS DU DROIT CIVIL ET DU COMMON LAW

SUR L'APTITUDE RESPECTIVE DU DROIT CIVIL ET DU COMMON LAW A S'ADAPTER A L'ÉVOLUTION ÉCONOMIQUE, cf. la contribution de M. BALOGH, L'ADAPTATION DU DROIT AUX CONDITIONS ÉCONOMIQUES DANS LES DROITS EUROPÉENS ET AMÉRICAINS, publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre II, Chapitre VI, Section I, « L'Adaptation du Droit aux Evolutions Economiques », § 149).

SECTION I

DANS LE DOMAINE DU DROIT PRIVE

WALTON, *La responsabilité délictuelle dans le Droit Civil moderne (plus particulièrement dans le Droit Français) comparée avec la théorie anglaise du délit civil (torts).*

**LA RESPONSABILITE DELICTUELLE
DANS LE DROIT CIVIL MODERNE
(PLUS PARTICULIEREMENT DANS LE DROIT FRANÇAIS)
COMPAREE AVEC LA THEORIE ANGLAISE
DU DELIT CIVIL (TORTS)**

Par F.-P. WALTON

*Ancien Directeur de l'Ecole Royale de Droit du Caire
Membre de l'Académie Internationale de Droit Comparé (*)*

Traduit par Jacques LAMBERT

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

INTRODUCTION

Il est clair que ce vaste sujet ne peut être traité que de la façon la plus sommaire dans le court espace d'un article. On pourrait écrire un gros livre sur ce sujet et le travail en vaudrait la peine. Etant donné ce que nous voulons faire, il n'y aurait pas grand intérêt à indiquer les divergences de détail dans les règles de la responsabilité en droits français, allemand et italien, pour ne parler que de ceux-là, alors même que l'auteur posséderait la compétence nécessaire pour une telle comparaison. Il semble que le plan le plus profitable soit de prendre le droit français comme étalon et de jeter un regard à l'occasion sur les autres systèmes. Cette méthode est la plus acceptable parce qu'une partie considérable de cet essai sera consacrée au principe général de la responsabilité à raison d'une faute et que, j'espère le démontrer, tout le système du droit civil est parti d'un principe général, alors que le droit anglais, après une longue histoire, ne fait que se débattre pour parvenir à un principe du même genre.

ORIGINE COMMUNE DES SYSTÈMES DE DROIT CIVIL

Il est important d'avoir présente à l'esprit l'idée que, dans tous les pays de droit civil, le droit de la responsabilité est du droit romain modifié.

(*) Extrait de *Law Quarterly Review*, Janvier 1933.

Les divers systèmes ont une origine commune et tous, bien entendu en se plaçant d'un point de vue très général, ont construit leur droit suivant les mêmes méthodes. En outre, il serait facile de démontrer que le droit français a exercé une grande influence sur tous les autres systèmes de droit civil. Ceci est dû pour une grande part au prestige du *Code Napoléon*, mais pour une grande part aussi à la remarquable perfection des recueils d'arrêts et des manuels français qui ont été très étudiés dans tous les pays de droit civil ⁽¹⁾. Il ne faudrait pas oublier d'ailleurs que, au moins en ce qui concerne cette partie du système juridique, l'Ecosse doit être comptée comme un pays de droit civil. Dans la période la plus ancienne, elle bâtit son droit d'après les méthodes continentales, empruntant largement aux civilistes hollandais et particulièrement à Vinnius et à Voetius.

Il n'est pas besoin de nous excuser d'une référence occasionnelle au droit écossais, qui, soit dit en passant, a été beaucoup trop négligé dans les ouvrages récents qui tentent de donner une vue générale de divers systèmes juridiques ⁽²⁾.

LE DROIT ANGLAIS A UNE HISTOIRE DIFFÉRENTE ET DES MÉTHODES DIFFÉRENTES

La *common law* d'Angleterre qui s'est étendue aux Etats-Unis et dans plusieurs dominions britanniques présente un contraste marqué avec le droit civil moderne ⁽³⁾. Son histoire est complètement différente. C'est un produit local ; en tout cas, en ce qui concerne la responsabilité pour délit civil (torts), elle ne doit rien, directement ou indirectement, au droit romain. Elle a été bâtie d'une manière tout à fait particulière à l'Angleterre. La différence de méthode est peut-être plus importante que la différence de contenu.

a) Méthode continentale

Dans tous les pays de droit civil, les travaux des grands civilistes qui ont élaboré une sorte de droit romain moderne ont constitué, pendant des siècles, les principales autorités sur lesquelles se guidaient les tribunaux. Cujas, Dumoulin, J. Voet, Domat, Pothier, pour ne mentionner que quelques noms, franchissaient toutes les frontières.

Avant le XIX^e siècle les comptes rendus des décisions judiciaires étaient peu abondants dans la plupart des pays, et les décisions antérieures des tribunaux n'avaient, au total, que peu de poids. En France, un écrivain, même aussi tardif que Pothier, dont le traité des obligations est apparu pour la première fois en 1761, ne cite pas une seule fois, pour autant que j'ai pu

(1) On trouvera de nombreux renseignements sur cette question dans les articles contenus dans « Le Code Civil, Livre du Centenaire », Paris 1904. Cf. une liste des pays dont les codes sont calqués sur le Code Napoléon, dans l'article de Charles SUMNER, p. 128, 32 *Harvard Law Review*. Voir aussi « *The Code Napoleon and the Modern World* », par Sir Maurice AMOS, dans *Journal of Comparative Legislation*, vol. X (3^e série), p. 122.

(2) Dans le bon ouvrage : « *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch* », édité par le Dr Franz SCHLEGELBERGER, le droit écossais est à peine mentionné. Il obtient une seule colonne, soit environ un huitième de l'espace alloué au Liechtenstein.

(3) La France, la Belgique, la Hollande, l'Allemagne, l'Autriche, l'Italie, l'Espagne, le Portugal, ont un système de droit civil. L'Ecosse, la Province de Québec et l'Etat de Louisiane ont le droit civil, très modifié par le contact avec la *common law*, l'Afrique du Sud et Ceylan ont le Droit Romano-Hollandais, également très modifiés.

le voir, une décision de jurisprudence dans cette partie de son œuvre. En général, Pothier appuie ses affirmations, d'abord sur quelque texte de droit romain, et, ensuite, sur des références à quelque écrivain français plus ancien, spécialement à Dumoulin.

L'Anglais Bracton dont le travail est antérieur de 500 ans à celui de Pothier abonde en citations de décisions judiciaires ⁽⁴⁾. Rien ne peut être plus caractéristique de la différence de méthodes entre la *common law* et le droit civil. Si un juge français, du XVIII^e siècle par exemple, se trouvait en face d'un précédent incommode il lui était facile de déclarer, *non exemplis, sed legibus judicandum est*, ou bien, s'il était quelque peu irrité, il pouvait dire : « On cite de pareils arrêts comme on signale des écueils » ⁽⁵⁾. Mais, avant la fin du XVIII^e siècle, toute citation de cas devenait nécessairement très rare à moins qu'ils n'eussent été conservés dans l'une des anciennes collections ou qu'ils ne fussent connus du plaideur par expérience personnelle ⁽⁶⁾.

On peut dire en toute sûreté, qu'avant l'âge de la codification, les juges français se reportaient, dans les affaires de responsabilité (pour employer l'expression française en cas de dommages-intérêts pour faute) pour découvrir le droit, aux travaux de certains auteurs renommés qui jouissaient de la confiance des tribunaux. Bien entendu, il n'y avait pas d'« autorités » au sens anglais moderne, en dehors des actes législatifs.

Aucun exposé d'un auteur, quelque fameux qu'il soit, aucune décision d'un tribunal ne « lie » de telle façon qu'un juge doive le suivre même contre ses propres convictions. Il est là pour rendre la justice suivant sa conscience et il a les mains bien plus libres qu'un juge anglais.

Telle est la position, pouvons-nous dire, avant les codes. Les codes donnent autorité législative aux principes généraux que les auteurs avaient élaborés et ils font, en outre, quelques innovations. Alors commence une nouvelle période consacrée à l'interprétation du code et nous trouvons, tout particulièrement en France, à mesure que le temps passe, une tendance à attacher de plus en plus de poids aux décisions judiciaires ; surtout à un ensemble de décisions dans le même sens. Une jurisprudence constante est difficile à renverser. Mais rien n'approche de la rigidité du système anglais de l'autorité du précédent (*binding precedent*) ⁽⁷⁾.

b) Méthode anglaise

L'histoire du droit anglais en matière de « torts » présente un contraste marqué avec tout ceci. Pouvons-nous dire qu'elle commence par un principe général quelconque ? L'Angleterre est très différente des pays continentaux du fait qu'elle possède des « reports » qui remontent à 600 ans. Aucun

(4) Bracton utilise une bonne part de droit romain pour combler les interstices, mais « son véritable but est de mettre sous une forme écrite permanente, le droit de tous les jours que lui-même administre et que Pateshul et Raleigh administraient avant lui » (Woodbine, dans son introduction au *De Legibus*, p. 51). Nous finissons toujours par en arriver à une citation comme celle-ci : « *Ut coram Martino de Pateshilla de termino Sancti Hillarii, anno* » ; ce n'est pas pour rien qu'il nomme son livre « *Des lois et des coutumes* » d'Angleterre. Voir HOLDSWORTH : *History of English Law*, 11, p. 243.

(5) Une autre phrase favorite dont j'ignore l'ancienneté exacte est : *toutes les erreurs peuvent trouver des arrêts et tous les paradoxes des autorités*.

(6) Voir, sur les principales collections de cas anciens, PLANIOL : *Traité Élémentaire*, I, n. 53 bis.

(7) Voir la comparaison dans C.-K. ALLEN : *Law in the Making* (2^e éd.), p. 125.

autre pays n'a une telle collection de recueils juridiques. Nous sommes à même, à partir de 1290, de suivre le travail des Tribunaux Royaux; d'année en année, presque de jour en jour. Les travaux des chercheurs contemporains, et particulièrement l'histoire monumentale de Sir William Holdsworth, nous ont rendu l'histoire de la *common law* bien plus claire qu'elle ne l'était pour nos prédécesseurs.

Le droit s'insinue de cas en cas. Les juges conçoivent que leur besogne est de disposer du cas qui se trouve devant eux. Autant qu'il est possible, ils évitent de sortir plus de droit que ce qui absolument nécessaire à cette fin. Nous ne devons pas non plus oublier que, tout au long de cette longue histoire, jusqu'au « *Common Law Procedure Act* de 1852 », mais particulièrement dans la période la plus ancienne, le système est excessivement technique. A toute cause d'action correspond un « *writ* » approprié ; il est très difficile de faire accepter une nouvelle cause d'action ⁽⁸⁾, et la plus légère erreur de forme dans le « *writ* » est généralement fatale. Le *Damnum injuria datum*, n'était pas encore en soi une cause d'action et ne l'est pas encore aujourd'hui ⁽⁹⁾. Le plaideur doit justifier de faits tels qu'ils fassent tomber son affaire sous le chef d'un « *tort* » reconnu, tel que « *deceit* », « *conversion* », « *negligence* », ou quelque autre que ce puisse être. La substance du droit se trouve enterrée sous les formes techniques de la présentation du procès (*pleading*). Pour un des vieux techniciens du procès (*special pleader*) la question de savoir s'il serait juste que A supporte une perte que lui aurait causée B (en dehors du domaine contractuel) aurait paru constituer une plaisanterie sur un sujet sérieux. La question pour lui n'était pas : y a-t-il un dommage causé sans droit, mais existe-t-il une procédure de réparation (*remedy*) ? Et le système du cas se fixe avec une précision de plus en plus grande, jusqu'au moment où, avec le XIX^e siècle, nous arrivons aux règles rigides concernant l'autorité du précédent qui prévalent maintenant. ⁽¹⁰⁾

Tout ceci peut amener une grande précision, mais il serait difficile de prétendre que ce peut conduire à l'énonciation de principes généraux. Même la teinture de droit romain qui provenait de Bracton se perd. Suivant les termes de Sir William Holdsworth : « Les juristes de *common law* cessèrent, pour la plupart, de se soucier des principes généraux, et ils cessèrent de réfléchir. Le résultat fut que, au quatorzième et au quinzième siècle, la *common law* tendait à devenir de plus en plus technique et de moins en moins rationnelle. Il semblait probable qu'elle finirait par perdre toute attache avec les grands principes pour devenir purement « un commentaire évasif sur les formules de procédure « *writs* » et sur les actes législatifs « *statutes* » ⁽¹¹⁾.

Le résultat de ce procédé, continué pendant cinq ou six cents ans, c'est que nous avons une grande masse de solutions juridiques précises sur cer-

(8) Même jusqu'en 1904 nous trouvons un savant juge pour dire : « Il est très désirable de ne pas établir de nouvelle cause d'action s'il est possible de l'éviter » : le Juge Wills, dans *Smith c. Giddy* (1904, 2. K. B. 448, 450-451). J'emprunte la citation au professeur WINFIELD, qui remarque que, quelque indésirable que ce put-être, le juge le fit. (27. *Columbia Law Review*, p. 9).

(9) Voir *Bradford c. Pickles* (1895) A. C. 587 ; *Allen c. Flood* (1898) A. C. 1.

(10) Voir ALLEN : *Law in the Making* (2^e éd.), p. 150.

(11) II, p. 287. La citation est de POLLOCK et MAITLAND, I, p. 204.

tains dommages définis causés sans droit, « *wrongs* », mais que nous avons très peu sur les dommages causés sans droit en général, ce qui est exactement l'opposé de ce que nous constatons dans les systèmes continen-taux ou dans le droit écossais.

La matière des délits civils est comme une forêt enchevêtrée, dans laquelle il y aurait quelques clairières. Sans doute, outre les délits civils nom-més, il existe quelques cas plus ou moins analogues à l'un ou l'autre d'en-tre eux dans lesquels les tribunaux ont décidé qu'il existait une responsa-bilité ⁽¹²⁾.

Cas de responsabilité « stricte »

Outre les cas dans lesquels il faut que soit démontrée une faute, d'une espèce ou d'une autre, et, par-dessus ces cas, nous avons le groupe im-portant et très intéressant des cas dans lesquels un individu est responsable sans faute, ou, au moins, doit compte de ses actes bien plus strictement que dans un cas normal. Il est presque dans la position d'un assureur. « Une personne qui possède une chose dangereuse en assure la garde à ses risques et périls et, si elle s'échappe, il est responsable des conséquences, qu'il ait commis une faute ou non » ⁽¹³⁾. Il en est ainsi en ce qui concerne la responsabilité pour la fuite d'eau artificiellement emmagasinée sur un immeuble pour l'incendie, pour la divagation du bétail, pour les explosifs, les poisons, etc. Ce sont tous des cas dans lesquels a été créé un danger qui n'existait pas naturellement ⁽¹⁴⁾.

Responsabilité sans faute

Il y a, en outre, certains des délits civils nommés dans lesquels il y a une responsabilité sans intention frauduleuse ou sans faute « *negligence* ». Le fait de pénétrer sur la terre d'autrui peut être poursuivi en soi, même si l'acte est le résultat d'une erreur innocente et même si aucun dommage matériel n'a été causé ⁽¹⁵⁾. Et un homme qui intentionnellement s'immisce dans une question de « *chattel* » de façon à ce que la personne qui a droit à la possession en soit privée, est responsable pour « *conversion* » à moins qu'il n'ait quelque justification légitime, et une erreur innocente ne cons-titue point une telle justification ⁽¹⁶⁾.

Anomalies

Il y a bien des anomalies. Pourquoi, par exemple, un individu n'est-il pas responsable pour diffamation (*exceptis excipiendis*), à moins que ne soit prouvé un dommage particulier ? ⁽¹⁷⁾. Pourquoi une compagnie télé-

(12) Voir plus loin, n. 25.

(13) *Fardon c. Harcourt Rivington*, « Times », 23 Janvier 1932 (*House of Lords*) ; *Ryland c. Fletcher* (1868) L. R. 3. H. L. 330.

(14) On a suggéré que c'était une survivance ou une résurrection de ce qui était autrefois la règle générale. L'homme du moyen-âge « agissait à son péril », mais je crois que le professeur WINFIELD a démontré que semblable affirmation ne peut être acceptée, si elle doit l'être, qu'avec bien des réserves (42. *Law Quarterly Review*, p. 37, 1926). « L'homme du moyen-âge » avait déjà assez à supporter sans cela.

(15) *Entick c. Carrington*, 19 State Trials, 1066 (1765).

(16) *Hollins c. Fowler* (1875) L. R. 7 H. L. 757.

(17) *Roberts c. Roberts* (1864) 5 B. et S. 384. Le terme *slander*, diffamation en anglais, est réservé aux paroles.

graphique qui cause un dommage à un tiers par sa faute jouit-elle d'une immunité ? Y a-t-il une raison suffisante à cela dans le fait que le « *wrong* » de « *deceit* » exige une déclaration volontairement fausse, faite dans l'intention que le demandeur agisse en tablant sur elle, et ayant comme résultat qu'il agisse ainsi et qu'un dommage en résulte pour lui ⁽¹⁸⁾ ?

Est-ce que la responsabilité à raison de déclarations diffamatoires n'a pas été poussée au-delà des bornes de la raison ⁽¹⁹⁾ ?

Il y a aussi des obscurités, mais nous ne pouvons insister sur elles ⁽²⁰⁾.

Le Dr. Jenks dit que la meilleure réponse à la question : pourquoi existe-t-il de telles anomalies ?, est que « la théorie du délit civil est aujourd'hui dans l'état où se trouvait la théorie du contrat au XVIII^e siècle, et qu'elle attend une grande figure, comme Lord Mansfield, qui s'impose et qui la place sur un terrain scientifique » ⁽²¹⁾.

Et les savants éditeurs de la dernière édition de Stephen disent : « Il n'existe, en fait, aucune règle générale sur le délit civil... La plus grande partie de l'espace consacré à la théorie du délit civil est par conséquent occupée par les règles particulières qui s'appliquent aux diverses variétés de délits civils (*torts*) » ⁽²²⁾. Il n'est pas besoin de preuve pour démontrer que la théorie anglaise du délit civil n'a pas été dégagée, comme elle l'a été dans le droit continental, par un procédé de déduction à partir d'un petit nombre de principes généraux, si ce n'est dans la mesure où les juges, si liés qu'ils aient pu être par les formes de la procédure et par les précédents, continuaient d'avoir le sens de la justice. Quelle preuve plus convaincante de ceci que le fait qu'il est encore possible à de hautes autorités de soutenir que dans le droit anglais il n'y a rien de semblable au délit civil en général (*tort*), mais seulement certains délits civils définis ?

Est-il possible de définir le « tort »

Il existe deux manuels sur la théorie des « *torts* » qui se divisent à peu près l'allégeance des étudiants, l'un par Sir Frederick Pollock et l'autre par le regretté Sir John Salmond. Sir Frederick Pollock enseigne qu'il existe un principe général sous-entendu, le principe que l'on ne doit pas causer un dommage illégitime à autrui, bien qu'il admette qu'aucun principe général de ce genre ne se trouve officiellement exposé ⁽²³⁾.

Tandis que Sir John Salmond dit : « De même que le droit criminel consiste en un corps de règles établissant des infractions déterminées, de même la théorie du délit civil consiste en un corps de règles établissant des dommages causés sans droit « *injuries* » déterminés. Ni dans un cas, ni dans l'autre, il n'existe de principe général de responsabilité ⁽²⁴⁾.

(18) *Dickson c. Reuter's Telegram Company* (1877), 3. C. P. D. I.

(19) Voir *Hulton c. Jones*, 1910. A. C. 20 ; *Cassidy c. Daily Mirror Newspapers* (1929), 2. K. B. 331.

(20) Par exemple, le doute qui plane sur la question de *conspiracy*, en tant que délit civil. *Sorrell c. Smith* (1925) A. C. 700 ; POLLOCK : *Torts*, 13^e éd., p. 328. Et on se demande encore si A, dont la signature a été imitée par B, alors que A en a subi une perte, peut demander des dommages-intérêts à B pour la perte de réputation si le chèque n'est pas payé. Voir une lettre du Dr D.-E. JENKS, dans le *Times*, 13 juillet 1932.

(21) *Stephen's Commentaries* (18^e éd.), I, p. 89.

(22) Id. (19^e éd. 1928), I, p. 13 ; cf. id. III, p. 371.

(23) *Torts* (13^e éd.), p. 6.

(24) *Torts* (7^e éd.), s. 2 (3).

Le seul point qu'il m'intéresse de préciser ici est que, s'il existait quelques principes généraux qui guidaient les juges anglais qui ont élaboré la théorie du délit civil, ces principes étaient soigneusement relégués à l'arrière plan et l'on parlait d'eux aussi peu que possible. Ils ne jouaient pas du tout le même rôle que les principes généraux du droit continental concernant les fautes « *wrongs* », sur lesquels, pendant des siècles, les juges continentaux ont modelé leurs décisions. Le fait est que, sur bien des points, la théorie anglaise du délit civil s'est cristallisée trop tôt, avant que l'on eut songé aux principes généraux.

Territoire contesté entre délit civil, contrat et quasi contrat

Dans un ouvrage récent d'une espèce particulièrement suggestive le Professeur Winfield examine les frontières mal définies entre délit civil (*tort*) et contrat, ainsi qu'entre « *tort* » et quasi contrat. Une bonne part de ce que dit le Professeur Winfield étonnerait un juriste continental et pourrait peut-être le conduire à un degré excessif de contentement de soi. Il apprendrait combien amer est le sort de ceux qui doivent extraire des principes clairs d'une masse grossière de cas et comment les juristes anglais d'aujourd'hui doivent travailler et peiner pour arriver à quelques formules simples comme celles qui, depuis des siècles, paraissent élémentaires dans le droit continental. Peut-être ce qui étonnerait le plus le juriste continental serait l'extrême répugnance du juge anglais à affronter la conception de quasi contrat ⁽²⁵⁾. Nous pouvons être certains que les juges emploieraient jusqu'au dernier effort pour trouver quelque preuve d'un contrat implicite et, dans leur désir d'être justes, ils seraient conduits à inventer des contrats que, si cela n'était pas irrespectueux, on pourrait qualifier de fantastiques ⁽²⁶⁾.

Résumé

Comparée à la théorie anglaise du délit civil « *tort* », qui semble un vieux chêne rabougri, plein de nœuds et d'irrégularités avec quelques-unes de ses branches quelque peu pourries, la théorie française de la responsabilité constitue un système simple et cohérent ⁽²⁷⁾. Dans le système continental, nous partons des principes et les cas n'en sont que des applications. Dans le système anglais, d'autre part, nous partons des cas, et, plus tard, si nous pouvons, nous arrivons aux principes, par une méthode d'induction.

Peut-être ai-je donné trop de place à ces considérations, mais il me semble que cette esquisse d'histoire, quelque légère et imparfaite qu'elle soit, fait ressortir plus clairement les différences fondamentales des deux

(25) Sans doute l'expression est barbare, mais elle satisfait à un besoin réel. Il est à regretter que, juste au moment où elle a fait son chemin avec difficultés dans la terminologie anglaise, le *Progetto* l'abandonne, bien qu'il conserve, naturellement, les obligations qui sont inscrites par le Code Français sous la rubrique des Quasi Contrats.

(26) Cf. *Lightly v. Clouston* (1808), 1. Taunt. p. 200.

(27) La même chose est vraie du droit écossais. Voir l'exposé le plus récent du terme *reparation*, par M. Hector MCKECHNIE, dans *L'Encyclopaedia of the Laws of Scotland* de GREEN.

systèmes. Je vais maintenant envisager quelques-unes des différences les plus saisissantes entre le système anglais et le système continental.

Règles générales des codes continentaux

Après ce qui vient d'être dit, il n'est pas nécessaire de souligner que, dans les codes, les articles concernant cette question, peu nombreux et courts qu'ils sont, ne doivent en aucun cas être considérés comme contenant toute la théorie juridique en la matière. Ils ne constituent que quelques principes généraux par lesquels les tribunaux doivent être guidés, et la lumière nécessaire à l'interprétation des articles se trouve dans les ouvrages des commentateurs du droit traditionnel. En France ceci est surtout vrai de Pothier, dont les travaux ont pu être qualifiés de commentaire préalable du code. S'arrêtant au principe fondamental, le code français l'expose dans les termes devenus familiers : « *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige de celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». (Art. 1382). Règle bien générale si l'on veut ; mais est-elle trop générale ? Le code Italien dit de même (Art. 1151). Le code Suisse dit que le dommage doit être causé d'une *manière illicite* (Code Ob. 41). Le code Allemand tente de rendre les choses plus claires en disant que l'acte illicite doit léser la vie, le corps, la santé, la liberté, les biens ou quelque autre droit d'autrui (Art. 823). Et les savants auteurs du Progetto, avec tous ces codes et bien d'autres derrière eux, ne font pas de véritable changement dans l'exposé de la responsabilité générale fait par le code Napoléon, bien qu'ils le rédigent encore plus brièvement. Ils proposent cependant une addition importante concernant l'abus de droit que je mentionnerai plus loin (Art. 74) ⁽²⁸⁾.

La faute considérée comme question de droit, non de fait.

On pourrait bien considérer que la question de savoir si, dans les circonstances particulières de l'espèce, un défendeur a été coupable d'une faute est une question de fait.

C'est une question très importante en France à raison des règles concernant la compétence de la *Cour de Cassation*. Cette Cour se voit interdire tout nouvel examen des faits. Elle doit prendre les faits tels qu'ils ont été constatés par la Cour Inférieure. *Sous aucun prétexte et en aucun cas le tribunal ne pourra connaître du fond des affaires* ⁽²⁹⁾.

Mais, après quelques hésitations, la Cour de Cassation a décidé qu'elle avait le droit d'examiner si les faits, tels qu'ils étaient constatés par le tribunal inférieur, établissaient une faute délictuelle. Et c'est maintenant une règle bien établie ⁽³⁰⁾.

Ce contrôle de la Cour de Cassation a largement contribué à l'élaboration d'un système cohérent de droit jurisprudentiel sur la question de la responsabilité.

(28) Le droit écossais part de principes tout aussi généraux. STAIR : *Institutions*, 1, 9, 6 « *Damnum plus culpa* » suffit.

(29) Loi du 27 novembre-1^{er} décembre 1790 (Loi pour la formation d'un tribunal de cassation).

(30) Civ. 28 fév. 1910 (S. 1911, 1, 329, note Appert) ; Civ. 15 janvier 1929, D. H. 1929, 204 ; *Planiol et Ripert*, VI, 553 ,

*Quelques différences particulières entre le droit français
et le droit anglais*

Il n'est possible que de choisir quelques questions et de les traiter de façon très sommaire. J'insisterai surtout sur celles pour lesquelles le droit français, dans les dernières années, a montré le plus remarquable degré d'élasticité.

Les questions sur lesquelles on peut dire quelques mots sont : 1° dommages-intérêts pour préjudice moral ; 2° division des dommages-intérêts quand il y a faute des deux parties ; 3° dommages-intérêts poursuivis contre l'Etat ; 4° abus de droit et 5° développement du principe du risque.

I. — DOMMAGES-INTÉRÊTS A RAISON D'UN PRÉJUDICE MORAL

C'est une règle établie du droit français qu'on peut recouvrer des dommages-intérêts aussi bien pour un préjudice moral que pour un préjudice matériel, et, en règle générale, tout empiètement sur les droits d'autrui lui causera un préjudice moral même s'il ne subit pas réellement de perte pécuniaire ⁽³¹⁾. Ceci s'applique au fait d'entrer sans droit (*trespass*) sur un immeuble, lorsque cet acte est d'une nature qui constitue une contestation du droit du propriétaire, — *celui qui a un droit peut agir contre celui qui le lui conteste, lorsque cette contestation se manifeste par des actes ou des faits qui constituent un trouble matériel ou juridique* ⁽³²⁾. Il existe cependant quelques doutes sur la question de savoir si on peut recouvrer des dommages-intérêts à raison du simple fait que quelqu'un a commis un « *trespass* » qui n'a causé aucun préjudice et qui ne constitue pas une contestation du droit du propriétaire. Dans le droit anglais, toute « *invasion* » d'une propriété privée, si minime soit-elle, constitue un « *trespass* ». Personne ne peut mettre le pied sur mon terrain sans mon congé, qui ne soit passible d'une poursuite, même si le dommage est nul ⁽³³⁾. Lorsqu'une action est introduite essentiellement pour revendiquer un droit et qu'il n'a été souffert aucune perte matérielle, le droit anglais admet l'attribution de dommages-intérêts nominaux et on peut considérer que ceux-ci sont donnés en compensation du préjudice moral. Mais le sens le plus habituel de ce terme est celui d'un *solatium* aux sentiments offensés et, à cet égard, il existe au moins, en théorie, une différence entre les deux droits. Le droit français en principe accorde *solatium* pour le *dommage moral*, qu'il s'agisse d'une atteinte à la réputation ou d'une atteinte aux sentiments, par exemple dans le cas où des parents demandent un *pretium doloris* pour le chagrin et la souffrance qu'ils ont supportés à la suite d'un décès causé par la faute du défendeur ⁽³⁴⁾. En France, lorsqu'on poursuit le recouvrement de dommages-intérêts en invoquant la diffamation (*libel*), ou lorsqu'un mari

(31) SOURDAT : *Responsabilité* (3^e éd.), I, n. 33.

(32) Cass. 23 juin 1860, S. 1863, I, 519.

(33) *Entick c. Carrington* (1765), 19 State Trials, p. 1.066.

(34) SOURDAT : *loc. cit.* JOSSERAND : *Cours de Droit Civil Positif*, I, n. 442 ; Crim. 15 déc. 1923, D. 1924, I. 69. Le droit écossais de même admet une action en *solatium*. (BELL : *Principles*, pp. 2029-2030 ; *Pollock c. Workman* (1900) 2. Fraser, 354 : il s'agit d'un cas de dissection du corps d'un proche parent sans autorisation. Cf. B. G. B. Art. 847 ; Code Suisse Obl. Arts. 47, 49 ; Progetto, Art. 85.

agit à raison de l'adultère de sa femme, c'est une sage mesure de la part du demandeur que de limiter sa demande à un franc afin de manifester qu'il ne cherche pas à tirer de l'argent de cette action.

En Angleterre, les dommages-intérêts sont considérés, en théorie, comme la réparation des pertes matérielles, mais du fait que les actions en dommages-intérêts comportent généralement le jugement par jury et que la fixation du taux des dommages-intérêts est confiée au jury, il existe en pratique une liberté considérable. En outre, c'est une pratique établie que des dommages-intérêts « exemplaires » ou « vengeurs » (*vindictive*) doivent être accordés pour les dommages intentionnels comme séduction, coups (*assault*), diffamation (*libel*), etc... Cela revient à une réparation du préjudice moral dans la plupart des cas où de semblables dommages-intérêts sont accordés en France.

Il y a cependant un cas qui mérite une attention particulière.

Rupture de promesse de mariage

Dans les actions en rupture de promesse de mariage, il n'est pas rare de voir accorder en Angleterre des dommages-intérêts qui excèdent de beaucoup le dommage matériel subi par le demandeur. Les jurys prennent en considération les circonstances de la rupture et la position et les moyens du défendeur et, quelquefois, des dommages-intérêts très élevés sont alloués⁽³⁵⁾. L'action se présente dans le droit anglais avec une position particulière. C'est en principe une action de contrat, mais, suivant sir Frederick Pollock, « elle a de curieuses affinités avec les actions du délit civil » *torts* »⁽³⁶⁾.

En France il règne une ambiguïté à peu près semblable au sujet de cette action. L'ancien droit, à la suite du droit canonique, reconnaissait le *contrat de fiançailles*, et, bien que le code soit muet, on s'est demandé pendant longtemps si on avait voulu effectuer un changement. En faveur de l'opinion, suivant laquelle les fiançailles ne constituaient plus un contrat obligatoire, on soutenait que la liberté du mariage était une règle d'ordre public et que tout contrat qui restreignait cette liberté était nul. En 1838 cette opinion fut adoptée par la Cour de Cassation, qui décida qu'une promesse de mariage n'était point obligatoire : ceci a constitué le droit depuis⁽³⁷⁾.

Mais bien que la promesse n'ait point de valeur légale, la rupture d'un engagement d'épouser quelqu'un peut, suivant les circonstances, être traitée comme une *faute délictuelle*⁽³⁸⁾. Et en France, comme en Angleterre on accorde des dommages-intérêts pour préjudice moral aussi bien que pour le préjudice matériel, mais les juges ont le cœur moins chaud que les jurys et je ne crois pas que les dommages-intérêts soient fixés suivant une échelle aussi exorbitante que quelquefois en Angleterre.

La théorie française, suivant laquelle la rupture de promesse de mariage

(35) Voir POLLOCK : *Torts* (13^e éd.), p. 195 ; *Berry c. Da Costa* (1866) L. R. I. C. P. 331.

(36) POLLOCK : *I. c.* Cf. 24 et 25 Geor. V, c. 41.

(37) Civ. 30 Mai 1838. S. 1838. I. 492.

(38) Civ. 2 Mars 1926, D. H. 1926. 2. 86 ; Req. 12 nov. 1901, D. 1902. 1. 46. Voir un article de P.-O. LAPIE, dans *Journal of Comparative Legislation* (3^e série), XI, p. 68.

sans juste cause peut constituer une faute délictuelle, a été critiquée. Si la promesse de mariage n'a aucune force obligatoire, comment la rupture pourrait-elle constituer une faute ? ⁽³⁹⁾. Il y a bien des arguments en faveur de l'opinion suivant laquelle il serait préférable de restreindre les dommages-intérêts pour rupture de promesse de mariage à la réparation du préjudice matériel, ainsi qu'on l'a fait en Allemagne ⁽⁴⁰⁾.

II. — DIVISION DES DOMMAGES-INTÉRÊTS LORSQU'IL Y A FAUTE DES DEUX PARTIES

Lorsque le dommage a été causé par les fautes combinées du demandeur et du défendeur, le droit français dit qu'il y a *faute commune* et les dommages accordés à la victime sont réduits en proportion de sa part de responsabilité. La quotité de la réduction sera entièrement une question de fait et la Cour de Cassation accepte l'appréciation du tribunal inférieur. Mais dès lors qu'il y a eu une faute quelconque de la part de la victime, il faut qu'il y ait une réduction du taux des dommages-intérêts ⁽⁴¹⁾.

Faute partagée (contributory negligence) en droit anglais

La théorie anglaise de la faute partagée est moins facile à exposer brièvement. Le terme lui-même n'est pas particulièrement heureux. Il suggère, ce qui est vrai, que deux fautes ont contribué à causer l'accident. Mais il ne suggère pas, ce qui est plus important, que le droit anglais, dans ce cas, ne prend en considération qu'une des deux fautes, à savoir la dernière. Faute partagée signifie en fait une faute de la part du demandeur qui a constitué la cause immédiate de l'accident, et, par conséquent, l'empêche de recouvrer des dommages-intérêts. Lorsque l'accident a été causé par la faute simultanée des deux parties ou lorsque l'espace de temps entre les deux fautes est si court qu'il est raisonnable de les considérer comme constituant toutes deux un même événement, nous pouvons dire que les deux fautes sont l'une et l'autre des causes immédiates de l'accident. Cela peut facilement se produire en cas de collision ⁽⁴²⁾. Mais lorsque deux fautes sont séparées l'une de l'autre par un espace de temps appréciable on peut se demander laquelle a été la cause immédiate de l'accident. La question posée au jury se présente dans des termes de ce genre : « Est-ce que le dommage a été entièrement causé par la faute ou la maladresse du défendeur, ou bien le demandeur a-t-il lui-même une part suffisante à l'accident, par sa propre faute ou par son manque de prudence et de précautions normales, pour que, n'eût été cette faute ou cette absence de prudence et de précautions de sa part, l'accident ne fut pas arrivé ⁽⁴³⁾ ? »

(39) M. Josserand préférerait arriver au même résultat en disant que la promesse de mariage est un contrat, mais un contrat que chaque partie peut résilier pour des motifs suffisants. Si elle résilie sans juste motif, elle commet un *abus de droit*. (Cours I. n. 742. D. H. Chron. 1927, p. 21).

(40) B. G. B. Art. 1298. Le code civil suisse accorde la *réparation morale* (Art. 93).

(41) PLANIOL et RIPERT : *Traité*, VI, n. 570 ; Baudry Lacantinierie et Barde, IV, n. 2881 ; Civ. 24 juillet 1918, D. 1918, I. 62.

(42) *Swadling c. Cooper* (1931) A. C. I. (H. L.).

(43) *Tuff c. Warman* (1858) 5 C. B. (N. S.), p. 585.

De cette façon, dès lors qu'il est établi que la faute du demandeur est une faute qui a contribué (*contributory*), les fautes antérieures du défendeur sont complètement écartées. Elles ne constituaient pas des causes immédiates. Ceci me semble revenir à sacrifier l'équité à une fausse manifestation de logique. Le mot même « *contributory* » implique qu'il y a eu deux fautes; pourquoi alors prendrions-nous en considération l'une et écarterions-nous l'autre ? Il est aussi à remarquer que, même dans les cas où les fautes étaient équivalentes, les pertes peuvent n'avoir pas été équivalentes. Pourquoi n'essayerait-on pas de rétablir l'équilibre ? Le système continental de la division des dommages-intérêts est appliqué en Angleterre dans un cas : dans le cas d'une action devant une cour d'Amirauté à raison d'une collision entre navires. La règle est que chaque vaisseau est responsable proportionnellement au degré d'importance de sa faute. Et s'il est impossible de découvrir des degrés différents de faute ⁽⁴⁴⁾ la responsabilité est répartie également ; c'est également la pratique usuelle en France lorsqu'on applique la règle générale de *faute commune*. Dans une affaire d'amirauté L.-J. Lindley, comparant la règle d'amirauté avec la doctrine de faute partagée (*contributory negligence*), dit : « Je ne prétends pas comprendre, pourquoi, dans un cas comme celui-ci, les dommages-intérêts ne seraient pas répartis » ⁽⁴⁵⁾.

III. — DOMMAGES-INTÉRÊTS CONTRE L'ÉTAT A RAISON DE FAUTES COMMISES PAR SES AGENTS

La différence la plus importante entre les théories anglaises et françaises de la responsabilité pour délit civil est peut-être celle qui concerne la responsabilité à raison des fautes commises par les agents du gouvernement. Là, les deux droits se dirigent en sens opposé,

« *Le roi ne peut mal faire* » (*The king can do no wrong*)

En Angleterre, on considère que la doctrine « le roi ne peut mal faire » entraîne cette conséquence qu'on ne peut intenter contre la Couronne une action de délit civil (*tort*) à raison des actes de ses agents ⁽⁴⁶⁾.

Le chef d'un ministère n'est pas non plus responsable à raison des délits civils commis par ses subordonnés dans l'exécution des services de ce ministère à moins qu'on ne puisse démontrer « que l'acte dont on se plaint était matériellement l'acte du chef du ministère lui-même » : auquel cas il serait responsable personnellement, tout comme le serait un tiers commettant le même acte ⁽⁴⁷⁾.

Si, en posant un cable, un ouvrier employé par le Ministère des Postes laisse le trottoir dans un état dangereux et qu'un passant subisse un accident, celui-ci n'aura de recours que contre l'ouvrier ⁽⁴⁸⁾.

(44) *The Volute* (1922). I. A. C. 129. Maritime Convention Act, 1911, ss. 1 et 9 sub. sect. 3.

(45) *The Bernina* (N° 2) (1887), 12. P. D., p. 89.

(46) *Viscount Canterbury c. Att. Gen.* (1842), I. Phillips, 306.

(47) *Raleigh c. Goschen* (1898), 1. Ch. p. 77, Juge Romer.

(48) *Bainbridge c. Postmaster-General* (1906). I. K. B. 178. Voir en général sur ce sujet : G.-E. ROBINSON : *Public Authorities and Legal Liability*.

Responsabilité de l'Etat dans le droit administratif français

Le droit français, va, pouvons-nous dire, à l'autre extrême. Quelle que puisse avoir été autrefois la situation de « l'homme du moyen âge », il est certain que le gouvernement français, lui, dans ses activités variées, « agit à son péril ». La croissance du droit français sur ce point est presque un roman. Partant d'une conception de l'impunité de l'Etat presque aussi générale que celle du droit anglais, le *Conseil d'Etat*, au cours des trente dernières années, a construit un système de jurisprudence (*judge-made-law*) dont les français sont justement fiers ⁽⁴⁹⁾.

Parlant, bien entendu, dans des termes très généraux, les phases du développement de cette théorie de la responsabilité se présentent comme suit :

1° On admet qu'un agent du gouvernement peut être responsable devant les tribunaux civils pour une *faute personnelle*.

2° L'étape suivante consiste à décider que l'administration elle-même est responsable pour une *faute de service*.

3° Nous trouvons alors certaines hypothèses, en particulier lorsque le dommage a été causé par l'exécution de travaux publics, dans lesquels l'Etat peut être responsable sans qu'on ait prouvé aucune faute en vertu de ce principe qu'il a créé un risque ⁽⁵⁰⁾.

4° Enfin du fait de l'application de la nouvelle et subtile théorie du *cumul*, l'administration peut être déclarée responsable d'un acte commis par un agent, bien que cet acte soit une *faute personnelle*, s'il a quelque rapport avec le service.

Ce dernier développement va très loin. Pendant longtemps, *faute personnelle* et *faute de service* s'excluaient mutuellement et on employait la phrase : jamais de cumul. Mais maintenant cette phrase est contraire à la vérité. En fait, il y a généralement cumul. Lorsque la faute personnelle d'un agent de l'Etat est liée à l'exécution de ses fonctions c'est une *faute de service* parce que l'Etat est responsable du fonctionnement normal du service ⁽⁵¹⁾.

Nous ne devons pas non plus oublier que l'expression agent public est bien plus large que fonctionnaire. On appellerait difficilement fonctionnaire le tenancier d'un stand dans une foire, on n'appliquerait pas non plus ce terme à un forçat évadé, et cependant le gouvernement français a, dans certaines circonstances, été tenu pour responsable des dommages causés par de tels personnages ⁽⁵²⁾.

Dans cette dernière période, on a vu s'évanouir l'idée qu'un tribunal composé en partie de fonctionnaires montrerait quelque partialité en faveur du gouvernement ⁽⁵³⁾. Au contraire, on dirait qu'un individu lésé par un

(49) Voir l'article du professeur H. BERTHÉLEMY sur le conseil d'Etat en France dans *Journal of Comparative Legislation* (3^e série), XII, p. 23 et dans le même journal les articles du professeur Louis TROTABAS, vol. XII, p. 46 et p. 213, et volume XIV, p. 78.

(50) Conseil d'Etat, 28 Mars 1919, D. 1920. 3. 1.

(51) Conseil d'Etat 26 déc. 1926 ; HAURIOU : *Notes d'Arrêts*. I. p. 658 ; Conseil d'Etat, 9 nov. 1928. D. 1929. 3. 1.

(52) Conseil d'Etat, 23 juin 1916, Recueil Lebon, p. 244 ; Conseil d'Etat, 4 janvier 1918, D. 1920.3.1.

(53) Dans la période ancienne cette opinion avait généralement cours. Voir Note de M. J. APPLETON, sous Conseil d'Etat, 16 juillet 1914, D. 1920.3.1.

agent du gouvernement est un favori spécial des cieux. Si évident qu'il puisse être que l'acte a constitué une faute personnelle, la victime pourra généralement obtenir des dommages-intérêts de l'administration, en lui laissant le soin d'employer le recours qu'elle pourrait avoir contre le véritable auteur. *La faute se détache peut-être du service ; c'est aux tribunaux d'en décider ; mais le service ne se détache pas de la faute* ⁽⁵⁴⁾. Pour citer un cas particulièrement net : si un soldat cantonné dans un village s'enivre et tue un civil, la nature personnelle de l'acte n'exclut pas la responsabilité de l'Etat ⁽⁵⁵⁾.

Responsabilité à raison du risque

Et tout ne s'arrête pas là. Il est un large domaine d'activités gouvernementales où la responsabilité ne dépend pas de la preuve d'une faute. C'est la responsabilité à raison du risque. L'Etat s'est engagé dans des opérations qui sont susceptibles de causer des dommages à des particuliers, si en fait ces dommages se produisent, il existe une responsabilité, qu'il y ait ou non faute. Tel a longtemps été le cas dans le vaste domaine des travaux publics, et aujourd'hui le principe a été appliqué à quelques hypothèses en dehors de ce domaine. La théorie continue de se développer avec rapidité ⁽⁵⁶⁾. M. Henri Berthélemy peut dire, en s'adressant aux juristes anglais : « Vous dites : Le roi ne peut mal faire » ; dans un autre sens nous disons « la République ne peut mal faire », puisque tout dommage causé par un acte administratif permet à la victime d'obtenir du Conseil d'Etat une réparation ou une indemnité » ⁽⁵⁷⁾.

Les juristes anglais sont peut-être enclins à insister sur ce point que, le fait qu'elle est créée par les juges, est une des grandes particularités de la *common law*. Nous avons ici un système entièrement nouveau de droit fait par des juges, et fait par des juges qui n'étaient nullement gênés par des textes législatifs et n'étaient pas astreints à suivre les principes du code civil et encore moins la jurisprudence concernant ces principes.

IV. — ABUS DE DROIT

Ici aussi nous ne pouvons qu'effleurer la surface d'un très vaste sujet.

C'est une règle traditionnelle du droit français qu'un acte accompli par le propriétaire d'un immeuble, devient illégal, alors même qu'il eut été légitime s'il avait constitué l'exercice normal d'un droit de propriété, s'il est accompli uniquement dans le but de faire du tort à autrui ⁽⁵⁸⁾.

Mais il est toujours difficile de prouver l'intention de nuire et, jusqu'à une époque récente, les cas de cette espèce n'étaient pas nombreux. Toute-

(54) Conclusions Léon BLUM, sous l'arrêt du Conseil d'Etat, 26 juillet 1918, D. 1918-3-9.

(55) Conseil d'Etat 14 nov. 1919, LHUILLIER, Recueil Lebon, p. 819.

(56) Conseil d'Etat, 30 nov. 1923, D. 1923.3.59, voir d'autres cas cités par le Professeur L. TROTABAS, dans *Journal of Comparative Legislation* (3^e sér.), III, p. 62.

(57) *Journal of Comparative Legislation* (3^e sér.), XII, p. 27.

(58) DOMAT : *Lois civiles*, Liv. II, tit. 8 sec. 3, n. 9 ; Colmar 2 mai 1855, D. 56.2.9. Voir les anciennes autorités et les cas cités par APPERT, dans la note au Sirey. 1904.2.217. Voir LAROMBIÈRE : *Obligations* (éd. 1885), Art. 1382, n. 11.

fois, dans la dernière génération, ou à peu près, le principe de « l'abus de droit », ainsi qu'on a fini par l'appeler, a cessé d'être limité à des hypothèses dans lesquelles on prétendait que le propriétaire d'un immeuble avait agi dans l'intention de nuire.

Le principe a été appliqué dans de nombreux cas, dans presque toutes les branches du droit. Il y a une abondante littérature sur la question et un nombre considérable de décisions. En outre, on cherche à élargir le fondement de cette règle et on tente de trouver un critérium objectif. Beaucoup d'écrivains soutiennent que les droits, sauf quelques exceptions, ne sont pas absolus. Ils existent uniquement dans quelque but social et économique déterminé et leur exercice se transforme en un abus illégitime lorsqu'ils sont employés pour quelque fin anormale. Peu importe qu'il y ait eu ou non intention de nuire, l'acte constitue une faute s'il ne correspondait à aucun intérêt légitime et s'il a causé un dommage ⁽⁵⁹⁾.

On peut donner quelques illustrations tirées de diverses parties du droit.

a) *Droit de propriété*

1° Un propriétaire dont la terre touche à un immeuble occupé par un constructeur de ballons dirigeables, érige sur son terrain de vastes plateformes, élevées surmontées de piques d'acier verticales. Son but est d'endommager les ballons et, effectivement, un ballon est endommagé. C'est un abus de droit. Il est à observer ici que le dommage causé au voisin semble avoir constitué un moyen et non une fin. Le véritable motif semble avoir été d'obliger le voisin à acquérir la propriété. Cela n'a pas empêché l'acte de constituer un abus ⁽⁶⁰⁾.

2° Il y a des sources d'eau minérale sur deux propriétés voisines. Le propriétaire de l'une des propriétés creuse des puits dont l'effet est de causer une grande diminution de débit de l'eau minérale sur la terre du voisin. Les puits ne présentent aucun avantage pour celui qui les a creusés et on lui a notifié qu'ils causent un dommage au voisin. C'est un abus de droit ⁽⁶¹⁾.

b) *Droit de la famille*

Le mari a un certain droit de contrôle sur la correspondance de sa femme, mais s'il exerce son droit dans l'intention de nuire, cela constitue un abus ⁽⁶²⁾.

c) *Droit Industriel*

1° Un employeur a le droit de refuser d'employer des ouvriers syndiqués. Mais s'il ne le fait pas dans son intérêt propre, mais dans le but de nuire au syndicat, cela constitue un abus ⁽⁶³⁾.

2° Une grève est légale si elle a pour but la défense d'intérêts profes-

(59) Voir une discussion complète de ce sujet et une bibliographie, JOSSEMAN : *De l'esprit des Droits et de leur Relativité*, 1927.

(60) Req. 3 août 1915, D. 1917, I. 79. Voir JOSSEMAN : *op. cit.*, p. 26. Même motif, sans doute, dans le cas anglais de *Bradford c. Pickles*, cité plus haut.

(61) Req. 10 juin 1902, D. 1902, I. 454, S. 1903, I. II.

(62) Req. 6 août 1907, D. 1907, I. 512.

(63) Civ. 9 mars 1915, D. 1916, I. 25.

sionels des ouvriers, elle devient illégale si elle est inspirée par le désir de nuire à l'employeur ou si elle a pour but de l'obliger à renvoyer un ouvrier qui avait quitté le syndicat ⁽⁶⁴⁾.

d) *Abus de litigation*

Le fait d'introduire une action civile ou de se laisser poursuivre sans cause raisonnable, simplement par *esprit de chicane et de malice*, constitue un abus de droit ⁽⁶⁵⁾.

Ce ne sont là que quelques illustrations.

Le droit anglais en matière d'abus de droit

En droit anglais, il est définitivement établi qu'un acte, qui, sans cela serait légitime, bien que nuisible, ne donne pas droit à intenter une action pour la seule raison qu'il a été accompli malicieusement, en ce sens qu'il avait un mauvais motif et qu'il était accompli dans l'intention de gêner autrui ou de lui nuire ⁽⁶⁶⁾.

Le propriétaire d'un immeuble peut faire avec impunité un usage malicieux de cet immeuble à moins que son acte ne constitue le délit de « *nuisance* ». Le cas qui commande la matière est celui de l'excavation de puits, et les motifs, comme dans le cas français, cité plus haut, semblent avoir été de contraindre le voisin à acheter. Il a été jugé que « aucun usage d'une propriété qui serait légal, s'il était causé par un juste motif, ne peut devenir illégal parce qu'il est causé par un motif qui est incorrect ou même malicieux » ⁽⁶⁷⁾. Il y a cependant, en droit anglais, deux cas dans lesquels l'intention de nuire rend illégitime un acte qui, sans cela serait légitime, et il y a un autre cas douteux. Les cas certains sont :

1° La poursuite criminelle intentée dans l'intention de nuire et la procédure en déclaration de faillite intentée par désir de nuire ⁽⁶⁸⁾ ;

2° En matière de diffamation (libel) la preuve d'une intention de nuire fait tomber la protection résultant de l'argument que les mots dont on invoque le caractère diffamatoire avaient été publiés dans un cas de « *qualified privilege* » ⁽⁶⁹⁾.

Le cas qui n'est pas encore définitivement réglé est celui de « *conspiracy* » civile. Bien que, nous l'avons vu, il soit établi en droit anglais qu'un acte légitime accompli par quelqu'un ne devient pas illégitime parce qu'il est accompli avec l'intention de nuire à autrui, on se demande cependant si un acte, par ailleurs légitime, lorsqu'il est accompli en commun par

(64) Civ. 22 juin 1892. D. 1892. I. 449 ; Trib. Civ. de Douai, 7 mars 1902, D. 1903. 2. 329.

(65) Req. 7 mai 1924, S. 1925. I. 217 ; Civ. 8 juin 1926. S. 1926. I. 252 ; Req. 5 juin 1926. S. 1926. I. 202, JOSSELAND : *op. cit.* p. 66.

(66) *Allen c. Flood* (1898). A. C. I (H. L.). En ce qui concerne la *conspiracy*, voir plus loin.

(67) *Mayor of Bradford c. Pickles* (1895) A. C. 587 (H. L.). Pour quelques autorités américaines en faveur du contraire, voir *Tuttie c. Buck*, 107 Minn. 145, dans WIGMORE : *Select Cases on Torts*, 2. p. 269. Voir références dans un article de F.-P. WALTON : dans *Harvard Law Review*, XXII, p. 505. Voir aussi *Law Quarterly Review*, XX. 10, et *Harvard Law Review*, XXVI, 740.

(68) POLLOCK : *Torts* (13^e éd.), p. 326.

(69) Voir GATLEY : *On Libel* (2^e éd.), pp. 212 et 313.

deux ou plusieurs personnes, ne devient pas illégitime s'il est accompli par ces personnes avec l'intention de nuire à autrui. Il y a des *dicta* importants en ce sens ⁽⁷⁰⁾.

Autres codifications continentales

Quatre codes Européens reconnaissent nettement le principe de l'abus de droit, ce sont les codes d'Allemagne, d'Autriche, de Suisse et de la Russie Soviétique ⁽⁷¹⁾. Et il est à noter qu'aucun de ces codes ne parle d'intention de nuire (malice) à cet égard. Le code civil Suisse dit : « *Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi* » ⁽⁷²⁾. L'art. 1^{er} du code civil de la Russie Soviétique est ainsi conçu : *Les droits civils sont protégés par la loi, sauf dans les cas où ils sont exercés dans un sens contraire à leur destination économique et sociale* ⁽⁷³⁾. Le nouveau principe est adopté par le *Progetto* : « *Doit également réparation celui qui a causé un dommage à autrui, en excédant, dans l'exercice de son droit, les limites fixées par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré* ».

Il est clair qu'il y a dans la législation une tendance à éliminer la nécessité de prouver l'intention de nuire et à découvrir, dans la manière anormale, suivant laquelle est exercé le droit, un critérium objectif.

V. — EXTENSION DU PRINCIPE DE RISQUE

Je serais porté à dire que, après l'extension de la responsabilité de l'Etat à raison de délit civil, le développement le plus important, dans la dernière génération, dans cette branche du droit français, a été l'acceptation, dans une large mesure, du principe de la responsabilité pour le *risque créé*. Brièvement exposée, cette théorie revient à ceci : *Celui qui, pour son agrément ou pour son profit, introduit dans la société une chose dangereuse, fait courir à ses semblables un certain risque. Ainsi, une machine à vapeur éclatera peut-être et blessera ou tuera quelqu'un sans qu'aucune faute, ni même aucune imprudence, puisse être reprochée au propriétaire de la machine ou à celui, qui en a eu la garde, la cause de l'accident demeurant toujours ignorée. N'est-il pas juste que ce risque soit à la charge de celui qui l'a fait naître, c'est-à-dire de celui qui se sert de la chose, qui en a la garde conformément à la règle : ubi emolumentum ibi onus ?* ⁽⁷⁴⁾

Cette théorie avait été suggérée à diverses époques, mais elle n'avait pas reçu de grand encouragement jusqu'au moment où un grand élan

(70) *Sorrell c. Smith* (1925). A. C. 700 (H. L.).

(71) B. G. B., Art. 226, 826 ; Austrian B. G. B., Art. 1.275 amendé.

(72) Art. 2.

(73) Cité par JOSSERAND : *op. cit.*, p. 274. Le nouveau code civil chinois dit : « Un droit ne peut pas être exercé dans le but principal de causer un dommage à une autre personne. » Art. 148.

(74) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE : *Obligations* (3, n. 2972).

lui fut donné, en 1897, par deux ouvrages publiés en même temps par M. Raymond Saleilles et M. Louis Josserand ⁽⁷⁵⁾.

Depuis lors il est peu de questions juridiques en France qui aient fait l'objet de discussions aussi approfondies ⁽⁷⁶⁾.

Le principe a été accepté en 1898 dans la législation concernant les accidents du travail ⁽⁷⁷⁾ (Loi du 9 avril 1898).

Et une loi récente l'a rendu applicable aux aéroplanes : *L'exploitant d'un aéronef est responsable de plein droit des dommages causés par les évolutions de l'aéronef, ou des objets qui s'en détacheraient, aux personnes et aux biens situés à la surface. Cette responsabilité ne peut être atténuée ou écartée que par la preuve de la faute de la victime* ⁽⁷⁸⁾.

Mais ce qui doit être noté ici très brièvement c'est l'extension donnée à ce principe de responsabilité à raison du risque par les tribunaux français. Les tribunaux, en général, il est vrai, évitent l'expression risque et préfèrent parler de présomption de faute ou de présomption de responsabilité. Mais une présomption de faute qui ne peut être combattue par la preuve qu'il n'y a pas eu de faute signifie en réalité responsabilité à raison du risque. M. Capitant a des raisons pour dire : « *La notion de faute n'est plus qu'une fiction. Sans bien s'en rendre compte la jurisprudence lui substitue celle de risque* » ⁽⁷⁹⁾.

Il y a une grosse masse de décisions et, jusqu'à une époque très récente, bien des points étaient loin d'être clairs. Mais une décision récente de la Cour de Cassation (toutes chambres réunies) a bien éclairci la question et a fixé le droit, autant que les décisions judiciaires peuvent le faire en France. Il s'agissait de l'affaire d'un camion automobile qui avait écrasé un enfant, et la Cour décida : *Attendu que la présomption de responsabilité établie par cet article (Art. 1384, al. I.) à l'encontre de celui qui a sous sa garde la chose inanimée qui a causé un dommage à autrui ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable : qu'il ne suffit pas de prouver qu'il n'a commis aucune faute ou que la cause du fait dommageable est demeurée inconnue* ⁽⁸⁰⁾.

Cette décision ne traite pas de la nature du cas fortuit ou de la force majeure, mais il est à peu près établi en droit que ces termes impliquent quelque cause extérieure. Un accident causé par un défaut latent de la chose même n'est pas dû au cas fortuit ⁽⁸¹⁾, non plus qu'un dérapage dû au

(75) Le premier exposé de ce principe fait en France a peut-être été celui de M. LABBÉ, en 1871, dans sa note au Sirey 71.1.9. M. Labbé, à cette époque, rejetait la théorie, bien qu'il dut l'adopter plus tard. Voir CROUZEL dans la *Revue Trimestrielle*, p. 34. 1925. Les deux ouvrages étaient : celui de SALEILLES : *Les Accidents du travail*, 1897, et de JOSSERAND : *La Responsabilité du fait des choses inanimées* (1897).

(76) Voir la Bibliographie, dans PLANIOL et RIPERT : *Traité*, VI, 612. JOSSERAND : *Cours de Droit Positif*, 2, n. 529 ; CROUZEL : *Rev. Trim.* 1925, p. 29. H. MAZEAUD : *Rev. Trim.* 1925, p. 793.

(77) Le même principe a été étendu plus tard aux exploitations commerciales (Loi du 12 avril 1906), aux exploitations forestières (loi du 15 juillet 1914) et aux domestiques (loi du 2 août 1923). De façon générale les lois sur les accidents du travail anglaises (*Workmen's Compensation Acts*, 1906-1924), appliquent le même principe.

(78) Loi du 31 mai 1924, art. 53.

(79) Dall. Chron. 1930, p. 32.

(80) Ch. Réunies 1930. D. 1930.1.57. Voir dans la Chronique, même volume, les articles de M. JOSSERAND : p. 5 et p. 25 et CAPITANT, p. 29. Cf. *Progetto*, p. 82.

(81) Paris 13 juin 1931, *Rev. Trim.* 1931, p. 881.

mauvais état de la route, car un danger de cette sorte est de ceux contre lesquels un conducteur prudent doit être en garde ⁽⁸²⁾.

Nous constatons par conséquent que les tribunaux français estiment aujourd'hui que la responsabilité à raison du risque se trouve dans le Code Civil bien que pendant environ un siècle on ne s'en soit pas douté ⁽⁸³⁾. Et le caractère le plus frappant de l'histoire c'est qu'il n'est prétendu sérieusement par personne que cette interprétation corresponde aux intentions des codificateurs ⁽⁸⁴⁾.

Le silence des anciens auteurs, les travaux préparatoires, l'emplacement des mots *choses sous sa garde*, dans l'art. 1384, conduisent clairement à des conclusions opposées.

Les rédacteurs du code civil n'avaient jamais songé à créer une classe de choses inanimées (distincte de l'animal et de l'immeuble menaçant ruine) à laquelle dut être appliquée une règle spéciale de responsabilité ⁽⁸⁵⁾. Il n'y a pas à s'étonner que M. Capitant dise : « La fortune de ce lambeau d'article, si longtemps ignoré est vraiment singulière ; voilà qu'il devient le texte fondamental du chapitre des délits et des quasi délits. Cette évolution ne constitue pas, à notre avis, un progrès » ⁽⁸⁶⁾.

Le fait est que les tribunaux ont cédé à des considérations d'équité et qu'ils se sont contentés de justifier leurs conclusions sur une interprétation forcée du langage du Code. Ce qui, plus que toute autre chose, a conduit les tribunaux à cette conclusion a été le grand nombre d'accidents causés par les automobiles et l'impossibilité dans bien des cas, de prouver une faute de la part du conducteur. Quant à savoir si les tribunaux ont été trop loin, il ne m'appartient pas d'exprimer une opinion. M. Capitant pense qu'ils ont été trop loin, que le législateur aura à corriger leur erreur.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Les précédentes remarques suffiront, je pense, à montrer qu'il y a de grandes différences entre la théorie anglaise des délits civils (*torts*) et la théorie continentale de la responsabilité délictuelle. La différence fondamentale de point de vue et de méthode est plus importante que les différences de détail, si nombreuses que soient celles-ci. L'atmosphère juridique est très différente. Le droit anglais a un caractère de certitude et, par-dessus tout, de permanence que le droit français ne possède pas. En Angleterre, une fois qu'un principe est fixé par une décision judiciaire, il est vain de soutenir qu'il aboutit à une injustice.

En France, sans doute, les décisions antérieures ont plus de poids qu'autrefois, mais il n'est rien qui ressemble à l'examen anxieux des termes précis des jugements antérieurs qui constitue l'essence véritable de la méthode anglaise. On admet que des cas antérieurs peuvent avoir été mal

(82) Req. 2 mars 1927. Dall. Heb. 1927. 223 ; *Rev. Trim.* 1927, p. 423 ; ib. 1932, p. 165.

(83) PLANIOL et RIPERT : *Traité*, VI, 612.

(84) PLANIOL et RIPERT : *L. c.*

(85) Voir spécialement les notes de M. ESMEIN, au Sirey, 1897.1.17, et S. 1898.1.65 ; PLANIOL et RIPERT : *Traité*, VI, 612.

(86) D. Chron. 1930, p. 32.

jugés, et qu'il n'est pas nécessaire de s'y conformer si l'on apporte des raisons suffisantes pour ne pas le faire. Les tribunaux ont la liberté de donner effet à des considérations d'équité d'une manière qui serait impossible à des tribunaux anglais.

En dépit de la codification, le droit français est beaucoup moins lié au passé. Il a montré durant le dernier quart de siècle une élasticité et un pouvoir de croissance beaucoup plus grand que celui qu'autorise le système anglais. Des développements nouveaux, comme ceux qui ont été admis par le droit administratif ou par l'application extensive de la théorie du risque, seraient inconcevables en Angleterre sans intervention législative. Par exemple, une riche expérience démontre que les automobiles sont des objets dangereux, bien plus dangereux que les réservoirs ou le bétail échappé, mais le principe de *Rylands c. Fletcher* ne leur a pas été étendu. Les tribunaux anglais, dans la plupart des cas, n'ont pas la liberté de tenir compte de « cette vague jurisprudence qu'on appelle quelquefois de façon séduisante : la justice d'homme à homme » (*justice between man and man*) ⁽⁸⁷⁾.

Tandis qu'en France, le plus haut tribunal peut être invité avec succès à changer sa manière de voir et à donner une nouvelle interprétation du code civil, en tenant compte que : « la jurisprudence opère une œuvre créatrice, qu'en présence de tous les changements opérés dans les idées, dans les mœurs, dans les institutions, dans l'état économique de la France, on doit adapter libéralement, humainement, les textes aux réalités et aux exigences de la vie moderne. Avez-vous jamais manqué à ce devoir ? N'êtes-vous point, par des revirements bien plus brusques que l'actuel, n'êtes-vous point revenus en arrière pour rectifier une jurisprudence erronée ? » ⁽⁸⁸⁾.

Si nous réfléchissons combien semblable argument sonnerait étrangement, s'il était adressé à la Chambre des Lords, nous avons quelque idée de la différence entre les deux systèmes juridiques.

(87) La phrase est du Lord Juge Hamilton (maintenant Lord Sumner), dans *Baylis c. Bishop of London* (1913). I. Ch. p. 140.

(88) Conclusions du Procureur général Paul Matter dans D. 1930.1.70, col. 1.

SECTION II

MERITES ET DEFAUTS DU DROIT CIVIL ET DU COMMON LAW DANS LE DOMAINE DU DROIT PUBLIC

RADCLIFFE-CROSS, *Les rapports de l'Administration de la Justice et de l'Etat en Angleterre et en France.*

GARNER, *Justice Administrative en France et aux Etats-Unis.*

Sur la RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT POUR LE FAIT DE SERVICE EN DROIT ANGLAIS ET DROIT FRANÇAIS, cf. la contribution de M. WALTON, LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE DANS LE DROIT CIVIL MODERNE (PLUS PARTICULIÈREMENT DANS LE DROIT FRANÇAIS) COMPARÉE AVEC LA THÉORIE ANGLAISE DU DÉLIT CIVIL (TORTS), reproduite ci-dessus dans la Section I de ce Chapitre, § 69.

★★

En ce qui concerne LES ENTREPRISES DE SERVICES PUBLICS EN EUROPE ET AUX ÉTATS-UNIS, il convient de consulter les études de MM. KUNCZ, DES PROBLÈMES DE L'ORGANISATION DES ENTREPRISES DE SERVICE PUBLIC, TREVOUX, DU SERVICE PUBLIC DE DROIT PUBLIC AU SERVICE PUBLIC ÉCONOMIQUE, et DIMOCK, NOUVELLES FORMES D'ENTREPRISES DE SERVICE PUBLIC, classées ci-dessous Titre III, Chapitre V, Section IV, §§ 97 à 99.

★★

La FORME DU DROIT PUBLIC ANGLAIS fait l'objet de l'article de M. JENNINGS, LES CARACTÉRISTIQUES DU DROIT PUBLIC ANGLAIS, reproduit ci-dessous, Titre III, Chapitre IV, Section VI, § 94.

LES RAPPORTS DE L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE ET DE L'ETAT EN ANGLETERRE ET EN FRANCE

Par G.-R.-Y. RADCLIFFE

Directeur de l'Ecole de Droit de la Law Society à Londres

et

Geoffrey CROSS

Ancien Fellow de Trinity College, Cambridge (1)

Traduit par H. MANKIEWICZ,

Secrétaire général de l'Institut de Droit comparé de Lyon

Le « système légal » d'un pays n'est que l'un des organes de son gouvernement et ne saurait être étudié utilement en l'isolant complètement du reste de ce gouvernement; le fonctionnement de ses Cours de justice et du droit administré par elles, ne peut être exactement compris qu'en relation avec le développement général de l'Etat. La conclusion naturelle d'une esquisse du « système légal » anglais est donc l'indication des rapports qui existent actuellement entre lui et les deux autres branches maîtresses de la constitution — c'est-à-dire le Parlement, d'une part, et ce qu'on appelle généralement, d'autre part, l'Exécutif.

Dans quelques pays la structure des principaux organes de gouvernement, y compris les principaux tribunaux, est définie dans un document qualifié « La Constitution », qui n'est pas susceptible d'altération par la voie ordinaire de la législation. C'est ainsi que, aux Etats-Unis, l'existence et quelques-unes des fonctions de la Cour Suprême sont prévues par la Constitution de 1787, et ces dispositions ne peuvent être modifiées que par un processus spécial qui implique effectivement le concours d'une très substantielle majorité des électeurs. Si le Congrès et le Sénat adoptaient une loi ordinaire ayant pour but d'abolir la Cour Suprême, cette loi serait nulle et devrait être déclarée telle par la Cour Suprême elle-même. En Angleterre, au contraire, la souveraineté du Parlement est devenue depuis au moins deux siècles et demi illimitée, et nos plus hautes Cours de justice

(1) Cette contribution a été écrite en vue de former la conclusion d'un livre : *The English Legal System*, récemment paru à la librairie Butterworth and Co, Bell Yard, Temple Bar, à Londres.

elles-mêmes y sont soumises. Le Parlement pourrait abolir notre Cour Suprême de Justice aussi facilement qu'il peut élever les traitements des fonctionnaires de la police métropolitaine.

Naturellement les Cours de justice n'ont pas toujours été soumises au Parlement. Avant le XIII^e siècle, ni le Parlement, ni les Cours de justice n'existaient comme corps indépendants. Ils n'étaient que les apparences diverses d'un seul et même corps — la *Curia Regis* de nos rois normands — et, quand ils ont pris une existence indépendante dans la période postérieure du Moyen Âge, il ne serait pas vrai de dire que les Cours de justice se sont senties elles-mêmes soumises à la souveraineté du Parlement. Sans doute, quand, dans le cours du XIV^e siècle, la Cour du banc du Roi s'est séparée du Conseil du Roi et des réunions occasionnellement renforcées de ce Conseil connues sous le nom de Parlements, si les Cours de *Common Law* n'ont pas admis que le Conseil lui-même puisse corriger les erreurs de leurs jugements, elles ont été très disposées à reconnaître que la Cour de Parlement — la plus haute Cour du pays — ait ce pouvoir. Mais il n'en est pas résulté pour cela qu'elles aient regardé le Parlement comme un corps législatif omnipotent. Même aussi tard que le XVI^e siècle, en se reportant aux activités du Parlement de la Réforme, Sir Edward Coke semble avoir regardé le *common law* et les cours de *common law* comme une sorte de *Tertium quid* entièrement indépendant de la Couronne et du Parlement, fort apte à tenir la balance entre eux. Mais la suprématie du Parlement sur la prérogative royale fut finalement établie en 1688 et, par contre-coup la suprématie du Parlement sur les cours de justice et les juges fut en même temps amenée à son achèvement. Peut-être les Parlements du XVIII^e n'ont-ils guère été conscients de cette suprématie. Certainement ils n'ont cherché que rarement à l'exercer et ont accordé aux cours une autonomie presque complète. Mais, avec le XIX^e siècle, il s'est produit un changement, dans la forme au moins, sinon dans le fond. Les réformes dans l'organisation et la procédure des Cours de justice — comme la fusion des Cours de *common law* et des Cours d'*équité* et la réorganisation d'ensemble du système judiciaire réalisée par les *Judicature Acts* de 1873-1875, ainsi que les mesures prises pour permettre aux Cours de se doter d'un code unique de procédure et de l'adopter successivement aux besoins du temps par la voie des *Rules of the Court* — ont été réalisées, soit par les dispositions expresses d'Actes législatifs, soit en vertu de pouvoirs législatifs délégués par une loi aux juges et à d'autres juristes. Ainsi la *Cour Suprême* et les *Cours de Comté*, ainsi que la procédure qui y est suivie apparaissent également comme des créatures de la loi statutaire ou parlementaire.

Mais cela, on peut le dire, n'est que d'une faible importance pratique. En fait nos juges ne se sont pas sentis bien gênés par cette suprématie parlementaire. Le Parlement ne vote des lois touchant à l'organisation des Cours de justice que sur l'avis ou la suggestion de la profession juridique, et le *Rule Committee* — investi du pouvoir d'établir des règles de procédure et qui, sous la présidence du Chancelier se compose actuellement de quelques hauts magistrats et de quelques membres du barreau et sollicitors choisis par le Chancelier — se sent aussi libre en agissant, comme il le fait aujourd'hui, en vertu des dispositions de la section 99 du *Judicature Act* que l'étaient au XVIII^e siècle Sir Francis North et ses collègues de la Cour des Plaids Communs quand ils étendaient ou fortifiaient la compéten-

ce de cette Cour, sans aucun appui de législation, en ajoutant les mots « ac etiam » à la clause de « capias ». La réduction du traitement des juges en 1931 par une mesure qui les a classés parmi les fonctionnaires du service civil peut peut-être montrer que les cours de Justice de Sa Majesté et les juges de Sa Majesté n'ont plus entièrement aujourd'hui le lustre qu'ils possédaient autrefois et que l'actif exercice de sa suprématie sur le système juridique pendant le dernier siècle a appris au Parlement à user envers lui d'un langage différent de celui qu'il aurait employé envers Lord Eldon et Lord Ellenborough ⁽²⁾. Mais, somme toute, on peut dire que le simple fait que le Parlement peut faire ce qu'il veut du système juridique n'est pas un fait de grande signification constitutionnelle. Il en est autrement des relations entre le système juridique et l'autre organe principal de notre constitution — l'Exécutif. Les relations qui subsistent entre eux en Angleterre sont extrêmement différentes de celles qui existent dans les autres pays européens et de cette différence découlent des conséquences d'une considérable importance constitutionnelle. Pour éclairer ces conséquences il est nécessaire de donner un aperçu sommaire de l'organisation du système juridique de quelque autre pays européen, et nous choisirons celui de la France, parce que c'est en fait sur le modèle français que les systèmes juridiques des pays européens ont été réorganisés dans le XIX^e siècle.

En France, l'administration de la justice est un service du gouvernement comme l'administration de l'éducation ou celle des travaux publics. Pour son administration il y a quelque 3.600 fonctionnaires civils employés en long et en large du pays, et à la tête du service à Paris est le Ministre de la Justice (Garde des Sceaux) qui est un politicien changeant avec le reste du Ministère. Les fonctionnaires civils permanents qui administrent le service sont connus génériquement sous le nom de « magistrats » et sont employés pour la plupart de l'une des trois façons suivantes :

En premier lieu — abstraction faite de la modeste juridiction du juge unique qu'est le juge de paix français — 2.000 d'entre eux sont des juges siégeant dans l'un ou l'autre des tribunaux de première instance ou d'appel dans les diverses parties du pays ou dans le tribunal suprême (Cour de cassation) à Paris. Pour un Anglais habitué à quelques soixante juges des Cours de Comté et trente juges de la Cour Suprême, 2.000 peut sembler un nombre bien considérable. Mais il faut se rappeler qu'en France les tribunaux de première instance n'ont point, en principe, de membres qui passent une partie de leur temps en « circuit ». Chaque département français a plusieurs Cours de première instance, et pour trois ou quatre départements, il y a une Cour d'appel. En outre, le Juge de paix laïque, qui en Angleterre soulage les juges anglais d'une grande partie de leur besogne

(2) John Scott, comte d'Eldon, 1751-1838, fut successivement Juge en Chef de la cour des Plaids Communs, puis Lord Chancelier; Lord Ellenborough, 1750-1818 fut Juge en Chef du Banc du Roi. Renommés l'un et l'autre par leur science juridique, ils soulevèrent l'un et l'autre de vives critiques de l'opinion politique, l'un et l'autre par leur sévérité, et aussi Lord Ellenborough par sa partialité dans les procès politiques, Lord Eldon par la façon dont fonctionna la Cour de chancellerie pendant son passage à la Chancellerie. Sur ce dernier point voir Radcliffe et Cross : *English Legal System*, pp. 262-269, et l'analyse qui y est faite des réformes que nécessita l'état de la Cour de Chancellerie sous Lord Eldon. Note du traducteur.

de droit pénal, n'a pas de correspondant véritable en France, et les juges français (sauf les juges de paix) ne siègent qu'en groupes d'au moins trois. Ces considérations suffisent largement à expliquer le volume du judiciaire français comparé au nôtre ⁽³⁾.

Mais, à côté des juges, il y a un grand nombre d'autres « magistrats » engagés dans l'administration de la justice. A chaque tribunal de première instance ou d'appel sont attachés divers « magistrats » formant ce qu'on appelle le « Parquet », dont la tâche est de représenter l'Etat à la fois dans la poursuite des crimes et délits et dans toutes les procédures civiles dans lesquelles ses intérêts peuvent paraître être touchés. D'ailleurs, aucune cause n'est entendue sans la présence d'un membre du « Parquet », quoique naturellement souvent il ne prenne aucune part active aux procédures. En outre, le Ministre de la Justice à Paris, qui exerce un contrôle général sur l'ensemble du système, a lui-même un petit état-major de « magistrats » immédiatement à son service. Il ne faudrait point supposer que ces trois catégories — juges, parquet et personnel du Ministère de la Justice — soient en aucune façon des services séparés. Ils forment un unique service, — la « magistrature » et la plupart de ses membres passent de l'une à l'autre de ses branches à différentes périodes de leur carrière en s'élevant graduellement du dernier rang de l'échelle vers le sommet. Ainsi, entrant dans le service à vingt-cinq ans, un homme peut commencer sa carrière dans le « parquet » de quelque petit tribunal, devenir juge dans une Cour supérieure, puis être chef du parquet de quelque Cour d'appel et ainsi de suite jusqu'à ce que, s'il est très capable ou a beaucoup de chance, il arrive à la Cour de Cassation. En comparant maintenant ce système au nôtre, il convient d'observer tout d'abord que, tandis qu'en Angleterre un homme, qui est nommé juge, soit d'une Cour de Comté, soit de la Haute Cour, a peu de chances d'avancement ultérieur, cet avancement est le sang vital de la magistrature française; ensuite que toutes les nominations et promotions proviennent de la même main, celle du Ministre de la Justice, qui n'a point d'équivalent en Angleterre; et finalement que, en France, les professions de *barrister* (avocat) et de *solicitor* (avoué) n'ont pas de liaison avec la magistrature. Un jeune homme de vingt-cinq ans ayant une formation juridique choisira s'il entrera dans la magistrature ou s'il se consacrera à la pratique privée. S'il opte pour cette dernière il n'obtiendra pas d'ordinaire — quoique les exceptions à cette pratique habituelle soient devenues plus nombreuses depuis quelques années — un poste judiciaire ordinaire, quoique, naturellement, s'il entre dans la carrière politique — et les avocats qui ont réussi près de la clientèle entrent dans la politique encore plus souvent en France qu'en Angleterre — il puisse peut-être devenir Ministre de la Justice et diriger pendant quelques brefs mois toute la machine légale et l'exercice de l'énorme patronage ou droit de nomination attaché à cet office.

Le tableau que nous venons de peindre, quoique suffisamment dissimblable du système anglais, ne donne pas encore la pleine mesure de la différence qui existe entre le système anglais et le système français; car en France il n'y a pas un seul système de juridiction, il y en a deux. Jusqu'ici nous n'avons parlé que des Cours de justice ordinaires dans lesquelles sont

(3) Sur cette analyse du système légal français, voir Barthélemy, *Le gouvernement de la France*, chap. X, et Ensor : *Courts and Judges* (Oxford) 1933.

conduites les affaires civiles entre particuliers et les poursuites criminelles. Mais ces cours ne peuvent pas, d'une façon générale — en faisant abstraction de catégories de cas exceptionnels — connaître des questions variées qui peuvent s'élever entre un particulier et l'Etat ou ses fonctionnaires — des cas par exemple où un particulier dit qu'il a subi un dommage par l'action fautive de fonctionnaires ou cherche à empêcher quelque autorité gouvernementale de prendre quelque mesure qu'il estime excéder ses pouvoirs. Côte à côte avec la Cour ordinaire de justice il existe donc un système de tribunaux administratifs qui s'occupent de ces questions. Les tribunaux administratifs locaux (conseils de préfecture) sont relativement de faible importance, mais la Cour administrative centrale (Conseil d'Etat), qui siège au Palais Royal, à Paris, et entend les appels des cours administratives locales et connaît elle-même en première instance des cas administratifs les plus graves (recours pour excès de pouvoirs), est un corps de la plus haute importance dans la constitution de la France. Il est composé en partie de magistrats, qui auraient pu entrer dans la magistrature ordinaire, mais qui ont réussi dans leur jeunesse au concours d'examen pour l'entrée au Conseil d'Etat, et pour partie de fonctionnaires éminents venus du dehors et nommés au Conseil d'Etat sur la recommandation du Ministre de la Justice. L'œuvre du Conseil d'Etat ne se limite nullement à l'audition des causes administratives. Et même la plus grande partie de cette tâche consiste à donner des conseils aux divers ministres sur la forme et le contenu des règlements dont l'établissement constitue une partie importante de l'activité gouvernementale d'aujourd'hui.

Quand on compare les relations entre notre système légal et le reste de la machine gouvernementale, avec celles qui prévalent en France, il y a trois différences qui frappent spécialement l'œil.

La première est que notre judiciaire reste entièrement à part du service civil ordinaire et est intimement lié avec la profession privée d'avocat. Un jeune homme ayant une éducation juridique en Angleterre n'a pas le choix entre la pratique privée et la fonction judiciaire. C'est par la pratique privée, s'il y obtient un succès suffisant, que au milieu ou vers la fin de sa vie, il accèdera à la carrière judiciaire et, quand il sera parvenu à siéger au banc d'une Cour de justice, il n'aura pas le sentiment d'être devenu un fonctionnaire du service civil et d'être passé dans un monde différent de celui où il avait vécu pendant qu'il était au barreau. La justice en Angleterre n'est pas réellement un service administré par des fonctionnaires de l'Etat de la même manière qu'un département ordinaire du gouvernement; mais c'est plutôt un service basé sur une profession privée, dont les membres dirigeants sont investis par l'Etat de l'autorité pour siéger dans ses tribunaux.

La seconde grande différence, qui est peut-être une conséquence de la première, est que le « système légal » en Angleterre n'est pas un service organisé comme il l'est en France. Nous n'avons, par exemple, à la tête de notre système, aucun personnage comparable à un Ministre de la justice. Le contrôle qu'il exerce en France est divisé chez nous entre un certain nombre de personnes. Quelques-uns des plus hauts postes judiciaires sont occupés sur la recommandation du Premier Ministre. Le pouvoir du Secrétaire à l'Intérieur de nommer les magistrats et les autres agents de la police métropolitaine accouplé avec son contrôle sur les forces de police et l'exer-

cice de la prérogative de la grâce, fait de lui quelque chose comme un Ministre de la Justice dans la sphère du droit pénal. Le Lord Chief Justice d'Angleterre a des droits considérables de nomination dans la Division du Banc du Roi et voix importante à l'organisation de son travail. Sans doute ce que nous avons de plus proche d'un Ministre de la Justice est le Lord Chancelier qui recommande la nomination des juges de la Haute Cour, contrôle le système des Cours de comté et, depuis les *Judicature Acts*, conquiert une direction croissante sur le côté civil de la besogne de la Cour Suprême; mais il y a encore bien des départements sur lesquels le Chancelier n'a pas de contrôle. De plus, nous n'avons pas de « parquet » en Angleterre. L'Attorney-Général et le Solicitor-Général décident et conduisent les poursuites pénales les plus importantes et apparaissent comme les conseillers dirigeants du gouvernement dans les procédures civiles importantes; mais ils n'ont pas sous leurs ordres un personnel de juristes qui se consacre exclusivement au service du gouvernement. Dans la plupart des matières criminelles la police ou les particuliers prenant l'initiative des poursuites chargent des avocats se livrant à la pratique privée de comparaître pour eux, et cela est également vrai des procédures civiles engagées par les départements du gouvernement ou par les autorités locales ⁽⁴⁾.

La troisième grande différence entre les deux systèmes est, naturellement, que nous n'avons pas de Cours administratives séparées, ni aucun corps comparable au Conseil d'Etat. Si un particulier veut obtenir des dommages-intérêts d'un Conseil local ou empêcher le Ministre de la Santé d'exécuter une mesure d'hygiène publique, il engagera une action ordinaire ou demandera l'émission d'un *prerogative writ*, procédure exceptionnelle dont il dépend de la Cour d'accorder ou non l'ouverture; mais l'une comme l'autre de ces procédures se dérouleront dans les mêmes Cours que s'il poursuivait l'un de ses voisins pour rupture de contrat. En outre aucune de nos Cours n'a capacité pour donner des avis consultatifs au gouvernement. Elles ont à trancher les cas concrets dans lesquels le Gouvernement est impliqué, quand ils viennent à se produire; mais elles n'ont ni le droit ni le devoir de le conseiller sur la forme et le contenu à donner aux « ordres » et règlements administratifs.

Maintenant que nous avons noté quelques-unes des plus importantes différences dans l'organisation de la justice en Angleterre et en France, nous tenterons d'indiquer comme conclusion quels sont peut-être les principaux mérites et démérites des deux systèmes. Ce n'est naturellement que, lorsque deux pays sont apparentés en civilisation et méthodes de gouvernement, qu'une comparaison, portant sur une seule branche de leurs institutions, peut avoir une réelle valeur. Ainsi comparer les systèmes légaux de l'Angleterre et de la Russie serait une besogne plutôt inutile, parce que les objectifs vers lesquels sont dirigés les deux systèmes sont trop différents. Mais, quand on trouve qu'un pays, comme la France, dont les formes et idéaux de gouvernement sont fondamentalement semblables aux nôtres, a un « système légal » qui est à bien des égards très différent du nôtre, il

(4) Le Directeur des Poursuites publiques engage un certain nombre d'affaires criminelles importantes et donne son avis sur la poursuite d'un plus grand nombre, mais souvent il charge un avocat dans la pratique privée de comparaître pour la Couronne.

n'est nullement superflu de comparer ces deux systèmes; car il est probable que chacun a quelque chose à enseigner à l'autre.

Le grand mérite de notre système anglais par opposition au système français est qu'en Angleterre l'administration de la justice est dans une beaucoup plus grande mesure qu'en France soustraite à l'influence de la politique. La politique peut aider un avocat à arriver au banc d'une Cour de Justice; mais il a peu d'espoir d'obtenir davantage une fois qu'il y a accédé; car, en général, il ne peut s'attendre à aucun avancement. Il est pratiquement inamovible. Il a un traitement convenable et une haute position dans la société, et il est imbu des traditions d'une très fière et indépendante profession. Par conséquent il n'est aucunement enclin à se laisser gouverner dans une cause portée devant lui par la considération qu'une décision donnée serait acceptable pour le gouvernement, ou par la pensée que l'une des parties ou son conseil possède une influence politique. De même le Ministère n'a dans ce pays que bien peu de contrôle sur l'engagement et la conduite des poursuites pénales. Même dans le cas de poursuites par l'Etat lui-même l'Attorney Général, en décidant de les engager, ou de les abandonner quand elles sont engagées, est supposé agir — et sans doute autant qu'il est humainement possible, en tenant compte qu'il est un membre du gouvernement, il agit — sans se préoccuper des désirs de ses collègues politiques. En France, au contraire, les juges et ceux qui sont responsables de la conduite des poursuites criminelles sont, les uns et les autres, exposés aux influences politiques à un beaucoup plus haut degré. Leurs traitements sont faibles et ils doivent pour s'assurer les moyens de vivre être constamment à la recherche de promotions qui viennent du Ministère de la Justice et qui, en réalité, sont accordées dans une large mesure pour des raisons d'ordre politique.

Il ne faut pas, naturellement, supposer que l'indépendance de l'administration de la justice du contrôle politique doive nécessairement être regardée comme désirable dans tout système de gouvernement. Dans les pays, qu'on appelle Etats « totalitaires », et où l'on affirme que la vie du peuple sous tous ses aspects est incarnée en ceux qui sont au pouvoir, il peut tout bien sembler malséant pour les juges et ceux qui ont à engager les poursuites publiques d'administrer le droit autrement qu'en harmonie avec la volonté et les buts du gouvernement. Mais dans les démocraties parlementaires, comme l'Angleterre et la France, où ceux qui possèdent pour le moment le pouvoir politique ne prétendent pas plus que d'être les représentants temporaires d'une partie de l'électorat, il est extrêmement désirable que le « système legal » soit divorcé de la politique.

Mais dire que l'administration de la justice dans un pays démocratique doit être indépendante de la politique, ce n'est pas dire qu'elle doit être détachée de l'œuvre du gouvernement — et c'est ici que le système français a peut-être quelque chose à nous apprendre. Les activités de l'Etat anglais sont beaucoup plus étendues aujourd'hui qu'il y a un siècle. Alors la défense et le maintien de l'ordre étaient considérés comme les fonctions capitales du gouvernement, tandis que maintenant il est admis par tout le monde que l'Etat doit pourvoir, entre beaucoup d'autres choses, à l'éducation, la santé, le logement et les nécessités de vie de ceux qui ne peuvent pas y pourvoir eux-mêmes. Le fonctionnement de ces divers services est naturellement

réglementé par la loi et dans une large mesure assuré par l'exercice de pouvoirs conférés aux Ministres par les Actes du Parlement; pouvoir d'établir des réglementations pour l'administration du service en question et pouvoir de prendre des décisions sur leur application aux cas individuels. Naturellement cette œuvre détaillée de législation déléguée et de décision judiciaire ou quasi-judiciaire ne peut pas être accomplie par les Ministres eux-mêmes, mais seulement par les fonctionnaires civils permanents.

En France, comme nous l'avons vu, le Conseil d'Etat, composé de juristes et d'administrateurs de distinction, collabore avec les Ministres pour la rédaction des règlements et décide lui-même beaucoup des contestations que soulève leur application. Chez nous, au contraire, les fonctions des Cours dans ce vaste champ de droit administratif sont entièrement négatives. Si le Statut qui confère les pouvoirs en question n'a pas exclu tout recours à elles, les cours peuvent par l'émission de *writs of prerogative* à la demande de personnes lésées empêcher ou annuler les « ordres » du Ministre sur le fondement qu'ils ont été faits en dehors de sa compétence ou en excédant sa compétence; mais toute coopération avec l'administration leur est refusée. Naturellement dans ces circonstances il s'est formé une certaine hostilité entre les Cours et ce qu'on peut appeler la bureaucratie. Les juges suspectent que la bureaucratie est incapable, à raison de son penchant naturel en faveur des pouvoirs du gouvernement, de donner aux particuliers un juste et loyal traitement et éprouvent quelque ressentiment du désir évident de la bureaucratie d'empêcher ceux qui sont affectés par son action d'avoir recours aux tribunaux; tandis que la bureaucratie suspecte les juges de vivre dans une atmosphère individualiste d'un autre âge et de prendre un malicieux plaisir à casser des « ordres » ou arrêtés ministériels dont ils sont incapables d'apprécier la nécessité.

Mais cette hostilité, quelque naturelle qu'elle soit, n'en est pas moins regrettable. D'année en année les relations des citoyens entre eux deviennent de relativement moindre importance que leurs relations avec l'Etat — leurs devoirs envers lui et leurs droits vis-à-vis de lui — et il n'est pas surprenant de constater que le volume et l'importance de la litigation privée qui vient devant les Cours de justice tend à décroître. Mais ce déclin n'a pas été compensé par un accroissement comparable dans la part prise par les Cours de justice dans l'administration de notre droit public, de sorte qu'il y a un réel danger que, désertées par les plaideurs dans la litigation privée et négligées par le Gouvernement, les Cours soient entraînées dans un remous et ne puissent plus garder la grande place dans la vie de la nation qu'elles ont occupée dans le passé. D'autre part, la confection et l'application du droit administratif dans un Etat moderne ne demandent pas seulement une connaissance d'un point de vue de technique juridique des sujets dont il s'occupe; elles réclament aussi une dextérité dans l'établissement des plans et dans leur interprétation, un pouvoir d'embrasser à la fois les principes généraux du droit et les éléments d'un sain jugement basé sur une large vue de l'ensemble de ce domaine. Elles demandent, en fait, une collaboration du juriste et de l'administrateur du genre de celle qui a été réalisée au Conseil d'Etat, et si un Français est forcé de reconnaître que ses Cours ordinaires sont beaucoup plus infectées que les Cours anglaises par le poison de la politique, il peut se consoler en pensant

que son droit administratif est probablement dans un meilleur état de santé que le nôtre, et qu'il donne une meilleure protection, par l'économique, rapide et puissante intervention du Conseil d'Etat que celle que les citoyens anglais obtiennent des coûteuses et inefficaces procédures devant la Cour Suprême.

LA JUSTICE ADMINISTRATIVE EN FRANCE ET AUX ETATS-UNIS

Par James W. GARNER

*Professeur des Sciences Politiques à l'Université d'Illinois
Président de l'Institut international de Droit public
Docteur honoris causa de l'Université de Lyon*

Il faut s'attendre à ce que deux Républiques démocratiques et amies de la paix, telles que la France et les Etats-Unis d'Amérique, et de tous temps unies par les liens indéfectibles de l'amitié, aient beaucoup en commun, à ce que leurs points de vue soient souvent identiques, à ce qu'elles possèdent certains idéals communs, à ce que chacune profite de l'expérience de l'autre, et à ce que dans les domaines politique et législatif chacune emprunte parfois au trésor des idées éprouvées qui constituent le patrimoine de l'autre. D'un autre côté, il n'est que trop naturel, étant donné les différences de race, de langue, du développement historique et de la diversité des conditions, que chacune ait élaboré ses institutions propres, créé ses formes de gouvernement et adopté pour ses problèmes nationaux des solutions que l'autre eut trouvées inapplicables chez elle et mal adaptées au règlement de ses propres difficultés.

De ce que les peuples de France et d'Amérique ont parcouru des routes quelque peu différentes dans la recherche de la solution de leurs problèmes respectifs, il ne s'en suit pas nécessairement qu'ils aient des conceptions foncièrement autres ou qu'ils visent à l'accomplissement de tâches différentes. Le problème de chacun n'est souvent constitué que par une adaptation aux conditions locales et nationales ou aux tempéraments nationaux plutôt que par le désir conscient d'adopter une solution différente de celle de l'autre. Il arrive même que le rejet par l'un des pays d'un système, d'une institution, d'une solution qui ont réussi dans l'autre n'est pas dû tant à des préjugés ou au désir d'éviter l'apparence d'une imitation, qu'à une fausse conception de leur caractère, de leur mode d'action, de la nature des résultats qu'ils comportent.

Si l'on compare les systèmes politiques et juridiques de la France et des Etats-Unis, on ne manquera pas de s'apercevoir qu'ils diffèrent à bien des égards. Mais l'on découvrira aussi beaucoup de points communs, surtout dans leurs caractères fondamentaux. Je n'ai pas le loisir d'entrer dans les détails des aspects communs ou divergents. Je me propose simplement

ici d'attirer votre attention sur la solution d'un important problème qu'ont adoptée les Français et que je voudrais voir introduire dans mon propre pays, au moins dans ses formes essentielles. Il s'agit du système français de droit administratif et de justice administrative. Ce système, à mon avis, assure à l'individu une protection contre les dommages dus aux abus, à l'arbitraire, aux erreurs de jugement de l'Etat et de ses fonctionnaires, bien plus efficaces que dans mon pays et les pays anglo-saxons en général. En France, le moindre particulier — s'il a été victime d'un « tort » injustifiable de la part d'un fonctionnaire de l'Etat, du département, de la commune, fût-il président de la République ou maire d'un village, — est assuré d'une réparation du dommage matériel ou moral subi, pourvu qu'il résulte d'une faute de service chez le fonctionnaire en question. Il existe une procédure simple et peu coûteuse qui permet au particulier, même s'il ne possède ni appuis, ni ressources pécuniaires, d'obtenir cette réparation avec une rapidité et une certitude remarquables. A ce jour, rien de semblable aux Etats-Unis. Tout d'abord la doctrine française de la responsabilité de l'Etat des « torts » de ses fonctionnaires et de son obligation de dédommager les victimes de leurs erreurs n'a été introduite que d'une manière très limitée aux Etats-Unis.

Aux Etats-Unis et en Angleterre, c'est un principe général du droit que l'Etat n'est pas responsable des « torts » de ses agents; il ne peut donc être poursuivi sans son consentement par le particulier qui a subi un dommage de la part d'un agent administratif. Ce principe s'applique en général aussi aux établissements publics, prisons, asiles, hôpitaux, établissements d'enseignement, etc. Les procès contre l'Etat pour ruptures ou défauts de contrat sont cependant autorisés et généralement un particulier peut obtenir une réparation pour les pertes provenant de la violation par l'Etat de ses obligations contractuelles. Mais si la perte est causée par un acte appelé en droit civil un « tort », l'individu d'ordinaire n'a aucun recours contre l'Etat. Il ne lui reste qu'à intenter un procès en dommages et intérêts contre la personne de l'agent administratif qui, selon la loi américaine et anglaise, est lui-même responsable du dommage résultant de son acte; il pourra être condamné à indemniser la victime, que son acte ait été une faute personnelle ou une faute de service. Evidemment, une telle réparation est précaire puisque l'auteur du « tort » peut fort bien être un fonctionnaire subalterne, sans les ressources pécuniaires suffisantes pour payer l'indemnité à laquelle il a été condamné. De plus, il est peut-être injuste de faire assumer à un fonctionnaire subalterne mal payé la charge d'indemniser la victime de son erreur, en particulier lorsque l'Etat lui-même aura pu profiter de la faute de ce fonctionnaire. Dans ces conditions, le fonctionnaire qui sent la menace d'une telle éventualité constamment suspendue au-dessus de sa tête sera bien naturellement porté à une certaine réserve dans l'exercice de ses fonctions officielles et l'Etat pâtira de son manque d'assurance et de sa crainte des risques découlant de l'obligation où il peut se trouver d'indemniser quelque administré pour une faute qu'il aura commise. A notre avis, le principe de l'irresponsabilité de l'Etat en ce qui concerne les torts moraux et les pertes matérielles subies par les citoyens du fait des fautes de ses fonctionnaires — qu'elles résultent d'erreurs, de négligences, d'abus de confiance ou d'excès de pouvoir — est foncièrement faux et incompatible avec la logique d'une démocratie. Ce principe est une

survivance de l'axiome anglais, « le roi ne peut mal faire » — et à certains d'entre nous il a paru étrange qu'il ait jamais pu s'introduire en Amérique où le chef de l'Etat n'a jamais été un souverain, où les droits de l'individu comparés à ceux de l'Etat ont toujours tenu une grande place dans notre système constitutionnel.

Cette irresponsabilité de l'Etat et son immunité contre toute poursuite par l'individu qu'il a lésé sont en violent contraste avec la position de l'Etat en France. Ici aussi l'Etat jouissait naguère d'une irresponsabilité et d'une immunité semblables ; mais le développement des principes démocratiques et l'évolution de la notion des droits de l'individu firent descendre l'Etat de son piédestal et l'obligèrent à assumer la charge d'indemniser les particuliers ayant subi des pertes ou des dommages du fait des torts de ses fonctionnaires, lorsque ces torts ont été commis par eux, non en tant que personnes privées, mais dans l'exercice de leurs fonctions publiques. Le principe « respondeat superior », qui s'applique aux rapports entre patrons privés et employés, s'est étendu aux rapports entre l'Etat et ses employés. Là où les patrons étaient responsables de leurs torts, l'Etat fut rendu également responsable et ainsi on remplaça par une seule et unique mesure — celle de la responsabilité — les deux mesures antérieures — celle réservée aux patrons privés et l'autre, très inférieure, réservée à l'Etat. A notre époque, l'Etat est partout devenu une immense entreprise de services publics, il possède et administre des compagnies de navigation, des canaux, des arsenaux, des ports, des travaux d'irrigation, les services des postes, certains réseaux de chemins de fer, les services des télégraphes et téléphones ; il fait des affaires sur une vaste échelle, concurrençant les industries privées ; il emploie à son service un nombre considérable d'hommes et de femmes. Il semblerait donc que lorsqu'il se lance dans tant de semblables entreprises, l'Etat doive rejeter son immunité pour assumer la responsabilité qu'il impose aux patrons privés.

Le système français s'écarte de celui des pays anglo-saxons à un autre point de vue encore : les tribunaux constitués pour exercer la justice administrative ont un caractère différent. Quoique en Angleterre aussi bien qu'aux Etats-Unis il existe un ensemble de tribunaux administratifs importants, il n'y a aucun tribunal qui ressemble au Conseil d'Etat français. Dans ces deux pays, on trouve de nombreux organismes — commissions, conseils, etc. — dont les fonctions ont un caractère surtout administratif, mais qui peuvent aussi exercer des fonctions judiciaires ou quasi-judiciaires. Ils administrent ce qu'en Angleterre et aux Etats-Unis on nomme souvent — plutôt péjorativement — la « justice exécutive » ; mais leur organisation et leur procédure ne possèdent pas tous les caractères des tribunaux judiciaires. Il est admis que les tribunaux administratifs français, surtout le Conseil d'Etat, sont mieux constitués pour rendre la justice. Quoique les conseillers d'Etat soient en théorie révocables au gré du gouvernement, en fait, ils sont inamovibles. En plus, ils ne sont accessibles pratiquement ni aux influences ni aux pressions politiques ; ils sont aussi indépendants que les juges de n'importe quel tribunal judiciaire ; enfin, leur formation technique et leur expérience administrative les qualifient tout particulièrement pour l'accomplissement de leurs fonctions. Bref, la grande différence entre les tribunaux administratifs français et anglo-saxons réside dans le fait que les premiers sont constitués essentiellement

d'après les mêmes principes que les tribunaux judiciaires, tandis que les derniers ne le sont pas. Et puisque les conflits sur lesquels les uns et les autres sont appelés à statuer ne diffèrent pas essentiellement au point de vue juridique — ils sont toujours de nature judiciaire — il semblerait naturel que ces conflits soient réglés par des tribunaux de constitution essentiellement judiciaire.

Il y a encore une différence entre les systèmes français et américain qui mérite d'être signalée. En France, il existe une séparation assez sérieuse, quoique incomplète, des pouvoirs administratifs et judiciaires, les controverses administratives étant pour la plupart réglées par des tribunaux tout à fait indépendants de ceux qui règlent les conflits judiciaires. Les controverses de la première catégorie soulèvent des questions de droit public et doivent être réglées par l'application des principes de ce droit, tandis que les conflits judiciaires soulèvent des questions et des principes de droit privé. Or, aux Etats-Unis (et aussi en Angleterre) il n'existe pas de délimitation nette entre l'administration et la justice, ni de distinction aussi précise entre le droit public et le droit privé ; le règlement des deux catégories de conflits est généralement confié aux tribunaux judiciaires ordinaires. Il se trouve qu'en Angleterre aussi bien qu'aux Etats-Unis les juges des tribunaux judiciaires sont généralement des hommes qui pour la plupart connaissent seulement le droit privé, leur activité au barreau avant leur accession à la magistrature (car dans ces deux pays, la magistrature et le barreau ne forment pas, comme en France, deux professions distinctes : les magistrats sont généralement choisis dans le barreau) ayant été limitée surtout aux domaines du droit privé et criminel, avec peu de contacts avec le droit administratif. Il en résulte que lorsque les juges américains ou anglais sont appelés à régler des conflits impliquant des questions de droit public ou administratif, ils peuvent commettre l'erreur d'appliquer des principes de droit privé, ce qui pourrait entraîner des situations embarrassantes pour l'Etat. Il ne manque pas de juristes américains pour faire remarquer ce défaut dans l'organisation de la justice administrative anglo-américaine et pour insister sur ce qu'ils considèrent être un avantage du système français : le règlement des controverses administratives, non par les juges des tribunaux judiciaires, mais par un corps de juges distinct, particulièrement compétents, en raison de leur formation technique et de leur expérience dans le domaine de l'administration publique, pour statuer sur de tels cas.

Longtemps il y a eu en Angleterre et aux Etats-Unis une espèce de préjugé contre le système français de droit administratif et contre ses principes fondamentaux, parce qu'on les croyait en désaccord avec la conception anglaise et américaine de la suprématie de la loi ordinaire du pays. On se méfiait du droit administratif français et on le trouvait incompatible avec les idées anglaises et américaines parce qu'on le disait fondé sur une distinction entre la loi applicable aux particuliers et la loi applicable aux fonctionnaires publics. Le simple particulier était justiciable pour ses délits des tribunaux ordinaires, tandis que le fonctionnaire était assujéti à une justice spéciale — le droit administratif — et n'était pas justiciable des tribunaux judiciaires ordinaires pour ses actes en violation de la loi. Il existait donc une inégalité dans les positions du simple particulier et du fonctionnaire, celui-ci possédant des droits dont celui-là était dépourvu.

On prétendait que cet état de choses était contraire à la doctrine du droit anglo-américain, selon laquelle tous les citoyens — les simples particuliers aussi bien que les fonctionnaires — doivent être soumis aux mêmes lois et aux mêmes peines pour leurs actes illégaux. Cette inégalité, ces privilèges du fonctionnaire furent mis en lumière et exagérés par un juriste anglais, M. Dicey, et son opinion fut acceptée aux Etats-Unis comme étant un exposé exact des faits. Cependant, de nombreux juristes anglais et américains admettent à présent que cette opinion était basée sur une connaissance insuffisante et une fausse conception du caractère véritable du droit et de la juridiction administratifs français; car elle provenait des auteurs anciens tels que Tocqueville et Vivien, qui composèrent leurs œuvres à une époque où le droit administratif français était encore peu évolué, où il ne formait pas encore cet ensemble de jurisprudence libérale destinée à protéger le particulier contre les agissements arbitraires et illégaux d'agents administratifs — époque où les Conseillers d'Etat n'avaient pas encore acquis l'indépendance dont ils jouissent maintenant. Dicey semble avoir négligé de relever que les fonctionnaires français ont toujours été justiciables des tribunaux ordinaires pour leurs fautes personnelles et que leur immunité ne s'étendait qu'aux fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions officielles. En ce qui concerne ces fautes, ils sont naturellement responsables devant leurs supérieurs hiérarchiques et peuvent être punis ou révoqués pour leurs abus ou leurs erreurs. Ils ne jouissent donc nullement de toute l'immunité que M. Dicey leur attribuait. Il est parfaitement exact qu'avant 1872 les conseillers d'Etat n'étaient pas absolument indépendants du contrôle du gouvernement, mais on peut affirmer aujourd'hui que leurs arrêts sont aussi indépendants que ceux des juges des tribunaux ordinaires, et l'on pourrait citer des centaines de cas où ces arrêts ont été contraires aux vœux du gouvernement. Il est exact aussi qu'avant 1872 le droit administratif avait pour effet de protéger dans une certaine mesure l'administration, mais à ce point de vue, son rôle a été totalement transformé, et actuellement son but primordial n'est pas tant de garantir l'administration contre ses propres fautes que de garantir le peuple français contre l'administration. A mon avis, le système de protection prévu par le droit administratif français est admirable et n'est guère surpassé en aucun autre pays. Il ne manque pas de juristes anglais et américains pour s'associer à mes louanges. A ce propos, il faut remarquer que la solution française a gagné de plus en plus de terrain dans les pays anglo-saxons. Ces dernières années, on a adopté en Angleterre et aux Dominions une législation qui prévoit une plus grande responsabilité de l'Etat pour ses « torts » et qui permet aux simples particuliers de venir devant les tribunaux pour obtenir réparation des dommages causés par ces « torts ». De même aux Etats-Unis la notion de la responsabilité de l'Etat a considérablement progressé et on y a adopté une législation fédérale rendant certaines parties du gouvernement national responsables de leurs « torts » en prévoyant l'indemnisation de leurs victimes. En 1929, le « Congrès » vota une loi générale sur le sujet, mais le Président Coolidge y mit son veto, pour des raisons d'ailleurs qui n'avaient pas de rapport avec les mérites propres de cette loi. On peut prévoir avec confiance qu'une législation généralisée sur la matière sera adoptée par les Etats-Unis dans un avenir proche. Il est donc advenu que

l'ancien préjugé anglo-américain contre les principes fondamentaux du droit administratif en France est en train de disparaître et que les conceptions françaises gagnent du terrain dans les pays où autrefois on était plein de méfiance à leur égard et où elles étaient jugées incompatibles avec les traditions juridiques qui y étaient à l'honneur.

SECTION III

MERITES ET DEFAUTS DU DROIT CIVIL ET DU COMMON LAW DANS LE DOMAINE DE LA PROCEDURE

MARTY, *Etude de Droit Comparé sur l'Unification de la Jurisprudence par le Tribunal Suprême.*

(Cette Contribution publiée ci-dessous, Quatrième Partie, Titre II, Chapitre III, § 121.)

BORCHARD, *Développements récents du jugement déclaratoire.*

(Cette Contribution publiée ci-dessous, Titre II, Chapitre XIII, Section I, § 107.)

CHAPITRE III

L'INTERPENETRATION DU DROIT CIVIL ET DU COMMON LAW

MIGNAULT, *Les rapports entre le Droit Civil et la « Common Law » au Canada, spécialement dans la Province de Québec.*

IRELAND, *La Louisiane. Vue nouvelle de son système juridique.*

On trouvera d'autres éléments sur le COMMON LAW AU CANADA dans l'article de M. KENNEDY, LÉGISLATION EN FAVEUR DES DÉPENDANTS DU TESTATEUR, publié ci-dessous, Quatrième Partie, Titre I^{er}, Chapitre V, Section I : « La Réception des Droits à l'Intérieur de l'Empire Britannique », § 117.

**LES RAPPORTS ENTRE LE DROIT CIVIL
ET LA « COMMON-LAW » AU CANADA,
SPECIALEMENT DANS LA PROVINCE DE QUEBEC (1)**

Par P.-B. MIGNAULT,
Ancien juge à la Cour suprême du Canada

Le Canada est une ancienne colonie française. Découvert par des navigateurs français, il fut colonisé par les soins des rois de France, sous l'impulsion puissante de grands ministres, tels que Richelieu et Colbert. Pendant un siècle et demi à partir de la fondation de Québec en 1608, il y eut dans ce pays des gouverneurs et des administrateurs nommés par le roi et qui, au nom de leur souverain, exerçaient leur autorité sur toute l'immense région s'étendant depuis le Golfe Saint-Laurent jusqu'aux Grands Lacs, comprenant même, après les voyages du Père Marquette et du Cavalier de la Salle, la vallée du Mississipi. Les treize colonies américaines de nationalité anglaise, pendant la même période, occupaient le littoral de l'Océan Atlantique au sud de l'Acadie. La France et l'Angleterre se partageaient ainsi presque la totalité de l'Amérique du Nord.

C'est surtout la Province de Québec, telle qu'elle existe aujourd'hui, qui est fille de la France, et de la France de l'ancien régime. Aussi portait-elle autrefois le nom de Nouvelle-France, et elle avait reçu de sa mère-patrie les institutions françaises en même temps que le droit français. En 1663, Louis XIV créa, pour la nouvelle colonie, un Conseil Souverain (appelé plus tard Conseil Supérieur), et l'édit de création conféra à ce Conseil « le pouvoir de connaître de toutes causes civiles et criminelles, pour juger souverainement et en dernier ressort selon les lois et ordonnances de notre royaume, et y procéder autant qu'il se pourra en la forme et manière qui se pratique et se garde dans le ressort de notre Cour de Parlement de Paris ». C'était donner à la colonie un régime légal basé sur la Coutume de Paris en matière civile.

Cette coutume fut donc la principale source du droit commun pour le Canada français. Il faut aussi y ajouter les grandes Ordonnances royales promulguées avant 1663. Les Ordonnances subséquentes, — le Conseil pri-

(1) Etude présentée au Congrès de droit comparé tenu à La Haye, au cours de l'été 1932.

vé, qui, on le sait, est une cour d'appel en dernier ressort pour toutes les colonies ou Dominions anglais, l'a déclaré, — n'entraient en vigueur qu'après avoir été enregistrées au greffe du Conseil Souverain ou Supérieur de la Nouvelle-France ⁽²⁾.

La Guerre de Sept ans fut désastreuse pour les colonies françaises d'Amérique. Le Traité de Paris de 1763 y mit fin et la France céda à l'Angleterre le Canada avec toutes ses dépendances, sauf deux îles dans le Golfe Saint-Laurent. Ce traité garantit aux habitants du Canada la liberté de la religion catholique, mais il n'y fut pas question des lois françaises.

Ce silence du traité fut cause d'une période d'incertitude à l'égard du régime légal de la colonie. Une proclamation au nom du roi d'Angleterre, George III, avait prétendu y introduire la *common law* anglaise. Cependant, cette proclamation fut annulée par la première charte constitutionnelle du pays sous la domination anglaise, l'Acte de Québec de 1774 (14 Geo. III, ch. 83).

Cette loi déclara « that, in all matters of controversy, relative to property and civil rights, resort shall be had to the Laws of Canada, as the rule for the decision of the same ». Ces lois du Canada étaient celles qui étaient en vigueur lors de la cession de la colonie. Cependant, comme le texte l'indique, il ne s'agissait là que du droit civil, car la même loi maintint dans la colonie le droit criminel anglais.

La Province de Québec, dont il était question dans le *Quebec Act*, comprenait la totalité de ce qui constitue aujourd'hui les Provinces d'Ontario et de Québec, et même certains territoires qui font partie maintenant des États-Unis d'Amérique. Le noyau le plus important de la population d'alors se groupait, cependant, dans la vallée du Saint-Laurent, où se trouvaient les villes de Québec, de Montréal et des Trois-Rivières.

Je ne parlerai pas du régime politique que l'Acte de Québec donna à la colonie. C'était le premier stage du régime colonial que dut subir le pays, en attendant qu'on y introduisit des institutions représentatives modelées sur la Constitution anglaise.

Le deuxième stage commença en 1791, par l'adoption, au Parlement britannique, de la loi organique connue sous le nom de l'Acte constitutionnel de 1791 (31 Geo. III, ch. 31). Cette loi divisa la Province de Québec, telle qu'elle existait alors, en deux provinces : le Haut-Canada et le Bas-Canada, auxquels correspondent aujourd'hui la Province d'Ontario et la Province de Québec. Chaque province reçut une Législature et la Législature du Haut-Canada adopta, comme régime légal au civil, le *common law* anglais, tandis que le Bas-Canada continua d'être sujet, en matière civile, à la Coutume de Paris et aux Ordonnances françaises que j'ai indiquées plus haut.

Je ne me propose pas de rendre compte du développement du gouvernement parlementaire au Canada. Il suffira de dire qu'après le mouvement insurrectionnel de 1837 et 1838, les deux provinces du Haut et du Bas-Canada furent réunies, en 1840, pour former le Canada-Uni. En 1867, fut

(2) Plusieurs des Ordonnances royales non enregistrées ont, cependant, été appliquées, pour la raison qu'elles ne faisaient qu'énoncer le droit préexistant. Et les rédacteurs du Code civil de la Province de Québec se sont inspirés de bon nombre de leurs dispositions, même quand ces dispositions innovaient sur l'ancien droit.

créée la Confédération de l'Amérique britannique du Nord, composée primitivement de quatre provinces : Ontario, Québec, la Nouvelle-Ecosse et le Nouveau-Brunswick. Plus tard, la Confédération canadienne s'annexa d'autres provinces, le Manitoba, la Colombie-Britannique, l'Île-du-Prince-Édouard, la Saskatchewan et l'Alberta. Dans huit des provinces canadiennes, la *common law* anglaise est en vigueur. Seul Québec a le droit civil français, qui y a été codifié en 1866, sous le Canada-Uni. C'est de ce Code civil qu'il sera question dans la suite de ce travail.

La codification des lois civiles dans la Province de Québec ⁽³⁾ est un événement capital dans l'histoire juridique de cette province. Les rédacteurs du Code, d'après les instructions mêmes de la Législature, ont considéré comme des modèles à imiter, quant à l'ordre des matières et au développement qu'il convenait de leur donner, les Codes français connus sous le nom de Code civil et de Code de commerce. Ainsi nous y trouvons, dans un grand nombre de cas, la reproduction textuelle d'articles du Code français, dans d'autres cas, une rédaction nouvelle de ces articles conforme à l'interprétation des commentateurs les plus autorisés. Notre Code civil, pour l'envisager dans son ensemble, est plus imprégné de l'ancien droit que ne l'est le Code Napoléon. Il a conservé des institutions de l'ancienne France que le Code français avait rejetées comme incompatibles avec les principes de la Révolution. Il s'est quelquefois même inspiré du droit anglais, comme lorsqu'il accueillit la liberté illimitée de tester. On constate également des emprunts à ce droit dans le quatrième Livre du Code, consacré aux lois commerciales. On peut envisager ce Code comme un *corpus juris* complet et homogène, fidèle aux traditions du droit romain et du droit coutumier français, bref comme un monument législatif et juridique dont, au Canada, nous avons toutes les raisons d'être fiers. L'intégrité de ce Code, ce qui n'exclut pas les modifications nécessitées par de nouvelles conditions sociales, est l'objet de toutes nos préoccupations.

Le Dominion du Canada présente donc ce spectacle que la *common law* anglaise et le droit civil romain et français y ont tous les deux droit de cité. Bien rares, je crois, sont les pays où le droit comparé trouve un tel champ d'activité et de telles applications pratiques. La rivière Ottawa sépare les deux provinces d'Ontario et de Québec. Sur la rive droite, les tribunaux appliquent la *common law*, sur la rive gauche, le droit civil. Et, au sommet de l'échelle hiérarchique, la Cour suprême du Canada, cour d'appel pour toutes les provinces canadiennes, doit, à tour de rôle, et suivant l'origine du litige, donner effet à l'un ou à l'autre des deux systèmes juridiques.

Il convient maintenant de pousser notre enquête plus loin et de parler des rapports réciproques, « the inter-relations », de la *common law* et du droit civil au Canada, spécialement dans la Province de Québec. La rivière Ottawa, assez peu large, est facile à traverser. Les principes juridiques font-ils cette traversée avec la même facilité que les individus ? Y a-t-il eu au Canada pénétration, pacifique, bien entendu, de l'un ou de l'autre droit ? L'on peut aussi se demander si l'existence d'une seule cour d'appel, la Cour

(3) Je me servirai toujours de l'expression *Province de Québec*, bien qu'officiellement le nom du Code civil soit le *Code civil du Bas-Canada*. Mais l'expression *Bas-Canada* signifie maintenant la Province de Québec (S. R. Q., 1925, ch. 1, art. 61, parag. 6).

suprême du Canada, au sommet de la hiérarchie judiciaire, — et la même question peut se poser à l'égard du Comité judiciaire privé, tribunal plus ou moins exceptionnel de dernier ressort, — a eu pour effet de favoriser cette pénétration. Voilà autant de problèmes qui rentrent dans mon sujet.

Dans l'ensemble, on peut répondre que les deux systèmes juridiques n'ont pas été affectés, du moins d'une façon préjudiciable, par leurs rapports de voisinage. C'est, sans doute, la codification du droit civil de la Province de Québec qui lui a donné un caractère de permanence et une certaine intangibilité. Une solution de la *common law* qui ne peut se concilier avec le texte du Code est condamnée d'avance. De ce côté, la porte est close contre toute pénétration. Et, l'application du Code étant territoriale, on n'en pourra jamais invoquer les dispositions dans les autres provinces, ce que, du reste, on n'est guère tenté de faire. Une cloison étanche et infranchissable sépare les deux grands systèmes juridiques.

Ce que je viens de dire ne regarde que le texte du Code, et encore faut-il avoir égard au partage des pouvoirs législatifs entre le Parlement du Canada, d'une part, et les Législatures des provinces, d'autre part, car il ne faut pas oublier que le Canada est une Confédération. Le Code de la Province de Québec, qui a précédé la Confédération, a été adopté par une Législature nantie de pleins pouvoirs. Il renferme ainsi quelques dispositions qui relèvent maintenant de la compétence exclusive du Parlement fédéral, et ce Parlement peut les modifier. En effet, le pacte fédéral attribue certains sujets de législation à ce Parlement exclusivement. Je puis mentionner le mariage et le divorce (abstraction faite de la célébration du mariage dans la Province), la navigation, les banques, les poids et mesures, les lettres de change et les billets, le taux de l'intérêt, la faillite et la banqueroute, les brevets d'invention et les droits d'auteur. Les lois sur ces matières régissent toutes les provinces et elles s'inspirent surtout du droit anglais.

D'autre part, la propriété et les droits civils sont de la compétence des Législatures des provinces. Cela couvre le Livre premier du Code, les *Personnes*, sauf en ce qui concerne la nationalité et les aubains. Le Livre deuxième, — les *Biens*, la *Propriété et ses différentes modifications*, — tombe dans le domaine provincial. Le Livre troisième — l'*Acquisition* et l'*Exercice des droits de propriété*, — est également du même domaine. Il n'y a guère qu'au Livre quatrième, qui porte la rubrique *Lois commerciales*, que nous trouvons des matières qui sont maintenant du ressort du Parlement fédéral. Là des chapitres entiers ont été remplacés, le Titre premier, par exemple, sur les lettres de change, les billets et les chèques, qui, du reste, était d'origine anglaise. Il serait inexact de dire, cependant, que le droit commercial, comme ensemble, tombe sous la juridiction du Parlement; d'une manière générale, les pouvoirs de ce Parlement se bornent aux sujets énumérés à l'article 91 de la charte fédérale. Toutefois, le Parlement peut indirectement modifier le droit civil, en légiférant sur un sujet qui est de sa compétence exclusive, par exemple, dans une loi concernant la banqueroute, il peut prescrire l'ordre de collocation des créanciers du failli, et écarter ainsi les privilèges du Code.

Mais, après plus de soixante ans de Confédération, le Code reste fondamentalement tel qu'il avait été conçu par ses auteurs : la législation fédé-

rale ne l'a guère entamé. Il y a, toutefois, peut-être un autre danger, plus subtil celui-là.

Je veux parler de l'action des tribunaux, car la jurisprudence est source de droit, chez nous. Supposons qu'une règle de la *common law* soit appliquée par un tribunal supérieur, dans une instance qui a originé dans la Province de Québec. Il n'est guère à redouter que ce tribunal méconnaisse un texte du Code, mais c'est en marge de ce Code que la pénétration de principes étrangers peut se produire. Le sujet de la responsabilité civile nous servira d'exemple. Notre Code, imitant le Code Napoléon, s'est montré à cet égard bien sobre de formules. Nous n'avons que quatre articles dont deux régissent des cas particuliers ⁽⁴⁾. Ici la marge est très large, et on peut être tenté d'en profiter. Ajoutons que, dans cette matière surtout, les avocats de la Province de Québec ne se gênent guère d'invoquer dans leurs causes des décisions anglaises ou américaines. Si le tribunal accepte l'autorité qu'on lui cite, une jurisprudence peut très bien se former qui se conciliera difficilement avec les traditions de notre droit. Qu'on me permette d'ajouter que ce danger n'est nullement chimérique. On sait jusqu'à quel point les règles de la responsabilité civile ont été élargies en France, grâce surtout à l'action des tribunaux. Les théories de la responsabilité du fait des choses inanimées, de l'abus des droits, de l'enrichissement sans cause doivent leur succès à l'accueil que leur a fait le pouvoir judiciaire. C'est en bonne partie ce qu'on appelle en Angleterre de la *judge made law*, ou je me trompe beaucoup, et tout cela s'est fait en marge du Code. La doctrine approuve et M. Demogue (*Obligations en général*, tome V, p. 366) observe que « le droit est une chose trop vivante pour ne pas faire plier les textes trop peu robustes ».

Le droit anglais, de la même façon absolument, mais de manière à restreindre plutôt qu'à élargir le principe de la responsabilité résultant de la faute, a admis certains moyens de défense, tels que la *contributory negligence* ou le *common employment*. Nous n'avons pas accepté ces moyens de défense, et c'est très bien, mais, à un moment donné, il y a nombre d'années, il en était souvent question dans les débats devant nos tribunaux. Ceux-ci ont réagi heureusement.

Ce qui s'est produit à cet égard est assez curieux. Nous avons, dans la Province de Québec, la doctrine de la faute commune comme atténuation de la responsabilité civile. Cette doctrine existe également en France, et elle s'est établie en marge du Code, là-bas comme chez nous. Au lieu donc de la pénétration dans notre jurisprudence de la *contributory negligence* ou du *common employment*, on a vu les provinces canadiennes de *common law* emprunter à la Province de Québec la règle de la faute commune, que leurs législatures ont substituée aux systèmes du droit anglais. Ceci s'est fait sur la recommandation de l'Association du Barreau canadien, composée, on le sait, d'avocats de toutes les provinces.

J'ai parlé de la Cour suprême du Canada, cour d'appel en dernier ressort, sauf appel à titre exceptionnel au Conseil privé siégeant à Londres. J'ai également dit que la Cour suprême applique tantôt la *common law*, tantôt le droit civil de Québec, selon l'origine du litige. Cette cour, qui

(4) A titre de contraste, il est curieux de constater que le *Digeste* sous forme de *Code du droit anglais* de M. Jenks consacre aux *torts* 89 articles.

aurait pu être un agent d'unification, au sens péjoratif du mot, du droit commun des provinces, a heureusement réagi contre cette tentation. Dans plusieurs arrêts, elle a refusé de suivre, dans les causes de la Province de Québec, les précédents de la *common law* (5).

Je ne sais si tous les arrêts du Conseil privé attestent le même scrupule. Mais il n'en est pas résulté une altération notable du droit civil et français de la Province de Québec.

Je puis, peut-être, citer le cas de la Louisiane, ancienne colonie française, et qui a son Code civil comme la Province de Québec. On me dit qu'en marge de ce Code, les tribunaux ont accepté des règles de la *common law* prises chez les autres Etats de l'agglomération américaine. S'il en est ainsi, et je pourrais aussi mentionner le cas du Sud-Africain, dont la loi est la *Roman Dutch Law*, la Province de Québec se trouve dans une situation vraiment privilégiée.

Je ne prétends nullement qu'il soit interdit de perfectionner notre loi en nous inspirant des solutions de la législation étrangère. Je reconnais, au contraire, que nous avons apporté une amélioration notable à notre procédure civile, et l'avons rendue plus utile en même temps que plus expéditive, par des emprunts que nous avons faits chez nos voisins. Assurément, en matière de législation, il est permis de prendre son bien là où on le trouve. C'est même le propre des études de droit comparé que les leçons qu'elles comportent, et surtout l'expérience qu'elles fournissent, soient d'un grand secours au législateur appelé à apporter une solution à des problèmes toujours nouveaux. Le Canada, avec ses deux grands systèmes jurisprudentiels, distincts mais tendant au même but social, offre un exemple bien notable aux jurisconsultes du monde entier. C'est un fait digne de remarque que la Province de Québec ait pu conserver son droit civil, en dépit des courants d'opinion d'origines diverses qui circulaient autour d'elle. Mais c'est un fait plus remarquable encore, et là je parle du Canada tout entier, qu'il y soit possible d'étudier sur place le fonctionnement de la *common law* et du droit civil, et que ces deux imposantes créations de l'esprit humain puissent coexister dans le même Etat sans que l'un ou l'autre ait à souffrir de ce voisinage.

Cette constatation importante me servira de conclusion à ce rapport. Nous avons, au Canada, coopération entre ces deux grands systèmes jurisprudentiels. Il n'y a pas immixtion ou absorption de l'un au profit ou au détriment de l'autre. Et toujours, me semble-t-il, pouvons-nous nous féliciter d'être un champ fertile pour le développement du droit comparé.

(5) *Colonial Real Estate Co. v. la Communauté des Sœurs de la Charité de l'Hôpital général de Montréal*, 57 Can. S. R. C., 585; *Desrosiers v. The King*, 60 Can. S. C. R., 105; voyez aussi l'opinion que j'ai exprimée dans *Mile-End Milling Co. v. Peterborough Cereal Co.*, 1924 S. C. R., 120, à la page 129.

LA LOUISIANE

VUE NOUVELLE DE SON SYSTEME DE DROIT

Par Gordon IRELAND, A. M., J. S. D.,
Professeur à la Faculté de Droit de la Louisiane State University

" *Tis often seen
 Adoption strives with nature, and choice breeds
 A native slip to us from foreign seeds.*

En cette année, trois siècles après la naissance de Marquette et un quart de millénaire après la mort de La Salle et à l'occasion bienvenue d'offrir nos hommages au Professeur Lambert, maître dans la science de droit comparé, et qui a si bien éclairci les similarités et les différences fondamentales entre les systèmes de droit de sa patrie et d'autres jurisprudences, il nous semble à propos d'essayer une appréciation nouvelle et libre de l'état actuel de la législation de l'une des plus âgées et des plus fières filles de la France.

On se rappelle que, dès le voyage de René Robert Cavelier de La Salle en 1682, un trajet de 3.200 kilomètres du Canada jusqu'à l'embouchure du Mississipi, jusqu'au 3 novembre 1762, la France a réclamé le territoire de la Louisiane, d'une étendue de plus de 243 millions d'hectares (4,7 fois plus grande que l'étendue actuelle de la France même), de laquelle se sont formés plus tard, outre l'Etat de la Louisiane (228 de l'aire de la France), la totalité des huit Etats et la majeure partie de quatre Etats nouveaux, où règne le droit commun anglo-américain. A cette dernière date, le territoire fut cédé à l'Espagne qui le conserva sans guère le gouverner jusqu'au 1^{er} octobre 1800, date à laquelle l'Espagne le rendit à la France avec remise en possession réelle le 30 novembre 1803, ce qui eut lieu après la vente du territoire aux Etats-Unis le 30 avril 1803, et ce qui fut suivi, le 20 décembre, par la cérémonie de la mise en possession de l'acheteur. Pendant la durée des explorations, ce territoire peu habité, raboteux et occupé par la lutte pour la vie, ne savait d'un système de droit ou même de la justice guère autre chose que les ordres de l'administration militaire de cette époque. Les chartres accordées à Antoine Crozat en 1712 et à la Western Company de John Law en 1717, stipulèrent que la Coutume de Paris devrait être en force en Louisiane, et qu'en matière de procédure ladite Coutume devrait être suppléée par le Code Louis d'avril 1677. Après avoir pris possession au nom de l'Espagne le 18 août 1769, le Gouverneur Alejandro O'Reilly proclama, par son

ordonnance du 25 novembre 1769, l'abrogation complète du droit français, sauf le Code Noir ou Code d'Esclaves de 1724 ; et le droit espagnol devenait sur-le-champ, universellement en théorie, et plus graduellement en pratique, revêtu d'autorité partout en Louisiane. Pendant la durée de deux ans et sept mois, seconde période de la propriété légale française, et la durée courte de trois semaines de possession réelle, la France ne promulguait aucun décret affectant le droit général, excepté celui qui servit à perpétuer le Code Noir. En vertu de la règle admise de droit international, à savoir que le système de droit appartenant au territoire cédé continue jusqu'à ce qu'il soit changé par le nouveau souverain, le droit d'Espagne régissait partout le territoire au moment où les Etats-Unis en prirent possession. Quant à l'Etat de la Louisiane, les sources espagnoles, acceptées par la judicature ultérieure, se sont trouvées être occasionnellement *El Fuero Juzgo*, plus souvent *Las Siete Partidas* et rarement *La Nueva Recopilación*, *La Recopilación de los Indias* et des *Cédulas* spéciales. Avec le dernier changement de souveraineté, la Constitution des Etats-Unis devint automatiquement la loi suprême et entraîna aussi les lois maritimes, celles des faillites, celles relatives au commerce entre Etats, et d'autres lois fédérales. Pendant que la province était encore régie en territoire fédéral, le Congrès (par la loi du 31 octobre 1803) permit expressément que restassent sans changement toutes les lois actuellement en vigueur. Quand (par la loi du 26 mars 1804) fut établi un gouvernement provisoire qui introduisait le mandat de *Habeas Corpus* et le jugement par jury, le Congrès déclara en même temps que toutes les lois déjà en vigueur, à moins qu'elles ne fussent en contradiction avec ces nouvelles dispositions, devaient le rester jusqu'à ce qu'elles soient modifiées par une nouvelle législation. La première assemblée du Conseil Législatif du Territoire d'Orléans (l'étendue actuelle de l'Etat de la Louisiane) adopta, le 10 avril 1805 (chapitre 26), le Code de Procédure rédigé par Edouard Livingston ; ce Code rejette la procédure espagnole, introduit les mandats extraordinaires et établit un système simple de plaidoiries écrites d'après la procédure de l'Etat de New-York d'où était venu M. Livingston. Le 4 mai 1805 (chapitre 50), le Conseil adopta la Loi criminelle, statut général des crimes rédigé par M. James Workman, laquelle énuméra les plus importants crimes ordinaires et fit des dispositions qui restent encore, sans aucun changement, dans les lois de la Louisiane :

« Tous les crimes, offenses et délits, ci-dessus désignés par le présent, seront pris, entendus et interprétés suivant et conformément à la loi commune d'Angleterre et les formes de l'accusation (dépouillées cependant de toute prolixité inutile) ; le mode de jugement, les règles pour les preuves, et toutes les autres procédures quelconques, sur la poursuite desdits crimes, offenses et délits, en changeant ce qui doit être changé, se feront conformément à ladite loi commune, à l'exception de ce qui sera autrement ordonné par le présent acte. »

Les avocats de la Louisiane, spécialement ceux de la Nouvelle Orléans, la grande ville qui avait en Louisiane beaucoup d'influence, étaient de langue et d'éducation françaises. Ils se méfiaient du droit commun, et, le trouvant mauvais, ils essayaient d'empêcher les efforts du Gouverneur du Territoire, M. William C. C. Claiborne, et des avocats dont la langue et l'éducation étaient anglais et de droit commun, en vue d'implanter de plus en

plus, dans le nouveau territoire, ou la substance ou la procédure du droit commun. Les discussions arrêterent la lutte assez longtemps pour permettre l'adoption par la Législature du Territoire, le 31 mars 1808, d'un Digeste de la Loi Civile (mais, en anglais, sous le titre « Civil Law ») actuellement en vigueur dans le Territoire d'Orléans. C'est une compilation ayant pour base ou l'un des projets ou la première rédaction du Code Napoléon, mais perpétuant aussi quelques dispositions du droit espagnol spécialement celles relatives aux droits de propriété. Par la suite les avocats français s'assurèrent la prépondérance sur ceux qui favorisaient le droit commun fédéral, et, par suite d'une proposition par M. Bernard Marigny, ils forcèrent la Constitution de 1812 (dérivée presque entièrement de la Constitution de 1799 de Kentucky), en vertu de laquelle on voulait faire du Territoire un Etat afin de le faire entrer dans la fédération, à introduire la stipulation suivante (Article IV, Section 11, dont la substance est demeurée dans toutes les Constitutions postérieures) :

« Les lois, existant dans ce territoire au moment où cette constitution sera mise en activité, continueront à être en vigueur, jusqu'à ce qu'elles soient modifiées ou abrogées par la législature ; et *il est bien entendu* que la législature ne pourra adopter aucun système ou code de loi en y renvoyant d'une manière générale et que, dans tous les cas, elle devra décréter spécialement toutes les dispositions de lois qu'elle pourra faire. »

Armés de cette déclaration insérée dans la charte fondamentale du gouvernement, les disciples du droit civil se crurent protégés des influences pernicieuses du droit commun lequel paraissait envahir le territoire de tous côtés par terre, de l'est, du nord et de l'ouest ; et M. Livingston même, devenu un vrai disciple des principes et méthodes du droit civil et y restant toujours fidèle, écrivit plus tard : « Les lois étrangères ne peuvent plus être ni importées « en emballage », ni écrites dans l'acte qui les introduit, à l'instar des biens décrits par le connaissance « contenu inconnu ».

Le système de droit ainsi établi restait en vigueur un peu plus de dix ans. La Cour Suprême de la Louisiane, en juillet 1817, déclara que le Code civil (de 1808) était un digeste des lois civiles en vigueur dans ce territoire au moment de l'adoption de ce code, que les lois doivent être regardées comme non atteintes dans tous les cas où les modifications et les amendements, introduits par le digeste, ne les avaient pas affectées, et que l'on ne devait considérer comme abolie que la partie des lois qui était incompatible et contraire aux dispositions du code. C'était, en réalité, un rétablissement d'une partie incertaine, mal définie, mais néanmoins très substantielle, du droit espagnol ; ce qui avait le résultat de rendre indispensable l'adoption d'un nouveau code civil. Le 14 mars 1822, trois jurisconsultes étaient chargés par la Législature de faire la révision du code civil en l'amendant selon leurs opinions et en y ajoutant les lois déjà en vigueur, mais qui n'y avaient pas été renfermées ; et aussi d'ajouter un système complet des lois de commerce alors en vigueur en Louisiane, de modifier celles-ci d'une manière qui leur parut convenable, et de composer un traité sur les règles des poursuites civiles et sur un système de procédure devant les diverses cours. Le projet fut présenté à la Législature le 22 mars 1823 ; il fut soigneusement débattu et enfin, le 12 avril

1824, la Législature l'approuva. Le 20 juin 1825 le nouveau code commença à opérer. Théoriquement ce code était une revision ou plutôt un amendement du digeste de 1808, mais en réalité il était essentiellement une reproduction du Code Napoléon, étendu par les développements de la jurisprudence et de la doctrine, spécialement celle de Pothier sur les obligations, et celle de Toullier (jusqu'à l'article 1851 C. N.), et modifié pour se conformer aux circonstances et relations locales. Le code disposa (article 3521) :

« A dater de la promulgation de ce Code, les lois espagnoles, romaines et françaises, qui étaient en vigueur dans cet Etat, lorsque la Louisiane fut cédée aux Etats-Unis, et les actes du Conseil Législatif, de la Législature du Territoire d'Orléans, et de la Législature de l'Etat de la Louisiane sont et demeurent abrogées dans tous les cas auxquels il est pourvu spécialement dans ce Code ; et elles ne pourront pas être invoquées comme lois, même sous le prétexte que les dispositions n'en sont pas contraires à celles de ce Code. »

Cependant, la Cour Suprême jugea (1827) que toute disposition de l'ancien code, laquelle n'aurait pas été ou amendée par des nouvelles dispositions, ou modifiée, ou spécifiquement abolie, devrait être censée encore en vigueur. Sur ce la Législature adopta la loi (12 mars 1828, n° 40), qui abrogea le Code de 1808, n'en laissant en vigueur qu'une petite partie relative à la dissolution des sociétés ; et une deuxième loi (25 mars 1828, n° 83) abrogea les lois civiles en vigueur avant la promulgation du code de 1825. La Cour Suprême, pourtant, continuait à juger (1839) que l'abrogation ne visait que des lois positives et écrites de Rome, d'Espagne, de France et de Louisiane, et de celles seulement qui avaient introduit une nouvelle règle à la différence de celles qui n'avaient été que déclaratoires. En même temps la cour décida que la Législature n'avait pas eu l'intention d'abroger les principes de droit qu'avaient établis ou fixés les décisions des cours de justice.

La Législature, le 12 avril 1824, adopta aussi un Code de Procédure qui commença à s'appliquer partout dans l'Etat, le 2 octobre 1825. Mélange des éléments du droit civil romain, espagnol, français et du droit commun anglais, ce code maintient les mandats de *quo warranto*, *procedendo*, *mandamus* et de prohibition, mais omet la disposition du code de 1805 (section 22) que « dits *writs* seront suivis et dirigés, conformément aux règles et dispositions prescrites par la loi commune ». La Cour Suprême de la Louisiane décida (1813) que les termes du droit commun devaient être estimés plutôt comme une traduction des mots autrefois employés, que comme une émanation de la jurisprudence anglaise ; qu'on ne pouvait pas attribuer à l'adoption de ces termes l'introduction de la pratique même d'Angleterre ; cependant, la même Cour reconnut plus tard qu'une grande partie de ce code de procédure avait comme origine le droit commun, et renvoya au droit commun pour décider des questions sur lesquelles le code n'avait pas statué. On prépara un Code de Commerce, mais la Législature le rejeta.

Après la Guerre Civile, l'abolition de l'esclavage et la rédaction d'une nouvelle constitution de la Louisiane pour effectuer ces réformes, il devint nécessaire de rédiger et le droit substantif et le droit adjectif. La Législature, en 1870, adopta (par loi n° 97) un Code Civil révisé et (par loi



n° 98) un Code de Procédure révisé, et ces deux Codes constituent actuellement la loi de la Louisiane ; leur contenu est substantiellement celui des deux codes antérieurs, après avoir effacé de ceux-ci, cependant, tous les articles relatifs à l'esclavage, et avoir ajouté par ailleurs toutes les lois relatives à la matière du code promulguées par la Législature de 1825 à 1869. Des 3556 articles du Code Civil (1870) actuellement en vigueur, il y en a 1972 ou 55 % qui n'ont pas d'équivalent dans le Code Napoléon.

Voilà pour la mise en scène ; regardons maintenant le développement de la pièce. M. François-Xavier Martin, juge de la Cour Suprême du Territoire et de l'Etat de 1810 à 1813 et encore de 1815 à 1846, recueillit et publia les premiers *reports* (20 volumes) des arrêts décidés par cette Cour. Dans les deux premiers volumes, se rapportant aux années 1809 à 1812, et contenant 127 arrêts qui présentent les arguments des avocats, on en trouve 40 qui ne mentionnent pas une source d'autorité ; pour le reste, tous essayant naturellement de gagner leurs causes, on trouve 24 citations des textes espagnols, 14 des textes français, 37 des textes des Etats-Unis, et 44 des arrêts des cours d'Angleterre et des Etats-Unis. Dans les opinions des juges de ces 127 arrêts, les magistrats citent 12 fois des textes espagnols, 15 fois des textes français, 13 fois des textes d'Angleterre ou des Etats-Unis, et 32 fois des arrêts des cours des Etats-Unis ou d'Angleterre. Procédé très intéressant, n'est-il pas vrai, spécialement au début de l'application du régime d'un Digeste de Droit Civil disposant (art. 21) que :

« Dans les matières civiles, le Juge, à défaut de loi précise, est obligé de procéder conformément à l'équité ; pour décider suivant l'équité il faut recourir à la loi naturelle et à la raison, ou aux usages reçus, dans le silence de la loi primitive. »

L'usage des avocats de citer les arrêts des cours d'Angleterre et des Etats-Unis comme matière persuadante et l'usage des cours de les citer comme matière d'autorité persistaient et devenaient le système accepté par les cours pour décider les litiges auxquels donnait lieu l'application des articles du Code Civil. En 1894, la dernière année de l'usage de publier en général dans les recueils les plaidoiries des avocats à côté des arrêts mêmes, il se trouve que des 143 arrêts contenant les arguments des avocats, il y en a 7 qui ne citent aucune autorité, 9 qui citent des textes français, 35 qui citent des arrêts des cours d'autres Etats et 92 qui ne citent que des arrêts des cours de la Louisiane. Ainsi et les avocats et les juges de cette juridiction, dont le droit était regardé comme de base française, suivaient la coutume propre du droit commun anglo-américain, celle de se fonder sur les décisions des cours. Ce qui nous paraît très intéressant n'est pas que la juridiction ait été affectée, comme on dit, par l'osmose des juridictions voisines sur trois côtés, où règne le droit commun, suivant la prédiction du Gouverneur Claiborne, mais qu'on acceptait ce développement comme une chose naturelle et usuelle, et paraissant si peu étrange que personne ne l'a jamais ni remarquée, ni critiquée, et que personne ne s'y est opposé. La technique normale française, sanctionnée par l'article 5 du Code Napoléon, à savoir celle de recourir chaque fois au texte simple de l'article du code afin d'arriver à la vraie décision, était ainsi bien vite abandonnée en Louisiane. Actuellement 90 % au moins des déci-

sions publiées font allusion au Code Civil ou à d'autres lois et ne citent que les arrêts des cours de la Louisiane.

La doctrine de *stare decisis*, si fondamentale en droit commun, et ayant au contraire un rôle si peu important au droit civil, commença à être reconnue dans la Louisiane même en 1839, où la Cour Suprême, dans une opinion écrite par le Juge Martin, donna son assentiment à la déclaration qu'il faut avoir plus d'une décision avant qu'on puisse dire que la jurisprudence sur telle ou telle question de droit est fixée. Depuis ce temps cette doctrine a été constamment admise et la déclaration en 1843 que la doctrine de *stare decisis* devrait être considérée comme d'une grande importance et prise en considération suffisante quand il y eut, sur une question spécifique de droit, une suite de jugements, tous du même effet, est devenue une règle de la jurisprudence de la Louisiane. Le système du droit civil par lequel le juge cède au texte du code a fait place ici au système du droit commun où le texte cède au juge.

Sur la question des preuves, le projet par M. Livingston d'un code n'ayant pas été adopté, la Cour Suprême de la Louisiane a décidé, dès 1819, que les anciennes lois du pays ne peuvent être d'aucune assistance. Les lois qui permettaient qu'on mit à la torture les témoins ne seraient guère disposées à la tendresse à l'égard d'un témoin qui ne s'occupe que de sauvegarder ses propres intérêts. De telles lois, étant en contradiction avec les principes d'un gouvernement libre, doivent être regardées comme abrogées, et également toutes les dispositions incompatibles avec la liberté de nos institutions. En 1831 la Cour Suprême dit que cela signifie que, par le consentement commun et presque universel, on avait abandonné le recours à cette partie de la jurisprudence espagnole qui régissait les preuves, et qu'on avait mis à sa place la règle du droit anglais. Il aurait pu se faire qu'un Code de Commerce ait protégé et conservé au droit civil cette grande partie de la jurisprudence, mais, comme nous l'avons déjà dit, on n'en a jamais adopté. Les problèmes de commerce qui liaient la Louisiane si intimement à tous les autres Etats de la République commencèrent, faute d'un Code de Commerce, à se résoudre d'après les règles de droit commercial du droit commun, d'après la jurisprudence, et par l'adoption des ainsi dites Lois Uniformes, préparées par un Conseil de Commissaires composé de membres de tous les Etats, dont le but était de développer le commerce entre Etats au moyen d'une intelligence commune des affaires. La Louisiane commença en 1904 en adoptant la Loi des Titres Négociables (actuellement en vigueur dans tous les Etats-Unis) et jusqu'au présent elle a adopté vingt-six des Lois Uniformes ; nous ferons mention de sept d'entre elles, relatives à : les Connaissances (1912), les Sociétés Anonymes (1914), les Fiduciaires (1924), les Automobiles (1928), la Transmission d'Actions (1910), les Reçus d'Entrepôt (1908), et les Testaments Etrangers (1912). Beaucoup d'autres lois importantes, telles que celles sur l'Hypothèque Mobilière, sur le Conseil des Utilités Publiques, et celle fixant la Responsabilité envers les Employés, ont pour bases des lois antérieurement adoptées dans d'autres juridictions, et sont presque entièrement dérivées des idées et du système du droit commun. Des autres encore, telles que celle sur l'Association, un Code de l'Huile, du Gaz et des

Minéraux, toutes affectées déjà de la teinte du droit commun, se présentent périodiquement à la délibération de la Législature, qui, en toute probabilité, les adoptera finalement. Le résultat sera, comme toujours, de limiter de plus en plus la portée d'application du code. Même dans les matières propres du code, les usages du droit commun ont envahi en partie des subdivisions du code ; par exemple, la *causa* (consideration) et le mandat (*agency*).

Enfin, des *lacunae* dans les dispositions générales du code et l'insuffisance de celles-ci, comme disent les cours, pour résoudre les problèmes de la vie moderne, ont eu le résultat d'y apporter non seulement une équité presque toute d'un contenu anglais, mais aussi d'occasionner l'adoption délibérée par les cours, malgré l'expresse disposition constitutionnelle (ci-dessus reproduite) restrictive des pouvoirs de la Législature, des sections entières des sujets spécifiques du droit commun. Le plus important en est naturellement celui de quasi-délits (*Torts*). On trouvait que la disposition bien connue du Code (Art. 2315 ; Code Napoléon, Art. 1382) que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer, ne suffisait pas à résoudre le développement des causes intentées pour injures accidentelles, un développement en Louisiane aussi formidable et aussi différent de l'attitude du droit civil envers les quasi-délits, que dans toute juridiction de droit commun. Par conséquent presque tout le droit des quasi-délits en Louisiane s'est développé dans la direction du droit commun et s'y est enraciné, ce qui est démontré par la citation usuelle et attendue, dans les plaidoiries des avocats et dans les opinions des juges, d'arrêts sur cette matière des cours de toutes les autres juridictions des Etats-Unis. Un sujet moins vaste, mais encore important pour lequel les dispositions du droit civil se sont trouvées insuffisantes est celui de l'assurance : et ici encore on a emprunté presque complètement le droit commun sur la matière. Le Digeste de 1808 déclarait que « le contrat d'assurance et le prêt à grosse aventure, appartenant aux lois de commerce, sont étrangers au présent code » ; et, en 1822, la Cour, après avoir fait mention des coutumes commerciales de l'Europe, en France, en Espagne, en Hollande, en Allemagne et en Italie, pose cette question :

Dans le milieu de tels désordre et contradiction, lequel de ces systèmes la Cour doit-elle adopter ? A notre avis, ni l'un ni l'autre ; la règle la plus prudente serait celle qui est entendue et pratiquée par les commerçants et assureurs de cet Etat et d'autres Etats de l'Union.

Par le système en vigueur aux Etats-Unis, toute question de droit international est jugée par les cours et le pouvoir exécutif fédéraux, et les cours des Etats individuels n'exercent pas de juridiction sur ce sujet. Mais, quand il arrive qu'il y ait nécessité de faire dans les cours des Etats l'application de ce droit, par exemple dans l'interprétation d'un traité, les arrêts des cours fédérales jouissent auprès des cours de la Louisiane d'une autorité absolue. Pour résoudre les questions de droit international privé, les cours de la Louisiane ont montré une tendance manifeste à suivre l'idéologie du droit commun.

Il est notoire que les cours françaises ne regardent point aux décisions des cours de la Louisiane pour en obtenir l'interprétation des questions

sur le Code Civil ; mais, en vue de l'exposition précédente des conditions limitées et extraordinaires qui encombrant en Louisiane presque toutes les causes, on peut bien voir la raison de cette indifférence. L'emploi de la langue française par devant les cours et par les juges eux-mêmes est inconnu depuis plusieurs années, bien que son emploi ne soit pas prohibé ; et il y a peut-être 75 % des avocats de la Louisiane d'aujourd'hui qui ne pourraient lire en français les commentateurs civils. Plus évident encore est le fait que chacune des trois écoles de droit en Louisiane offre aux étudiants trois fois autant de cours de droit commun, que de cours de droit civil, et qu'aucune n'exige d'avance la connaissance de la langue ou de l'histoire françaises.

De tout ce que nous avons déjà dit, nous pouvons maintenant montrer la situation réelle par les formules qui suivent :

A la technique de Droit Civil appartiennent :

Le mariage et la famille :

Le régime en communauté ;

Les successions ;

Les obligations, les contrats ;

La vente ;

Les biens, excepté ceux de commerce ;

Les sûretés ;

Le mandat ;

La prescription.

Sous la technique du Droit Commun se trouvent :

Le droit constitutionnel, administratif et public ;

Le droit international ;

Le droit international privé ;

Le droit commercial :

Les sociétés anonymes ;

Les voituriers ;

Les utilités publiques ;

Les lettres de change et billets à ordre ;

Les connaissements ;

Les reçus d'entrepôt ;

Les contrats d'assurance ;

Les faillites ;

Le droit maritime ;

Les quasi-délits :

La responsabilité envers les employés ;

L'équité ;

La procédure :

Les preuves ;

Les mandats extraordinaires ;

Le droit pénal et la procédure pénale ;

La législation.

En vue de l'importance et de la profondeur de la fusion entre ces divisions sous l'un ou l'autre système, il est temps que ceux qui étudient le système de droit de la Louisiane demandent une nouvelle évaluation de

la situation actuelle ; qu'ils refusent d'accepter sans discussion les déclarations traditionnelles, et qu'ils écartent les préjugés romantiques d'une prédilection affectueuse, pour ne juger que des faits réels. Un tel jugement libre ne peut avoir qu'un seul résultat : il faut admettre que l'Etat de la Louisiane est devenu une juridiction de droit commun. Son régime légal ne diffère qu'en degré de celui des autres Etats qui, autrefois régis par le régime espagnol ou français, ont retenu dans des sujets particuliers des traces de leurs anciennes lois, mais qui maintiennent essentiellement et pratiquement leurs systèmes légaux conformément à ces Etats où régit le vrai droit commun. D'ailleurs, le Code Civil était théoriquement la base de tout le droit substantif de la Louisiane et reste encore une très importante compilation générale des dispositions sur des relations et sujets spécifiques à l'égard desquelles le code reste valable. Mais, en tous cas, le code n'est qu'une loi ordinaire qui doit être interprétée et appliquée quand il n'existe aucune décision sur la question, exactement comme les codes d'autres Etats qui en ont, par exemple, New-York, Illinois et Californie, en considérant, cependant, son histoire et son interprétation antérieure dans d'autres juridictions où des dispositions identiques ou semblables ont été jugées par les cours. La seule différence est qu'ici la mère-juridiction était la France, au lieu de l'Espagne qui l'était pour la Californie, le New Mexico et le Texas où a survécu le régime en communauté (aussi adopté par des lois des Etats d'Arizona, d'Idaho, de Nevada et de Washington), et pour l'Alabama, l'Arkansas, la Floride, l'Idaho, le Kansas, le Mississippi, le Missouri, le Nevada, le New Mexico, l'Oklahoma et l'Utah, où sont restées d'autres traces du droit espagnol.

Un jour nouveau est arrivé et la Louisiane doit dire, fut-ce avec quelque regret, aux Professeurs Lambert, Pound, Wigmore et aux autres versés dans le droit comparé : Je suis fière de mon histoire et sensible à l'intérêt que vous portez à mon expérience comme représentant d'un ancien régime régi par des influences étrangères, mais les circonstances m'ont enfin vaincue. A présent il me faut dire adieu aux transitions du passé, essayer d'agir conformément à mes voisins et espérer qu'ils oublieront à la longue nos différences d'origines et qu'ils admettront enfin ma jurisprudence et les décisions de mes cours avec la même importance dans nos affaires communes que celle qui est reconue aux décisions des autres membres de la famille.

Le droit français et la technique de droit civil, qui, au commencement, semblaient devoir gagner une autorité permanente dans cette juridiction, se sont affaiblis au fur et à mesure du développement de la pratique réelle au milieu des influences environnantes du droit commun. Avec ces déclarations exactes, mais actuellement nouvelles dans l'opinion, nous pourrions abandonner beaucoup de prétextes. Les experts en droit et commun et civil qui examinent l'état actuel du droit de la Louisiane se délivreraient d'une surprise et d'une contrariété peu nécessaires ; et on pourrait ouvrir le chemin à une harmonie d'esprits très nécessaire et à une coopération augmentée entre les juges, les avocats, les législatures et les administrations de la Louisiane et des autres Etats.

CHAPITRE IV

LES POSSIBILITES DE PROPAGATION DU DROIT CIVIL ET DU COMMON LAW

WIGMORE, *L'avenir du système juridique anglo-américain.*

Il convient de rapprocher de cette étude les contributions classées dans le Chapitre précédent. Une vue d'ensemble sur les contributions comportant des éléments pour le PROBLÈME DU RAYONNEMENT RESPECTIF DES DROITS NATIONAUX est donnée ci-dessous en tête du Chapitre IV du Titre I^{er} de la Quatrième Partie du Recueil.

L'AVENIR DU SYSTEME JURIDIQUE ANGLO-AMERICAIN

Par John H. WIGMORE

*Ancien Doyen de la Faculté de Droit de la Northwestern University.
Membre de l'Académie Internationale de Droit Comparé*

Traduit par Alain PITIOT

Licencié en Droit

L'un des plus grands services rendus par notre éminent collègue Lambert, c'est assurément son patronage, comme impresario, au système juridique anglo-américain pour lui donner un rôle important dans le monde juridique du Droit Comparé. Au temps de Montesquieu, le système anglais était bien connu sur le continent et formait l'objet de maintes discussions. De même, au moment de la Révolution française, la nouvelle constitution des Etats-Unis fut l'objet d'études sérieuses ; un peu plus tard, de Tocqueville rendit familiers à l'Europe le gouvernement démocratique des Etats-Unis et son système pénitentiaire

Puis, cet intérêt subit une éclipse qui dura près d'un siècle. Et, à aucun moment pendant ce siècle, on n'accorda de considération au système anglo-américain de Droit Privé comme unité juridique comparable à celles du Continent.

Nous n'avons pas à analyser ici les raisons de ce relâchement de considération ; elles étaient nombreuses et naturelles. Mais sous la direction de Lambert, grâce à son Institut de Lyon, cette place vide dans le monde du Droit Comparé commença à se combler. Une collection judicieuse des matériaux utiles fut réunie. De nombreuses études de la plus haute valeur furent publiées. Le résultat de cette influence, joint à celle de plusieurs conférences techniques internationales sur divers sujets de Droit Privé (principalement de Droit Commercial), fut de faire prendre nécessairement en considération sur le continent, le système anglo-américain dans toutes les discussions générales de Droit Comparé.

Ceci nous conduit à nous poser cette question : que réserve l'avenir ? Entre ces deux rivaux amicaux — système juridique d'origine romaine (*romanesque*) et système juridique anglais, — quelles sont les perspectives respectives d'expansion ? ⁽¹⁾.

(1) Le thème de cet essai a été abordé dans un discours en septembre 1936, au cours de la célébration du Tricentenaire de l'Université d'Harvard, durant la semaine consacrée à la Faculté de Droit. Le titre de ce discours a été : « L'avenir de l'expansion territoriale de la Common Law ».

Ce sont ces perspectives d'expansion territoriale de la *Common Law* qui m'intéressent particulièrement. Dans la description géographique du Droit, quelles seront les places occupées par la *Common Law* ?

S'il était permis à quelqu'un de monter dans la stratosphère et, de là, de porter ses regards sur notre globe en révolution, il verrait de nombreux systèmes juridiques répartis sur la surface terrestre, comme les unités de diverses armées en présence. Il pourrait les distinguer à la couleur de leurs uniformes : vert pour le système juridique mahométan ; bleu pour l'anglais ; rouge pour le système légal d'origine romaine ; jaune pour le Chinois ; blanc pour le Bouddhiste, sans compter tous les autres. Certaines de ces unités sont au repos ; d'autres en évolution ; d'autres encore en plein combat. Il y a évidemment une bataille qui se joue sur certaines parties du globe. Quel est l'avenir des forces de la *Common Law* anglaise dans cet engagement ?

Du Moyen Age jusqu'à nos jours, d'actifs mouvements d'expansion des systèmes juridiques se sont produits dans quatre cas principaux. Tout au début du Moyen Age, le système bouddhiste partit des Indes pour conquérir le Thibet, la Mongolie, la Birmanie, le Siam et Java, et le droit de l'Islam s'étendit de Damas au Turkestan à l'Est et à l'Espagne à l'Ouest. Mais ces deux systèmes de Droit sont depuis longtemps au repos ; ils ne reprendront plus un mouvement en avant (il subsiste bien un mouvement missionnaire mahométane en Afrique centrale ; mais il ne saurait jouer un rôle d'importance).

Au XII^e siècle, le système d'origine romaine (*romanistique*) commença sa marche sur le Continent Européen pour s'établir en fin de compte jusqu'en Amérique du Sud. Au XVI^e siècle, le système anglais de la *Common Law* s'étendit dans l'Amérique du Nord et dans les autres colonies ; son domaine comprend maintenant une centaine d'unités législatives ou judiciaires, d'étendues fort diverses dans l'intérieur de « l'Empire » britannique. Aujourd'hui, ces deux derniers systèmes, le système d'origine romaine (*romanistique*) et l'anglais, sont seuls à posséder encore quelque force d'expansion. Toutefois, à l'heure actuelle, toutes les terres habitables du globe sont sous le contrôle politique d'un gouvernement organisé ou d'un autre. Aussi, lorsque l'on analyse les perspectives d'avenir, la question suivante vient à l'esprit : quelles sont les régions à choisir pour une expansion éventuelle ? De quelle manière, si elle se produit, cette expansion d'influence se développera-t-elle ?

Il apparaît alors qu'il y a seulement deux sortes de contrées où l'un ou l'autre des deux systèmes — *romanistique* ou anglais — puisse développer son influence :

1. — L'une de ces deux sortes de contrées est constituée par les régions coloniales dans lesquelles un système étranger peut être imposé à un peuple dont les institutions juridiques indigènes sont plus ou moins inorganisées ou dans un état de développement arrêté. Cette méthode d'imposition et de remplacement était autrefois jugée inévitable. Ce fut la méthode employée par les Anglais au Pays de Galles et en Irlande et, plus tard, pour certaines de leurs possessions insulaires. Les Espagnols et les Portugais en usèrent aussi dans les Amériques, les Hollandais en Afrique du Sud ; et naturellement ce fut la méthode du droit romain original en Gaule et en Espagne, quoique non en Egypte.

Mais cette méthode a été depuis longtemps abandonnée dans l'administration coloniale moderne. La méthode moderne consiste à imposer seulement le droit constitutionnel et administratif ; à l'intérieur de ce cadre de droit étranger, on sauvegarde et l'on renforce, aussi intelligemment que possible, la grande masse de droit privé indigène. Telle a été depuis longtemps la pratique de la Grande Bretagne dans les Indes et ailleurs, de la France en Algérie, en Tunisie, au Maroc et dans le reste de l'Afrique du Nord aussi bien qu'en Indo-Chine, de la Hollande dans les Indes Néerlandaises, et des Etats-Unis aux Philippines et à Porto-Rico.

Aussi, l'avenir réserve-t-il peu de perspectives d'expansion dans ces régions tant pour le système de la *Common Law* que pour celui du Droit Romain, en ce qui concerne la grande masse du droit privé.

2. — L'autre catégorie de pays dans lesquels l'un ou l'autre de ces deux systèmes peut développer son influence, est constituée par les *pays indépendants d'Orient* désireux de réorganiser volontairement leurs institutions politiques et juridiques sur le modèle occidental. Cette adoption d'un système occidental peut naturellement ne pas comporter un changement ou un remplacement complet dans les idées juridiques, ni même dans les règles de droit ; ce n'est en effet ni nécessaire ni possible. Mais cela implique l'adoption des catégories, des constructions et formes d'expression occidentales, celle de la littérature occidentale et, par la suite, une transformation dans les habitudes et la pensée juridiques.

C'est la méthode qui a été adoptée d'abord par le Japon, puis par le Siam, la Chine, la Turquie (où elle a commencé à être pratiquée il y a un siècle environ), et qui est actuellement en cours en Perse. Parmi les pays demeurés indépendants pour lesquels il serait concevable que la même marche put se produire, l'Afghanistan y a recouru prématurément il y a quelques années et le résultat a été un échec complet ; le Thibet est fermé à toute influence et le restera sans doute ; les possibilités en Ethiopie se sont maintenant évanouies ; les contrées mongoles et du Boukhara ont été attirées par le système politique soviétique. Quant à l'Egypte, elle constitue à elle seule un cas particulier. Le système islamique indigène est encore utilisé par les Egyptiens, mais la grosse masse de litigation dans laquelle se trouvent engagés ou intéressés des résidents étrangers, et principalement en matière de droit commercial, est attribuée aux tribunaux mixtes qui emploient surtout le système d'origine romaine (*romanistique*). Ces tribunaux mixtes sont naturellement une juridiction égyptienne, bien que composés au moins pour moitié de juristes de nationalités étrangères (et notons au passage que le succès frappant de ces tribunaux montre que c'est là la vraie solution pour la Chine où les conditions sont similaires, et c'est un fait regrettable que les jeunes juristes Chinois ne veuillent pas le reconnaître).

Et maintenant dans les nations d'Orient où ce procédé d'adaptation aux catégories occidentales a été jugé désirable, quel a été leur choix entre les deux systèmes : *Common Law* anglais et Droit d'origine romaine ? Le choix s'est toujours porté sur le second. La raison en a toujours été que ce système était aussi commode à étudier qu'à adapter sous la forme de codes concis ; qu'il s'agit de droit civil, commercial, procédural ou pénal, que le système occidental vint de France, d'Allemagne ou de Suisse, il y a toujours eu un code attractif, tout prêt à servir de modèle. C'est au

Japon que ce processus de choix a été le plus délibérément et le plus méthodiquement conduit. Il y a cinquante ans que fut engagé un juriste compétent de chacun de ces quatre pays : Angleterre, France, Allemagne et Etats-Unis ; une épreuve loyale fut accordée à chacun des quatre pendant les dix années suivantes. Le juriste anglais, dans sa carrière postérieure, montra qu'il honorait le droit de son pays. Le juriste américain devint le conseiller le plus écouté du Ministère des Affaires étrangères japonais. Mais les systèmes juridiques d'aucune de ces deux nations n'ont eu de chances de succès dans leur rivalité avec les codes français et germaniques.

Le résultat a été le même ailleurs. A l'exception de quelques institutions spécifiques de la *Common Law* le système d'origine romaine (*romanistique*) a toujours été celui que l'on a préféré. Cela continuera vraisemblablement à être le cas. Ainsi, dans ce type de pays d'Orient, il n'y a pas de perspective d'expansion pour la *Common Law* anglaise en tant que système d'ensemble. Il reste finalement deux autres possibilités pour les institutions propres à la *Common Law*, mais elles sont limitées.

a) Premièrement, il se produira une adoption ou une réadaptation réfléchie de telle ou telle de ses institutions modernes particulières, admise pour ses mérites intrinsèques. C'est ce qui s'est produit pour le système du jury dans l'Europe continentale au début du XVIII^e siècle. Mais cette institution y était une institution exotique et le système du Jury, en Europe Occidentale, est en train de perdre du terrain un peu partout, comme le montre l'intelligente enquête récemment publiée par M. François Gorphe, de la Cour d'Appel de Poitiers. A l'avenir, cette sorte d'adoption ne se produira vraisemblablement que dans le cas où il aura été fait face à un besoin juridique évident et commun par quelque institution d'invention anglaise ; par exemple, le tribunal américain pour enfants, qui se répand maintenant partout à travers le monde ; ou l'institution anglaise du « *trustee* » qu'on prend maintenant en considération en France ; ou encore le jugement déclaratoire anglo-écossais qui est actuellement en voie d'une large adoption.

b) En second lieu, dans le mouvement universel — qui va sans cesse se fortifiant — pour l'uniformisation du droit par l'organe de conférences et de conventions internationales, il y aura ça et là, sans aucun doute, place pour des principes de la *Common Law*, dans les compromis destinés à assurer cette uniformité. Mais ce résultat ne se produira qu'occasionnellement. Il n'a pu notamment réussir à se produire dans le mouvement pour l'uniformisation du droit des effets de commerce. Dans ce mouvement, qui couvre les trente dernières années, les nations se sont trouvées rangées en fin de compte en deux groupes inconciliables : le groupe d'origine romaine (*romanistique*), et le groupe d'origine anglaise. Cette branche du droit ne pourra jamais être uniformisée, semble-t-il, par un compromis, à cause de la divergence des usages commerciaux sur des points vitaux. Ici, comme ailleurs, les perspectives de substitution d'une institution d'origine romanistique à une institution de la *Common Law* n'offrent guère de promesses.

Mais après tout, pour conclure, pourquoi nous attendrions-nous à un autre avenir que celui qui vient d'être pronostiqué ? Le passé peut comporter des leçons. Il y a eu cinq grandes expansions territoriales, pour les systèmes de droit, au cours de l'ère chrétienne. Le système originaire romain fut propagé par la conquête uniquement ; le bouddhique et l'isla-

mique le furent comme parties intégrantes d'un mouvement d'expansion religieuse. Le système « romanistique » (droit romain, médiéval et moderne) fut adopté tout d'abord comme partie d'un mouvement intellectuel d'ensemble et, plus tard, comme le résultat d'une imitation politique. Au contraire, la *Common Law* anglaise a été propagée par la colonisation des émigrants anglais. Le droit a marché avec les colons. Ses traditions faisaient partie de « leurs droits de naissance », pour reprendre l'expression du Juge Story. Comme l'a dit l'attorney général anglais du Bureau du Commerce en 1720 : « Laissez un Anglais aller là où il l'entend, et il transportera avec lui autant de Droit et de Liberté que la nature des choses le permettra ».

Aussi, pour l'avenir également, en passant en revue les diverses régions, nous pourrions nous attendre à ce que partout où ce seront des Anglais et partout où ce seront des Américains du Nord qui constitueront la masse populaire ou la classe politique dominante, on trouvera plus ou moins de la *Common Law* anglaise. Dans ces endroits, mais nulle part ailleurs.

TITRE II

LES SYSTEMES JURIDIQUES OCCIDENTAUX ET LE DROIT DES PAYS D'ISLAM LEURS RAPPORTS ET LEURS MERITES

SANHOURY, *Le Droit Musulman comme élément de refonte du Droit Egyptien.*

CARDAHI, *Les infiltrations occidentales dans un domaine réservé : Le Statut Personnel Musulman.*

BOUSQUET, *Un exemple de laïcisation du Droit Musulman : L'Albanie.*
(Ces contributions publiées ci-dessous dans la Quatrième Partie, Titre I^{er}, Chapitre II, §§ 112 à 114).

AOUAD, *L'attachement du peuple marounite au Statut Personnel de sa communauté.*

(Cette contribution publiée ci-dessous dans la Quatrième Partie, Titre I^{er}, Chapitre III, § 115).

SCHWARZ, *La réception et l'assimilation des Droits Etrangers.*

(Cette contribution publiée ci-dessous dans la Quatrième Partie, Titre I^{er}, Chapitre I^{er}, § 110).

WIGMORE, *L'avenir du système juridique anglo-américain.*

(Cette contribution publiée ci-dessus, Titre I^{er}, Chapitre IV, § 74).

TITRE III

LES BRANCHES DU DROIT COMPARE

CHAPITRE PREMIER

LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

On rapprochera des études publiées dans ce Chapitre les contributions du Lord MACMILLAN, *DEUX MANIÈRES DE PENSER*, reproduite ci-dessus, Titre I^{er}, Chapitre I^{er}, § 65, et de MM. VON RAUCHHAUPT, *LE PROBLÈME DE LA CODIFICATION DU DROIT INTERNATIONAL. COMPARAISON ENTRE LES MÉTHODES EUROPÉENNES ET AMÉRICAINES*, reproduite ci-dessus, Titre I^{er}, Chapitre I^{er}, § 68, et LUNDSTEDT, *LA PART DE RESPONSABILITÉ DE LA SCIENCE JURIDIQUE DANS LE DESTIN DES PEUPLES*, reproduite dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre I^{er}, § 135.

★★

Sur les AVIS CONSULTATIFS DE LA COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE EN MATIÈRE DE DROIT INTERNATIONAL DU TRAVAIL, cf. l'article de M. HOENIGER, *A PROPOS DE DOUZE VOLUMES DE RECUEIL INTERNATIONAL DE JURISPRUDENCE DU TRAVAIL*, publié dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre VII, Chapitre I^{er} : « Le Nouveau Droit International du Travail », § 166.

SECTION I

LES FONDEMENTS DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

VERDROSS, *La loi de la formation des Groupes juridiques et la notion du Droit International public.*

GUGGENHEIM, *Contribution au problème des bases sociologiques du Droit International.*

SCELLE, *Quelques réflexions sur une institution juridique primitive : La reconnaissance internationale.*

LA LOI DE LA FORMATION DES GROUPES JURIDIQUES ET LA NOTION DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Par Alfred von VERDROSS,

*Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Vienne,
Associé de l'Institut de Droit International.*

Traduit par Ossip K. FLECHTHEIM,

Docteur en Droit, Genève.

Afin de pouvoir clairement définir la notion de droit international public, il est nécessaire avant tout de déterminer d'après quelles règles peut avoir lieu, en général, une formation de groupe juridique ⁽¹⁾. Il faut observer qu'un groupement des normes de droit est possible d'après des points de vue divers, puisque la matière juridique peut être divisée d'après les sources du droit, le contenu juridique, les sujets de droit ou les sanctions.

Une classification d'après la *source* d'où proviennent *directement* les règles de droit conduit aux groupes juridiques : jus divinum, droit naturel, droit superétatique, droit canon, droit étatique, droit des « Länder », droit communal. Une classification d'après le *contenu juridique* se rapporte aux relations de vie réglées par l'ordre juridique et conduit par conséquent à peu près aux groupes juridiques : droit du travail, droit agricole, droit des postes, droit des marques de fabrique, droit des chemins de fer, etc. La troisième classification d'après les *sujets de droit* se rapporte aux personnes qui reçoivent des droits et sont obligées par l'ordre juridique compétent. Puisque l'ordre juridique peut s'adresser aux hommes, aux associations intraétatiques, aux Etats ou à des associations analogues aux Etats, diverses possibilités de groupement en résultent et elles sont augmentées encore par le fait qu'il peut s'y agir ou de relations juridiques entre des personnes de la même espèce ou entre des personnes d'espèces différentes. C'est sur la base de ce principe de classification qu'est formée, par exemple, la notion du droit international public, si on le désigne tout simplement comme

(1) Bibliographie : Baron TAUBE : Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, I (1907-1908), 360 et s., et 510 et s. — SPIROPOULOS : Théorie générale du droit international (1930). — SCERNI : Sulla natura giuridica delle norme emanate dagli organi creati con atti internazionali (1931), v. aussi Rivista di diritto internazionale XXIII (1931), 390. — Kelsen : Zeitschrift für öffentliches Recht XII (1932), 481 et s. — SCILLE : Précis de droit des gens, I (1934).

« droit interétatique ». Enfin, les normes de droit peuvent être divisées d'après la nature des *sanctions*, qui menacent ceux qui violent ces règles. De cette manière on parvient aux notions de droit civil, qui est sous la sanction de l'exécution, de droit criminel qui est sous la sanction de la peine, de droit administratif, qui est sanctionné par la contrainte administrative, et aussi aux branches du droit public qui sont sous la sanction de la responsabilité collective (exécution fédérale, représailles, guerre).

Mais ces divers principes de classification peuvent être aussi rattachés l'un à l'autre. Ainsi une liaison du premier et du troisième groupes conduit-elle à la notion du « droit étatique extérieur », puisqu'il s'agit de normes qui proviennent, en effet, d'une source étatique (premier principe de classification), mais cependant ont pour objet des relations entre des Etats (troisième principe de classification). De la même manière se forme la notion de droit international public, lorsqu'il est désigné comme un droit interétatique qui provient d'une source superétatique (droit naturel ou volonté commune des Etats).

Mais il peut y avoir aussi des normes qui proviennent, sans doute, d'une source superétatique, mais qui ont pour objet la conduite d'individus. En effet il existe des normes diverses de cette catégorie. Il suffit ici de renvoyer à celles qui règlent la conduite des fonctionnaires de la Société des Nations, des juges de la Cour permanente de Justice Internationale et des organes et sujets de droit d'autres communautés d'Etats. C'est que toutes ces normes ne sont pas émises par des Etats particuliers, mais elles résultent soit de l'accord réalisé entre divers Etats, soit de la délibération de certains organes de groupements d'Etats. Elles n'obligent toutefois ni des Etats, ni des associations analogues aux Etats, mais des individus déterminés. En outre, il peut y avoir des normes superétatiques qui règlent le rapport d'un Etat à un individu. En ce sens il faut rappeler les normes qui accordent un droit de plainte à des individus contre un Etat étranger devant une autorité internationale. Ces deux groupes ont donc en commun avec le droit international public (dans la forme traditionnelle) la source superétatique, mais ils s'en distinguent en ce qu'ils ne règlent pas la conduite réciproque d'Etats et de communautés analogues aux Etats, mais la conduite d'individus ou d'individus et d'Etats entre eux.

Pour la formation de groupes juridiques, le principe de classification de la sanction peut être lié avec d'autres principes de classification, comme on le montrera tout à l'heure.

Cette loi de la formation de groupes juridiques une fois reconnue, il devient clair que la science doit accepter toutes les diverses sortes de normes sans exception, mais, en les comprenant, elle a le choix, ou de ranger de nouvelles sortes de normes dans des groupes existants ainsi étendus, ou de former de nouveaux groupes partant de bases nouvelles. A ce point de vue on doit accepter les développements critiques de M. Spiropoulos qui considère comme arbitraires toutes les conceptions proposées de droit international public et qui vont être discutées tout à l'heure. Cette manière de voir ne devient cependant fructueuse que si elle ne reste pas purement négative, mais si elle est liée à la connaissance de la loi de la formation des groupes juridiques. Ce n'est que par là que la voie est ouverte pour une compréhension systématique de *toute* la matière juridique, sinon il reste le danger qu'un groupe juridique ayant une existence objective, mais ne pouvant être

placé dans aucune des catégories admises, ne soit perdu pour la compréhension de la jurisprudence, ou ne soit interprété d'une autre manière, afin de pouvoir être inséré dans une des anciennes catégories.

Quoique la science soit libre de former des notions nouvelles, il faut cependant en le faisant, conserver devant les yeux, comme guide, l'ancienne maxime : *entia praeter necessitatem non esse multiplicanda*. C'est pourquoi une notion nouvelle ne doit être présentée que si, une matière juridique nouvelle apparaissant, elle ne peut s'insérer dans les notions de groupes existant jusqu'alors.

Ce n'est qu'après ces remarques préliminaires qu'on peut prendre position d'une manière critique vis-à-vis des différents essais de définition de droit international public.

Comme on sait, la notion du droit international public (droit des gens) fut obtenue par Franciscus Vitoria en extrayant le *jus inter gentes* de la notion romaine du *jus gentium* qui comprenait des matières juridiques diverses. Comme sous ce rapport l'expression « *gentes* » désigne les peuples organisés sous forme d'Etats, il s'agit d'un ordre juridique lequel règle les rapports des Etats entre eux. Dans ce sens le préambule du pacte de la Société des Nations parle aussi de « *peuples organisés* ». L'Etat, pour le droit international public, n'est donc pas seulement les organes de l'Etat (Etat dans le sens étroit), mais aussi le peuple étatique organisé (Etat dans le sens plus large). C'est pourquoi Kant a proposé l'expression de « *droit des Etats* » pour le droit international public ⁽²⁾.

Cette notion du droit international public dans le sens le plus étroit fut cependant élargie plus tard par l'intégration des normes qui règlent les rapports entre les Etats et d'autres communautés juridiques souveraines (église catholique, insurgés reconnus comme parti belligérant, associations d'Etats) (droit international public dans un sens plus large).

Par contre, le baron Taube a réuni ces normes dans la notion indépendante du *jus inter potestates* qui est posée à côté de la notion du droit international public. Mais une notion indépendante du *jus inter potestates* ne saurait être justifiée que si les normes valables entre les Etats et les autres communautés juridiques souveraines étaient formées d'une autre manière que les règles interétatiques, ou si ces deux groupes de normes différaient essentiellement dans leur contenu l'un de l'autre, ou si, enfin, les sanctions étaient différentes par principe. Comme les normes positives du *jus inter potestates* naissent suivant le même processus que les normes interétatiques, comme de plus le contenu du *jus inter potestates* général forme une partie du droit international public et aussi comme dans les deux cas existe la sanction de l'obligation collective, on peut se tirer d'affaire sans la notion du *jus inter potestates*. Il suffit d'élargir d'une manière correspondante la notion classique du droit international public.

Si, au contraire, la notion classique du droit international public est élargie non seulement par réception des règles qui sont valables entre les Etats et d'autres communautés juridiques souveraines, mais si elle est étendue de telle sorte que les groupes d'hommes cités précédemment entrent en

(2) La Métaphysique des Mœurs (1797), § 53 : « Le droit des Etats dans leurs rapports mutuels qui, d'une manière approximative est nommé en allemand le droit des gens, mais lequel devrait plutôt s'appeler le *droit des Etats*... »

considération comme sujets de droit de cette sphère juridique (droit international public dans le sens le plus large), alors comme particularité du droit international public ne resterait plus que le critère de la source super-étatique, tandis que tous les autres critères de distinction (sujets de droit, sanctions) seraient supprimés.

Une telle division tripartite de la notion du droit international public serait en effet possible, mais elle n'est pas recommandable : les sanctions normales du droit international public, somme toute, ne sont pas applicables à l'égard des individus, la technique juridique de ces normes est donc plutôt la même que celle des normes du droit intraétatique. Si on considère encore que les normes valables de cette sorte n'apparaissent pas dans le droit international public général, mais existent seulement dans certaines communautés d'Etats, on devrait recommander de réunir ces normes sous la notion de *droit interne de la communauté d'Etats*. Sans doute, on doit remarquer que cette expression est également équivoque, puisque on pourrait comprendre par là les normes qui règlent les rapports entre les Etats formant une communauté d'Etats (le droit de la S. D. N. ou de l'Union Postale universelle). Il s'en suit que le droit de la communauté d'Etats est susceptible d'une division en diverses branches (droit privé, droit criminel, droit administratif, droit interétatique).

Par contre, les rares normes contractuelles qui accordent à une personne privée un droit vis-à-vis d'un Etat étranger peuvent être considérées comme appartenant au droit international public au sens plus large, car ces normes n'ont pas d'existence indépendante, mais doivent être supportées par des normes interétatiques. Ces normes ne peuvent, en effet, être créées que par un accord interétatique et ne peuvent être exécutées que par un Etat ou une communauté d'Etats. Si, par conséquent, cette base du droit international public est enlevée à un tel rapport juridique, il s'écroule.

CONTRIBUTION AU PROBLEME DES BASES SOCIOLOGIQUES DU DROIT INTERNATIONAL

Par PAUL GUGGENHEIM,

*Professeur de Droit international à l'Institut Universitaire
des Hautes Etudes Internationales à Genève.*

Traduit par Hans HERZ,

Docteur en Droit, Genève.

I. — Il y a deux principaux contextes d'idées dans lesquels on peut poser la question de la validité du droit international, c'est-à-dire de sa force obligatoire : c'est celui de la jurisprudence et celui de la sociologie juridique. Au point de vue juridique, le problème consiste dans la tâche de prouver la validité du droit international sans franchir les limites de la sphère du droit et en ramenant toujours la validité d'une norme juridique à celle d'une autre norme juridique ; la sociologie, au contraire, regarde le phénomène du droit dans son existence réelle. De ce point de vue, on est amené à identifier la validité du droit avec son efficacité moyenne dans la vie sociale. Ce qui importe ici, ce n'est pas le contenu idéal et normatif du droit, mais son existence de fait et ses corrélations avec les autres phénomènes de la vie sociale. Donc, c'est par son objet même que la sociologie du droit est séparée de la jurisprudence. Du point de vue sociologique, les données juridiques ne sont point des données empiriques d'un certain ordre juridique positif, ne sont point non plus le résultat de décisions formelles ; elles forment le contenu d'événements sociaux, créé par des puissances social-psychologiques capables d'obtenir une certaine conduite demandée (1).

Le point de départ de tout examen sociologique du droit international consiste dans les relations mutuelles des entités politiques qui ont le monopole du pouvoir, dans des circonscriptions déterminées de la superficie terrestre, c'est-à-dire dans les relations des Etats souverains. L'objet de recherche, ce sont les réglementations et décisions des questions et groupes de questions dont ces puissances-là ont fait l'objet d'une réglementation collective d'après des conventions générales ou particulières ou d'après des coutumes anciennes et souvent irréfléchies. La jurisprudence ne peut re-

(1) Cf. Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, pp. 29, 158, 184.

connaître la qualité *juridique* des règles ainsi nommées du droit international qu'après les avoir rangées dans un contexte systématique avec les autres données juridiques ⁽²⁾ ; la sociologie du droit présuppose seulement l'existence de normes juridiques qui aient la validité et l'efficacité voulues pour l'existence d'un ordre de droit. Il faut qu'on prouve que le droit international (ainsi que chaque ordre juridique) est rendu efficace par des normes effectives de contrainte, qu'on établisse que, en ce domaine aussi, les violations de droit sont sanctionnées. Donc, il ne s'agit pas ici d'un problème juridique et normatif, mais de la question empirico-sociologique de la validité du droit ⁽³⁾.

En effet, bien que la technique procédurale originaire du droit international soit très primitive et que l'appareil de contrainte international, d'ordinaire, manque des moyens de contrainte physique en cas de violations du droit, il est néanmoins possible de prouver qu'il existe un ordre de sanctions en matière du droit international ⁽⁴⁾. Au stade du développement sociologique du droit international correspond un ordre spécifique de la contrainte. Comme dans tout droit primitif, les sujets de droits et de devoirs en droit international, auxquels sont imputées les sanctions, ne sont pas les individus, mais des associations, ici (ce qui est important pour la question des moyens de contrainte) les Etats, issus des clans ⁽⁵⁾. Or, la validité empirique des normes générales de droit international a cela de typique que son efficacité est garantie par une procédure de droit primitif de châtement, laquelle fonctionne en faisant suivre la violation d'un droit, dont s'est prévalu un membre de la communauté internationale, par les moyens de procédure primitive qui sont la guerre et la représaille. Ceci est en accord avec le fait bien connu que les ordres de droits primitifs considèrent chaque violation de droit comme un délit entraînant le châtement, et chaque « obligation » comme une obligation créée par un délit ⁽⁶⁾. Donc, d'après la manière de voir sociologique, la majeure partie du contenu du droit international, en tant qu'existant dès son début, ne consiste qu'en une réglementation de procédure, procédure qui donne au sujet de droit la possibilité de se prévaloir de son droit vis-à-vis un autre sujet et de chercher à l'exécuter dans les formes primitives sus-mentionnées. Ainsi, jusqu'à la fin du XVIII^e siècle (période où apparaissent les premiers organes collectifs internationaux de médiation et d'arbitrage), il n'est jamais question, en matière de règlement des différends internationaux, d'une investigation rationnelle du problème de la *culpabilité*. Et comme, jusqu'à beaucoup plus tard, il n'y avait pas d'exécution *ex officio*, de par les organes de la communauté du droit, même des décisions d'organes collectifs internationaux (tribunaux arbitraux, conférences diplomatiques, congrès internationaux),

(2) Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, p. 124. Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, p. 4. Scelle, *Précis du droit des gens*, t. 1.

(3) Cf. Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, pp. 373 ss.

(4) Cf. Max Weber, *loc. cit.*, p. 377, ainsi que Max Huber, *Soziologische Grundlagen des Völkerrechts*, p. 10.

(5) Cf. Kelsen, *op. cit.*, pp. 21 ss. E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, pp. 21 ss. R. Schmidt, *Allgemeine Staatslehre*, t. 1, pp. 116 ss. Cf. aussi l'essai spirituel de F. Oppenheim, *Der Staat*, pp. 18 ss.

(6) Cf. Max Weber, *op. cit.* pp. 390 ss. Horvath, *Rechtssoziologie*, pp. 149 ss., en particulier les remarques sur le droit « remplaçant le combat ». Shissver, *Der Krieg und die Völkerrechtsordnung*, pp. 49 ss.

il était laissé aux sujets le droit de faire respecter leur droit ou la sentence rendue en leur faveur par des moyens d'auto-protection ⁽⁷⁾. Cependant, la nécessité de procéder à des mesures d'auto-protection, fut, de bonne heure, déjà un cas exceptionnel ; car, d'ordinaire, les associations membres de la communauté internationale remplissaient les obligations souscrites, à cause de l'intérêt très grand qu'il y avait à voir exécuter des conventions composées de droits et de devoirs réciproques ⁽⁸⁾. Dans ce domaine, il était d'une importance primordiale que le caractère institutionnel de l'Etat moderne qui allait en s'accroissant depuis la période de l'absolutisme, amenât, dans le cadre de la distribution des compétences et de la division de travail, la création d'organes étatiques spéciaux chargés de la gestion des affaires du droit international (ministères des affaires étrangères et représentations diplomatiques dépendant d'eux), et munis, dans une très large mesure, d'un pouvoir de libre appréciation pour la conclusion et l'exécution d'obligations internationales ⁽⁹⁾.

II. — A cette réglementation procédurale des relations internationales correspondit longtemps un ordre juridique de fait qui se caractérisait par le petit nombre de règles juridiques contractuelles. Cependant, depuis qu'il s'était formé un nombre d'Etats souverains et indépendants à base territoriale (processus qui fut achevé par le traité de paix de Westphalie), il y a eu, en outre, certaines manières coutumières de conduite mutuelle qui, peu à peu, furent reconnues comme obligatoires pour les Etats et devinrent ainsi des règles de droit coutumier ⁽¹⁰⁾.

Ce fut l'existence des Etats comme entités territoriales bien circonscrites qui était à la base des règles de droit coutumier ainsi créées ; la reconnaissance mutuelle d'une domination territoriale exclusive, l'ainsi nommée « souveraineté territoriale » ⁽¹¹⁾ devait amener déjà tôt la création d'un nombre restreint de règles fondamentales du droit international ayant comme base l'égalité juridique des Etats ⁽¹²⁾, l'inviolabilité du ter-

7) Ceci, aussi, est un trait caractéristique d'un état de droit primitif, comme l'a démontré Lammassch. *Das Völkerrecht nach dem Kriege*, lequel donne l'intéressant exemple du Saint Empire Germanique où, jusque vers le milieu du 18^e siècle, la chevalerie avait le droit coutumier de légitime défense par le moyen de la guerre privée. Voir aussi J. Lambert, *La vengeance privée et les fondements du droit international public*.

(8) Hatschek, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, t. III, p. 55 et ss.

(9) Weber, *loc. cit.* p. 393. Max Huber, *Soziologische Grundlagen der Völkerrechts*, *loc. cit.*, p. 46.

(10) La littérature concernant la question de la création du droit coutumier est abondante, cf. p. c. les rapports présentés par Gurvitch, Horvath et Ross, contenus dans la collection « Le problème des sources du droit positif », publiée comme « Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique », 1934, (pp. 114 ss., 132 ss., 167 ss. respectives).

(11) Cf. la sentence arbitrale rendue par Max Huber dans le différend entre les Pays-Bas et les Etats-Unis d'Amérique concernant l'île de Palmas du 4 avril 1928, p. 16.

(12) L'existence d'une règle de droit positif de l'égalité des Etats est confirmée par le fait qu'un membre de la communauté internationale n'est pas lié par une disposition juridique rationalisée (contrat) à laquelle il n'a pas consenti, par l'égalité fondamentale de statut comme partie dans les procédures internationales de médiation, de conciliation, d'arbitrage et de juridiction, enfin, par l'égalité de statut en prenant part à l'activité d'autres organes collectifs internationaux (conférences et congrès d'Etats). Cf. p. c. Huber, *Die Gleichheit der Staaten*, Rapisardi-Mirabelli, *Principio dell'uguaglianza degli Stati*, Goebel, *Equality of States*, 1923 Verdross, *Wörterbuch des Völkerrechts*, I, pp. 423 ss.

ritoire et la compétence exclusive de l'Etat pour tout acte de création et d'exécution de droit dans un territoire déterminé. En outre, il s'imposait de considérer l'obligation de remplir les engagements pris comme partie intégrante des conventions et d'établir cette reconnaissance de la fidélité contractuelle comme une obligation de droit coutumier indépendante (13). Cette règle de droit coutumier s'est formée en même temps que les règles sus-mentionnées : car un ordre de droit primitif ne peut pas se passer du contrat, de la convention librement consentie, comme base juridique de droits et de devoirs garantis par la contrainte, parce que c'est uniquement l'existence d'une telle base qui rend possible la création et l'évolution technique d'une procédure juridique. Il est fort caractéristique que la plupart des premiers traités internationaux furent des traités de paix qui instituaient un *modus vivendi* pour un état d'équilibre politique momentané, comme résultat, ayant force de la chose jugée, de la sanction « guerre ». Comme, à cette époque-là, l'idée d'un ordre de droit international indépendant des autres domaines juridiques était encore en état de naissance et que le droit romain, ordre juridique subsidiaire et général, dominait le droit contractuel de ce temps, le droit romain fut vite reconnu comme base des différentes formes de contrats et obligations dans la sphère de la communauté du droit international.

La naissance de la règle « *pacta sunt servanda* » ne peut être séparée de la formation de l'ordre super-étatique du droit international, lequel, étant sans lacune, reconnaît la validité de chaque traité dûment conclu.

Donc, même ces relations primitives entre les Etats n'étaient guère fondées exclusivement sur la réglementation de la souveraineté territoriale, quelque importante que fût celle-ci pour la formation d'un droit coutumier international. Une restriction du principe de la souveraineté territoriale s'imposait pour une double raison : Il ne satisfaisait ni à la nécessité de régler les relations des puissances dans le domaine extra-territorial (haute-mer, territoires sans maître), ni à celle de la création de normes particulières, souvent contractuelles, afin de limiter le pouvoir territorial vis-à-vis des ressortissants d'un Etat tiers se trouvant sur le territoire de l'Etat, et pour donner aux étrangers un statut particulier sur la base du droit de leur pays. Les anciennes codifications privées du droit maritime prouvent l'existence d'un consentement, même d'un droit coutumier, dans de vastes domaines de la sphère extra-territoriale, à côté de la validité du principe de la souveraineté territoriale. Un autre élément important s'y ajouta lorsque la découverte et l'occupation de territoires hors des limites de la communauté du droit international fit naître le problème des relations entre les membres de cette communauté et le territoire sans maître. Il importait d'avoir des conventions qui réglassent les conditions de l'acquisition originaire valable de territoire par un Etat membre de la communauté du droit international (14). Puis, vu que les tendances mi-

(13) Cf. Max Huber, *Soziologische Grundlagen*, loc. cit., p. 19 ss. Max Weber, *op. cit.*, pp. 396 ss. En ce qui concerne les bases historiques des catégories les plus importantes du droit contractuel et du troc, cf. Kohler, *Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte*, dans son « *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 7^e éd., 1915, pp. 37 ss.

(14) Cf. Heilborn, *Wörterbuch des Völkerrechts*, I, pp. 343 ss. et p. 365, ainsi que la littérature citée là. Cf. aussi la décision arbitrale concernant l'île de Palmas, loc. cit. pp. 26 ss. Puis, l'opinion dissidente du juge Anzilotti, pp. 83 s., dans l'arrêt de la Cour Permanente de Justice internationale concernant le Groenland oriental, Série A-B, n° 53.

gratrices modernes et les relations commerciales entre les nationaux de différents pays ressortissaient des mêmes idées bourgeoises qui, en voie de se former, faisaient naître la communauté moderne du droit international ⁽¹⁵⁾, le problème très complexe de la situation juridique de l'étranger vis-à-vis de l'Etat, de domicile et de séjour, commençait à occuper de très bonne heure la politique du droit international. Les règles concernant la reconnaissance inter-étatique de la souveraineté territoriale se trouvaient ainsi limitées par des traités ou des déclarations réciproques contenant les premiers signes d'une réglementation du droit des étrangers. Ces règles de fait furent garanties par les règles formelles qui contenaient la reconnaissance réciproque de la protection accordée par l'Etat de domicile aux ressortissants des autres Etats ⁽¹⁶⁾.

Mais, dès que les relations internationales entrent dans l'état de guerre, les normes provenant du principe de la souveraineté territoriale l'emportent complètement sur ce droit « extra-territorial » naissant et contractuel ⁽¹⁷⁾. Guerre et représaille, encore aujourd'hui les seuls moyens de contrainte du droit international général valables pour toute la communauté internationale, sont intimement liées aux droits et devoirs qui dérivent de la souveraineté territoriale. Par là même on comprend la légalité, du point de vue du droit international général, de l'extension du pouvoir étatique à un territoire étranger et à des navires ennemis dans le cadre des règlements coercitifs des différends ⁽¹⁸⁾, ainsi que celle de la conquête et de l'annexion (debellatio) de territoires étrangers avec les personnes rattachées à ceux-ci ⁽¹⁹⁾. Même les moyens de règlement pacifique des différends de caractère contractuel, qui ne sont pas liés à la souveraineté territoriale, les procédures de médiation, de conciliation, d'arbitrage et de juridiction, ont toujours besoin d'être complétés par les actes d'exécution forcée des décisions prises, actes qui, faute d'un ordre centralisé de sanctions internationales, sont réalisés par la voie d'auto-protection qui dérive de la souveraineté territoriale ⁽²⁰⁾.

III. — La souveraineté territoriale garde donc son importance primordiale même lorsque les relations contractuelles et extra-territoriales se fortifient, étant donné qu'elle est la source des principales règles du droit coutumier. Elle ne s'affaiblit que quand, au cours de l'évolution du droit international, les traités d'un caractère exclusif de réciprocité sont

(15) Cf. Max Weber, *Wirtschaftsgeschichte*, 1923, p. 238 et ss., p. 203 et ss.

(16) Cf. Bruns, *Der internationale Schutz des Privateigentums im Frieden* Heft XII des *Mitteilungen der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*; Borchard, *The diplomatic protection of Citizens Abroad*, 1915.

(17) Cf. Rühlmann, *Zeitschrift für internationales Recht*, t. 32, p. 74. Hurst, *British Yearbook of international law*, II, 37.

(18) Ainsi que la légalité de l'occupation militaire justifiée comme mesure de représaille (non pas comme mesure de guerre), en tant qu'elle n'est pas remplacée, peu à peu, au cours du 20^e siècle, par des procédures de médiation et d'arbitrage. Cf. Politis, *Revue générale de droit international public*, 1924, pp. 5 ss.

(19) Cf. Strupp, *Wörterbuch des Völkerrechts*, I, pp. 715 s., avec des exemples pour la pratique des Etats (p. c. annexion des républiques des Boërs de Transvaal et d'Oranje par la Grande-Bretagne en 1902).

(20) Il est vrai que l'art. 13, paragraphe 4 du Pacte de la S. D. N. crée le germe d'un ordre de sanction centralisé pour les membres de la S. D. N. en cas de non-exécution de sentences internationales. Cf. Guggenheim, *Der Völkerbund*, p. 113.

complétés par des conventions basées sur l'idée d'un intérêt collectif de la communauté internationale et sur une volonté politique commune. Ce n'est point par hasard que ces nouvelles sortes de conventions qui contiennent l'expression de volontés parallèles et non opposées sont souvent comparées à la notion moderne de la loi étatique, ainsi qu'elle est conçue par la doctrine classique de la séparation des pouvoirs ⁽²¹⁾.

De même que la notion constitutionnelle de la loi comprend l'idée d'un ordre de droit obligatoire pour tous les organes étatiques, la convention internationale réglant un nombre indéfini de cas présuppose l'existence, dans la communauté internationale, d'idées et de sentiments communs et généraux. Il ne suffit pas qu'il y ait un commerce international contractuel et régulier, il faut qu'il y ait un minimum d'homogénéité et un certain nombre de conceptions et de principes de droit étatique qui soient communs à tous. Dans ce stade d'évolution, ce droit international présuppose l'existence de certains « principes généraux de droit », c'est-à-dire de règles de droit qui sont communes aux ordres de droit particuliers des membres de la communauté internationale. Cependant, il ne s'agit ici que d'une constatation de faits qui ne doit pas être confondue avec le problème, appartenant à la doctrine des sources du droit, de savoir s'il y a une troisième source du droit international à côté du droit contractuel et coutumier. Ce n'est pas par hasard que nous rencontrons avant tout ces conventions dans une sphère des relations internationales où se trouvaient exister les conditions propres à créer des relations pacifiques stables et universelles, voire dans le domaine extra-politique des relations économiques et humanitaires. Il était même possible, ici, d'organiser des organes collectifs permanents chargés d'appliquer le contenu des conventions. De telles conventions furent conclues, en outre, par les Etats qui, tout en évitant la fusion complète en un nouveau sujet de droit international, formèrent une communauté de droit limitée plus intime ⁽²²⁾. Mais, malgré l'apparente similitude du contenu, ces deux genres de conventions représentent deux formes tout à fait différentes de communautés internationales. Tandis que les premières signifient une intégration sociale fort développée, les dernières ne sont que l'expression d'une unification étroite de caractère politique et particulariste qui n'est point toujours motivée par l'intérêt collectif de la communauté du droit international.

Les conventions collectives qui constituent une sphère de « communauté » de la société internationale, créent un véritable droit super-éta-

(21) Ceci avant tout dans la différenciation faite par l'école de Duguit entre Traités-loi et Traités contrat influencée par la différenciation enseignée par Triepel entre « Vereinbarung » et « Vertrag », laquelle, toutefois, a un sens tout à fait différent. Cf., en particulier, Scelle, *Précis de droit des gens*, loc. cit., pp. 14 ss., qui introduit dans le domaine du droit international une notion spécifique de la loi (Acte-règle, traité-loi, acte-union) qui correspond à la doctrine de la séparation des pouvoirs étatiques et est opposée à la notion du contrat international.

(22) Nous ne nions point que la différence entre les unions internationales d'Etats (confédération, union réelle, protectorat) ne regarde pas la théorie du droit, mais seulement le contenu du droit positif. Une union exclusivement internationale subsiste si le traité fédéral ne règle qu'une partie des relations juridiques des contractants et laisse au droit international général d'en régler les autres aspects. Ainsi Verdross, *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, loc. cit., pp. 108 ss., tandis que Kelsen, *Das Problem der Souveränität*, p. 274 et ss., ne touche pas le problème du contenu du droit.

tique et restreignent, par là, le domaine des relations inter-étatiques particulières dans une large mesure. Ce développement devait amener la création d'organes sociétaires chargés de protéger et d'appliquer les conventions à base d'intérêts collectifs ; ces organes signifient un élément nouveau et caractéristique du développement de la création de droit international. La formation de tels organes rend possible une différenciation entre la sphère des sujets de droit et celle de l'organe collectif propre et, par là, contient le germe de la séparation de traité et de décision ⁽²³⁾ (« Vertrag und Beschluss »). Il est vrai que, dans l'évolution historique du droit international, ce processus de différenciation a été lent. Il commençait dans la sphère de l'arbitrage international ; ici, dès le début du XIX^e siècle, l'idée prévalut que la sentence judiciaire n'est ni un traité ni un statut, mais une décision (Beschluss), par laquelle la majorité crée le droit et la minorité est simplement obligée de se soumettre au droit ainsi constitué ⁽²⁴⁾. Par l'institution d'autres organes collectifs, spécialement de la Société des Nations, la possibilité de décisions internationales, soit à base du principe de l'unanimité, soit à celle du principe majoritaire, est devenue encore plus évidente ⁽²⁵⁾. La différenciation entre traité et décision s'impose aussitôt que des sujets de droit confèrent à des organes sociétaires des compétences qui, jusque-là, appartenaient à eux-mêmes. Ici, le problème de la délimitation nette de la sphère de droit des sujets et de celle des institutions créées par eux devient d'une importance pratique. En droit international public comme dans d'autres sphères de droit, la solution technique de ce problème est rendue possible par la conception, artificielle en soi, de la personne morale, de la personnalité juridique ⁽²⁶⁾. Grâce à cette notion, il ne fut pas seulement possible de comprendre les unions et associations internationales comme conséquences naturelles d'une communauté internationale à base de la division du travail, on aboutit en outre à effacer la différenciation et l'opposition entre les membres originaires de la communauté de droit et les associations « artificielles » instituées plus tard. Ceci tient au fait que les associations deviennent de plus en plus des organes universels de la communauté. Ensuite, la notion de la personnalité morale a été appliquée aux membres originaires de la communauté internationale eux-mêmes, en tant que titulaires de droits et de devoirs en droit international. Désormais, leur conduite juridique fut considérée comme celle d'un organe à rattacher à une personne morale du droit international. Il est vrai qu'ici, on a souvent négligé le fait que la personnification n'est autre chose qu'un expédient technique de la théorie du droit et qu'elle n'est point à même de changer le contenu du droit positif ⁽²⁷⁾.

(23) Cf. Max Wever, *op. cit.*, p. 438.

(24) Voir les intéressantes discussions concernant le principe de l'unanimité ou de la décision majoritaire lors du fonctionnement des tribunaux arbitraux institués par les traités Jay entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis d'Amérique, cf. Lapradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. 1, pp. 7, 10, 52, et, spécialement pp. 63 s.

(25) Cf. Verdross *Wörterbuch des Völkerrechts*, II, p. 681.

(26) Cf. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, pp. 67 s.

(27) Cf. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, pp. 137 ss. Kelsen, *op. cit.*, pp. 265 ss., spécialement p. 269, où il dit avec raison que l'évolution de l'organisation primitive à l'ordre de droit ne signifie pas « le changement d'un pur fait en quelque chose d'idéal, mais celui d'un ordre social primitif en un ordre de droit ».

QUELQUES REFLEXIONS SUR UNE INSTITUTION JURIDIQUE PRIMITIVE : LA RECONNAISSANCE INTERNATIONALE

Par Georges SCELLE

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

La reconnaissance et son fonctionnement dans l'ordre juridique international dénotent un état de droit encore extrêmement rudimentaire.

En tant qu'institution internationale, la reconnaissance peut être définie de la façon suivante : la vérification, par les gouvernants déjà institués de la communauté internationale, de la régularité de l'investiture de nouveaux gouvernants ou des modifications apportées aux compétences gouvernementales.

Nous parlons ici de gouvernants sans spécifier davantage, car tout gouvernant national est en même temps un gouvernant international, conformément à la loi du dédoublement fonctionnel que nous avons étudiée ailleurs ⁽¹⁾ et dont le développement ne serait pas ici à sa place. Qu'il suffise de constater que l'acquisition de la compétence gouvernementale interne selon le mode constitutionnel propre à chaque Etat, habilite les gouvernants étatiques à effectuer les actes juridiques internationaux que ces actes soient uni-, bi- ou multi-latéraux. A quoi il convient d'ajouter que, parmi ces actes, ceux qui correspondent à la fonction exécutive ou gouvernementale (contrôle, maintien de l'ordre public, direction des services publics, actes sanctionnateurs et coercitifs) doivent être accomplis d'une manière quelconque dans l'ordre juridique international, aussi bien que dans l'ordre interne fédératif ou unitaire, sans quoi l'ordre juridique international ne pourrait se maintenir. La vérification de l'investissement des compétences nationales implique donc vérification des compétences internationales et, réciproquement, la reconnaissance des compétences internationales suppose un contrôle sur l'investiture des compétences nationales.

Ce contrôle, ou cette vérification s'opèrent sur le mode coopératif : ce sont les autres gouvernants de la communauté internationale qui y procèdent et

(1) V. notre *Précis de Droit des Gens. Principes et systématique*. Paris, Sirey 1932-1934. T. I et II.

décident ensuite de la reconnaissance. Il y a donc en réalité deux opérations successives : d'abord une sorte de jugement par les pairs, ce qui dénote une société aristocratique et traditionnelle, ensuite une décision de reconnaissance ou de non-reconnaissance, dont les effets politiques et juridiques sont considérables, et qui apparaît comme un acte exécutif. On pourrait être tenté de considérer dans son ensemble la procédure de reconnaissance comme constituant un acte gouvernemental. En réalité, c'est un acte double et dont la première phase est un acte juridictionnel puisqu'il s'agit de contrôler la légalité de situations juridiques et en l'espèce de situations objectives : l'exercice d'une fonction publique. En particulier, il ne s'agit en aucune façon d'un acte administratif ou de nomination. Il n'y a pas cooptation, sauf dans des cas exceptionnels où un groupe de puissances choisit et impose de nouveaux gouvernants nationaux et internationaux. D'ordinaire, répétons-le, l'investiture est constitutionnelle ou nationale et la reconnaissance est déclarative et non point attributive. Si les conditions mises par le droit coutumier international et par le droit constitutionnel interne, dont il reconnaît la fonction réglementaire, à l'effet d'investir un gouvernant d'une compétence déterminée sont réunies, la reconnaissance est *due*.

Mais c'est ici qu'apparaît l'incertitude technique du Droit international.

En premier lieu, il y a, nous venons de le constater, une confusion de pouvoirs flagrante dans le fait qu'un acte matériel de juridiction est confié à des gouvernants exécutifs dont le rôle devrait se borner à en tirer les conséquences sanctionnatrices. Cela dénote un état primitif d'organisation sociale et emporte fatalement la prédominance des considérations politiques sur les considérations juridiques dans la détermination prise de reconnaître ou de ne pas reconnaître.

En second lieu, cet acte qui devrait être un acte de juridiction objective puisqu'il s'agit de contrôler l'existence d'une situation juridique objective, devrait avoir l'autorité absolue de la chose jugée et s'imposer erga omnes. Or, cela est impossible en l'absence d'un organe juridictionnel international chargé d'opérer le contrôle, et en présence d'un acte de juridiction non seulement coopératif, mais plus exactement *multi-opératif* puisqu'il se décompose en une série de jugements parallèles, rendus par chacun des gouvernements souverains, et qui peuvent être contradictoires. Nous rencontrons là une illustration typique de l'impossibilité de construire l'ordre juridique international sur la base de la notion de souveraineté.

Il en résulte en effet que la reconnaissance ou la non reconnaissance n'entraîne de conséquences juridiques que dans les rapports réciproques des gouvernants juges et des gouvernants jugés, et que chaque acte de juridiction individualisé s'accomplit dans un ordre juridique international particulièrement restreint puisque bilatéral. Cela entraîne une fragmentation infinie de l'ordre juridique international qui équivaut à un phénomène d'anarchie, puisqu'elle aboutit à ce résultat que les règles de droit coutumières et générales qui gouvernent la reconnaissance ne reçoivent qu'une application aléatoire et contradictoire, et qu'il n'y a de restauration partielle de l'unité de l'ordre juridique que dans la mesure où les décisions isolées de reconnaissance sont concordantes et concertées. Le pro-

cédé de la reconnaissance ne deviendrait conforme aux nécessités de l'ordre public international que par l'institution d'un organisme collectif de contrôle dont les décisions s'imposeraient à la communauté internationale globale.

**

C'est, semble-t-il, à quoi l'on eût pu parvenir tout au moins dans l'ordre juridique d'une communauté particulière, si l'on eût interprété selon une technique juridique correcte le Pacte de la S. D. N. en ce qui concerne l'admission des nouveaux membres.

Le Pacte de la S. D. N. prévoit que les conditions mises à l'entrée de la S. D. N. doivent faire l'objet, lors de chaque candidature, d'un examen par l'une des commissions de l'Assemblée, la sixième, c'est-à-dire la Commission politique. Sur le rapport de cette Commission, l'Assemblée se prononce, à la majorité des deux tiers des voix, sur l'admission ou la non admission.

Il est déjà très significatif que l'examen des candidatures soit confié à la Commission politique et non à la Commission juridique, la première, et que la décision dépende d'un vote majoritaire qui peut être, lui aussi, déterminé par des considérations d'ordre politique. Le Pacte cependant contient un certain nombre de règles juridiques relatives à l'admission. Il exige que l'entité politique représentée par les gouvernements candidats constitue une collectivité étatique pourvue de l'indépendance extérieure et se gouvernant librement; que ces gouvernements fournissent des assurances en ce qui concerne l'exécution de leurs obligations internationales. Il y a là des éléments de fait qui conditionnent l'entrée dans la S. D. N. et devraient, si l'on se place sur le terrain juridique, constituer un « droit », à l'entrée dans la société. Ces mêmes faits, d'autre part, étaient déjà, en Droit international traditionnel, les conditions d'acquisition de ce qu'on est convenu d'appeler la personnalité internationale ou, pour parler plus correctement, les conditions d'acquisition de la compétence gouvernementale internationale par les gouvernants de la collectivité intéressée. Il en est ainsi de la possession d'un territoire délimité, de l'homogénéité de la population, de l'autorité effective des gouvernants, etc., dont la constatation doit être faite par la Commission de l'Assemblée. Au cours de cet examen, la sixième Commission procède certainement à une opération matérielle de juridiction, puisqu'elle contrôle la situation juridique et la compétence que ces conditions de fait confèrent aux gouvernants de l'Etat candidat. En outre, la Commission tient compte, mais à titre auxiliaire, des reconnaissances ou non reconnaissances individuellement accordées ou refusées à l'Etat intéressé par les autres gouvernements, pour y chercher des précédents et des motifs de décision. Cependant, quelles que soient ses décisions sur les points de droit, la Commission n'est pas obligée de conclure à l'admission, elle n'est pas liée par la règle de droit coutumière en vertu de laquelle la détention de certains pouvoirs de fait confère une certaine compétence. Il en est de même de l'Assemblée. On voit donc que le Pacte de la Société des Nations lui-même consacre ici une véritable contradiction juridique, adopte une technique vicieuse en admettant que des considérations politiques peuvent faire écarter l'application de la règle de droit et réduire à néant les effets du con-

trôle juridictionnel. Le texte du Pacte serait mieux rédigé approximativement de la façon suivante : « Sont Membres de la Société des Nations les Etats, Dominions ou Colonies, etc., auxquels l'entrée de la Société aura été politiquement accordée et qui jouiront en outre de la personnalité internationale ».

Mais il y a plus, le Pacte ne se contente point de faire échec à la technique juridique élémentaire : il fait céder la simple logique devant le préjugé de la souveraineté. Une fois un Etat admis au sein de la S. D. N., il devrait en résulter que son existence juridique d'Etat et la compétence interne et externe de son gouvernement ne devraient plus pouvoir être contestées par les autres membres de la S. D. N. Tous les membres de la S. D. N., en effet, sont les sujets de droit d'un ordre juridique particulier, et liés vis-à-vis les uns des autres par un ensemble d'obligations et de pouvoirs juridiques qui constituent le droit positif de la S. D. N. Il apparaît absurde que l'admission dans la S. D. N. n'entraîne pas ipso facto et implicitement la reconnaissance de la personnalité juridique du nouveau membre par tous les sociétaires. C'est pourtant cet illogisme paradoxal qui a été soutenu par certains gouvernements représentés à Genève et que l'on trouve exposé dans un mémoire de la section juridique du Secrétariat. Il faudrait décider, selon cette thèse, qu'un Etat membre de la S. D. N. n'ayant rien perdu de sa « souveraineté » en entrant dans l'Association (??), l'admission d'un nouveau membre peut bien s'imposer à lui en tant que membre, mais n'implique pas pour lui l'obligation de reconnaître l'existence juridique de cet Etat ni la compétence internationale de ses gouvernants.

Cela revient à dire que l'on peut entrer en Société avec des entités qui ne sont pas sujets de droit, ou bien que la même entité politique peut être à la fois sujet de droit dans un ordre juridique composé sans l'être dans les ordres juridiques bilatéraux composants. Répétons-le, de quelque façon que l'on retourne cette thèse, elle apparaît comme une monstruosité logique. Cela tient à ce qu'il est impossible de considérer qu'un Etat puisse être à la fois souverain et soumis à un ordre juridique. S'il existe un droit international, il ne peut pas exister de souveraineté. S'il existe un organe social chargé de contrôler et de reconnaître la compétence des gouvernants, il ne peut plus y avoir de compétence de reconnaissance pour un gouvernement particulier à l'égard d'un autre gouvernement. Le Pacte de la Société des Nations, dans ce domaine, ne consacre donc qu'une velléité pitoyable de construction institutionnelle de la communauté internationale.

**

Ainsi, malgré le Pacte, la reconnaissance reste, selon le droit positif primitiviste de la communauté internationale, le procédé de contrôle de l'investiture ou de la modification des compétences gouvernementales internationales. Ce procédé fonctionne, soit en matière d'apparition d'Etats nouveaux, soit en matière de gouvernements nouveaux, soit en matière d'établissement de protectorats, d'occupation de territoires sans maîtres, d'annexion, etc..., enfin de belligérance. Dans tous ces cas, le but de l'institution est toujours le même : vérifier si l'investiture nouvelle, l'exten-

sion ou la restriction de compétence, correspond aux normes traditionnelles issues de la pratique des relations interétatiques.

Nous ne prétendons pas suivre le jeu de la procédure de la reconnaissance dans ses différentes éventualités ⁽²⁾. Il s'agit seulement de préciser ici les grands traits de cette procédure et de comprendre les causes de ses déficiences.

Ce qu'il faut souligner tout d'abord, c'est le caractère constant du procédé. Quelle que soit la compétence dont il s'agit, la reconnaissance est toujours la même opération : opération de constatation et de décision. Il n'y a donc pas lieu de distinguer plusieurs sortes de reconnaissances, mais de procéder à la reconnaissance pour diverses sortes de compétences ou de situations juridiques. C'est ici que surgit l'équivoque, entretenue par une confusion terminologique traditionnelle, entre ce que l'on appelle la reconnaissance de fait et la reconnaissance de droit : reconnaissance « de facto » ou reconnaissance « de jure ». Il faut y insister, car ce n'est pas une subtilité, mais une constatation fondamentale.

Un gouvernement ne peut pas accorder une reconnaissance de jure ou de facto. Toute reconnaissance étant celle d'une compétence est toujours et fatalement « de jure ». C'est la *compétence* qui, elle, est tantôt acquise de jure et tantôt acquise de facto, de telle sorte que l'autorité qui procède à la reconnaissance ne peut faire autre chose que de constater la nature de l'investiture et affirmer que cette investiture a eu lieu selon l'un ou l'autre des deux modes consacrés par le Droit public.

Le Droit public, en effet, reconnaît deux modes d'investiture des gouvernants : l'investiture constitutionnelle ou « de jure », qui résulte d'une procédure prévue par la loi constitutionnelle de la Société politique envisagée; et l'investiture irrégulière ou « de facto » qui procède de la conquête matérielle du pouvoir à l'encontre de la loi constitutionnelle ou en l'absence de loi constitutionnelle en vigueur, et que l'on peut appeler : « *Occupation* de la compétence ». Dans les deux cas, le Droit public interne et le Droit international considèrent la compétence ainsi transférée ou occupée comme une compétence véritable, par conséquent, comme investissant les gouvernants de certains pouvoirs juridiques d'action susceptibles de produire des effets de droit ou situations juridiques régulières. C'est la théorie bien connue des gouvernements de fait que nous n'avons pas à développer ici et qui a pour base, on le sait, une nécessité sociale, ou, si l'on préfère, un principe de droit naturel universel. Mais cette compétence dans les deux cas (investiture de jure, ou investiture de facto par occupation) est une compétence juridique, et, par conséquent, doit faire l'objet d'une reconnaissance qui, dans les deux cas, est due. Lorsque les autres gouvernants de la Société internationale ont constaté que l'investiture constitutionnelle est régulière, ils doivent le reconnaître, au moins implicitement. Ils le doivent également lorsqu'ils ont pu constater, par un examen de bonne foi de la situation de fait, que « l'occupation » de la compétence, bien que constitutionnellement irrégulière, est réalisée en fait. Le Droit public traditionnel admet en effet que la « possession » du pouvoir, dans un certain périmètre territorial, lorsque la col-

(2) V. pour cette étude notre Cours à l'Académie de Droit International de La Haye : 1936 t. I.

lectivité intéressée l'accepte de gré ou de force, mais en tout cas y obéit, et que ce pouvoir de fait est pratiquement exclusif de tout autre, confère le droit d'exercer certaines prérogatives gouvernementales. La reconnaissance d'un pouvoir de fait est donc obligatoire, aussi bien que la reconnaissance d'un pouvoir de droit, tant que la règle coutumière traditionnelle n'aura pas été abrogée ou ne sera pas tombée en désuétude. Pour mieux dire, le pouvoir « de facto » est un pouvoir de droit, et, nous le répétons, il n'y a pas deux sortes de reconnaissance, une reconnaissance de jure, une reconnaissance de facto, mais bien une procédure unique de reconnaissance de la compétence dite de jure et de la compétence dite de facto, qui toutes deux sont des compétences juridiques.

Mais il ne s'ensuit pas, bien au contraire, que *le contenu* de ces deux compétences soit le même et c'est là que réside l'importance pratique du problème.

Malheureusement, la pratique diplomatique ne s'est jamais fixée sur ce terrain. Si l'on demande, encore à l'heure actuelle, aux Bureaux d'un Ministère des Affaires Etrangères ou d'un Foreign Office quelconque, ce qui sépare pratiquement la soi-disant reconnaissance de facto de la soi-disant reconnaissance de jure, on obtient la même réponse : peu de chose ! Cela tient d'une part à ce que la diplomatie ne s'est jamais préoccupée du point de vue juridique et a considéré la reconnaissance sous quelque dénomination qu'elle se présente, comme un procédé politique et le plus souvent de marchandage politique. Reconnaissance sous condition, promesse de reconnaissance, refus de reconnaissance, toutes ces attitudes n'ont pour but que d'obtenir ou d'accorder des avantages politiques. La reconnaissance de facto, en particulier, intervient comme une reconnaissance « partielle » ou comme le préliminaire d'une reconnaissance de jure. Il n'y a donc rien, ou peu de chose à retenir de cette conception pragmatique.

Mais si nous revenons à une technique juridique et objective, c'est la considération finaliste du but de la reconnaissance et la considération scientifique de la raison d'être de ce procédé qui doivent nous guider pour la solution du problème envisagé, c'est-à-dire pour la détermination du contenu de la compétence reconnue. Or, un gouvernement de fait ne peut pas avoir la même compétence qu'un gouvernement de droit parce que le but de sa compétence et son origine sont différents. Ce serait condamner tout progrès de l'ordre constructif que de mettre sur le même plan l'investiture constitutionnelle et l'investiture révolutionnaire d'une part. D'autre part, ce serait ignorer les raisons d'être de la compétence de facto que de lui donner le même contenu qu'à la compétence de jure.

S'il faut reconnaître compétence aux détenteurs du pouvoir de facto, c'est parce que l'on doit obéir à la loi du moindre mal. Dans l'ordre constitutionnel, la reconnaissance de la compétence simplement « occupée », vient de ce que mieux vaut un pouvoir, même irrégulier, qu'une absence de pouvoir ou une anarchie. L'occupation peut d'ailleurs être régularisée par la « constitutionnalisation » ultérieure. Dans l'ordre international, il faut bien admettre également que la force crée le droit, parce que le refus de reconnaître à l'occupation des compétences entraînerait le retranchement de la communauté internationale d'une collectivité qui peut être extrêmement nombreuse, et que ce serait un échec inacceptable à la loi de

participation ou de solidarité nécessaire au maintien du fait social international. Mais il s'ensuit également que tant que le pouvoir de fait ne s'est pas constitutionnalisé et tant que le vice originaire qui distingue « l'occupation » de « l'investiture » constitutionnelle subsiste, on ne peut pas assimiler les deux compétences, pas plus qu'en droit privé on ne peut assimiler la possession précaire à la propriété constituée.

Il faut donc poser en principe que la compétence d'occupation ou de fait est une compétence précaire. Elle l'est en ce sens qu'elle ne saurait être garantie juridiquement, à supposer que l'on soit dans un ordre juridique où fonctionne la garantie. C'est ainsi, par exemple, que, dans l'ordre international particulier de la S. D. N., l'article X du Pacte qui garantit l'étendue de la compétence territoriale des gouvernants et son contenu, ne peut jamais être invoqué par un gouvernant de fait. Il n'est écrit que pour les gouvernants constitutionnellement investis. La compétence de fait précaire se perd comme elle s'acquiert, c'est-à-dire par le déséquilibre des forces et par l'occupation. Ici se pose un problème intéressant mais difficilement soluble en Droit international : celui de la prescription ou de l'usucapion. Nous croyons, pour notre part, que la prescription joue en Droit international pour l'assainissement du vice originaire de l'occupation des compétences, mais il est extrêmement difficile de préciser dans quelles conditions et, notamment, de découvrir dans la pratique internationale les éléments d'une norme relative aux délais.

Une seconde opposition entre la compétence constitutionnelle et la compétence d'occupation, affecte essentiellement leur contenu. La compétence d'occupation ou de facto étant provisoire, ne peut comporter, tant qu'elle reste affectée de son vice originaire, que des *actes d'administration*. C'est sa finalité qui commande ici son contenu. Ayant pour but d'éviter l'anarchie, ou l'interruption de la vie juridique, elle ne dispose que des moyens propres à atteindre ce résultat. Tous les pouvoirs de disposition en particulier, doivent être refusés aux gouvernants de fait pour ne leur laisser que les *pouvoirs d'administration* au sens étroit, c'est-à-dire les pouvoirs de gestion des affaires courantes. Dans les relations internationales, par exemple, il faut refuser aux gouvernants de fait la participation aux traités normatifs ou législatifs ; la possibilité de faire des cessions de territoires ; celle de disposer du domaine public et des richesses naturelles ; celle de conclure des emprunts à long terme. Ces énonciations ne sont qu'énumératives, et c'est dans chaque cas particulier qu'il y a lieu de se demander si l'acte juridique auquel le gouvernement de fait se dispose à procéder, peut être considéré comme un acte de disposition pour lequel la compétence est suspendue, ou comme un acte d'administration dont l'urgence justifie l'exercice d'une compétence provisoire. Sans se dissimuler qu'il y a là un ensemble de circonstances délicates dont la théorie est d'autant plus difficile à faire que la confusion de la pratique diplomatique est restée jusqu'à nos jours plus complète, il ne nous paraît pas douteux que c'est sur cette base que le départ juridique entre le contenu des deux sortes de compétences doit s'établir. Il restera difficile de le faire tant que l'on s'obstinera à laisser dans ce domaine les souverainetés affrontées ignorer de parti pris toute technique juridique pour ne rechercher, dans des compromis bâtards, que des avantages politiques circonstanciels.

Des événements récents et particulièrement dramatiques pourraient fournir une tragique illustration aux considérations ci-dessus exposées.

★

C'est en effet en matière de reconnaissance des belligérants insurgés qu'apparaît toute la déficience et tout le primitivisme du Droit international moderne. La reconnaissance des belligérants insurgés apparaît comme le cas extrême ou *limite*, de la reconnaissance d'un pouvoir de fait. Aucune compétence ne saurait être considérée comme plus précaire, provisoire et restreinte que la compétence des gouvernants d'un parti belligérant. Il faut cependant que cette compétence soit reconnue, puisqu'elle réunit les conditions matérielles d'un gouvernement de fait partiel et que les mêmes nécessités sociales la commandent qui commandent la reconnaissance d'un gouvernement de fait général. A partir du moment où le parti belligérant occupe effectivement un territoire délimité, a organisé un gouvernement stable et se fait obéir bon gré mal gré d'une collectivité déterminée, y rend la justice, perçoit les impôts, procède à des conscriptions, la reconnaissance est *dûe*. Mais cette reconnaissance est celle d'une compétence extrêmement restreinte et délimitée par le but même de la belligérance.

Ce but doit être précisé. Dans l'état actuel du Droit des Gens, il nous faut constater la contradiction absolue de deux normes. L'une est la norme qui prohibe la guerre, c'est-à-dire le recours à la force pour la modification des compétences gouvernementales établies, lorsque l'emploi de la force est extérieur par son origine à la collectivité envisagée, c'est-à-dire déclenché par un gouvernement étranger. La norme est écrite dans l'article X du Pacte de la Société des Nations et dans le Pacte de Paris d'août 1928 ou Pacte Briand-Kellogg. Au contraire, en ce qui concerne les rapports intra-étatiques, la guerre intestine ou révolution, c'est-à-dire le recours à la force pour l'occupation des compétences gouvernementales, reste un mode d'investiture inconstitutionnelle mais internationalement légal. Certains y voient même un aspect du Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. La doctrine Tobar qui refuse la reconnaissance aux gouvernements issus d'une révolution et les quelques essais d'application qui ont été faits par l'administration du Président Wilson, sont restés des phénomènes fragmentaires et particuliers au Continent américain. Le Droit international reste donc sur ce point incohérent. On peut se demander s'il admet la reconnaissance d'un pouvoir de fait à la suite des conquêtes ou des annexions violentes, et être tenté de répondre par la négative, et il faut bien avouer qu'il commande encore la reconnaissance de facto de la belligérance. En pratique, la quasi unanimité des gouvernements des Etats membres de la S. D. N. ont pourtant refusé la reconnaissance même de facto à l'occupation japonaise en Mandchourie ; il semble au contraire qu'une majorité de gouvernements reconnaisse l'occupation de facto de l'Italie en Ethiopie ; mais les gouvernements ont adopté des pratiques nettement opposées et antagonistes en ce qui concerne la reconnaissance des belligérants espagnols. Tout cela dénote à l'observateur objectif un état d'anarchie profonde de la communauté internationale et une incertitude totale sur ce qu'est la règle de droit en matière de reconnaissance.

C'est à cette constatation difficilement discutable que nous voulons nous en tenir dans le présent article. Nous avons dit ailleurs comment

certaines de ces contradictions pouvaient à notre avis être résolues en technique juridique ⁽³⁾. Du point de vue de la morphologie du Droit, il suffira de constater que la fragmentation d'une compétence sociale nécessaire (en l'espèce celle du contrôle de l'investiture des compétences publiques), entre une multitude de gouvernants théoriquement et même le plus souvent réellement indépendants les uns des autres, trahit une absence d'intégration et d'organisation sociales pernicieuse pour la paix publique. Le système classique du Droit international se trouve dans ce domaine, comme dans plusieurs autres, plus anti-social que les systèmes communistes de contrainte instinctive et automatique qui caractérisent les sociétés primitives. Il semble que la prise de conscience des collectivités politiques modernes se soit traduite dans certaines représentations psychologiques, celles notamment de personnalité et de souveraineté des Etats, dont l'expression juridique a engendré dans la communauté internationale des phénomènes d'anarchie caractérisée ayant pour aboutissement naturel et fatal la guerre endémique. Aujourd'hui que la guerre est devenue « totalitaire », le danger de régression de nos civilisations s'accroît rapidement. Le fait social international tend à disparaître ; le fait social national se rapproche de ce qu'il était dans les civilisations antiques par l'annihilation de l'individu absorbé par la collectivité. Aucun autre remède au mal que celui du fédéralisme, lequel tempère l'autonomie des collectivités politiques par l'organisation de la hiérarchie des normes et des institutions. C'est un remède d'ordre général. Dans la matière qui nous occupe, il implique d'une part l'interdiction du recours à la force pour l'occupation des compétences, aussi bien dans l'ordre constitutionnel interne que dans l'ordre international, car l'interdépendance ou plutôt l'unité des deux ordres juridiques est telle qu'ils ne sauraient s'accommoder de normes contradictoires. Il implique corrélativement la garantie du droit des peuples à se gouverner librement selon un souple régime de démocratie représentative. C'est la règle de tous les régimes étatiques fédéraux. Ce contrôle fédéral peut seul rendre inutiles les procédés révolutionnaires. C'est sur cette base seulement que l'on peut au sommet concevoir l'institution d'un contrôle juridictionnel superétatique sur la régularité des investitures gouvernementales internes.

Nous ne nous faisons, bien entendu, aucune illusion sur les possibilités actuelles de cette solution moniste du problème. Il n'en importe pas moins, croyons-nous, de préciser le sens et les conditions techniques de l'évolution normale de l'institution de reconnaissance, si cette institution rencontre jamais dans le milieu international les conditions favorables à cette évolution.

(3) V. notre Cours à l'Académie de Droit international ci-dessus cité.

SECTION II

LE ROLE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

YNTEMA, *Le Droit International Public : Aide ou obstacle à la modification pacifique des rapports internationaux ?*

LUNDSTEDT, *La part de responsabilité de la science juridique dans le destin des peuples.*

(Cette dernière contribution publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre I^{er}, § 135).

SUR L'INFLUENCE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC SUR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, cf. l'étude de M. MORELLET, L'INTERPÉNÉTRATION DU DROIT PUBLIC ET DU DROIT PRIVÉ, placée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre II, Chapitre V, § 144.

LE DROIT INTERNATIONAL : AIDE OU OBSTACLE A LA MODIFICATION PACIFIQUE DES RAPPORTS INTERNATIONAUX ?

Par Hessel E. YNTEMA

Professeur à l'Université de Michigan

Traduit par André GROS

Chargé de Cours à la Faculté de Droit de l'Université de Toulouse

La conciliation entre le besoin de certitude du droit et l'équité, en tant que fins suprêmes de la justice ou, en d'autres termes, l'adaptation de l'ordre juridique établi à de nouveaux besoins forme le problème d'intérêt central dans la théorie générale du droit d'aujourd'hui. Contrastant avec l'attitude critique de la « jurisprudence » actuelle à l'égard du droit existant, que révèle son intérêt pour ce problème, la position de cette branche de la littérature juridique pendant une grande partie du XIX^e siècle a été quelque peu contradictoire. D'une part, réagissant contre le trop confiant rationalisme de l'âge précédent « des lumières », la doctrine juridique du XIX^e siècle a été pénétrée par le positivisme des écoles historiques et analytiques de jurisprudence, qui ont mis l'accent sur l'inévitable dérivation rattachant le droit à la coutume nationale et sur son caractère formel d'expression de la volonté du souverain ou de la souveraineté nationale. Par là la théorie prédominante a fortement obscurci les relations entre le droit positif et les besoins sociaux et moraux. D'autre part, le XIX^e siècle a été aussi une période d'intensive réforme législative, une ère de codification étendue. L'anomalie de ces tendances concurrentes peut être, dans une certaine mesure, attribuée au dogme alors intangible de la séparation des pouvoirs qui, en plaçant l'établissement du droit et son application dans des catégories différentes de la pensée, institutionnalisées séparément, a permis de maintenir, en face des innovations législatives, l'illusion confortable de la stabilité du droit et de la certitude mécanique du processus judiciaire : illusions qui étaient, en fait, appropriées aux théories rationalistes antérieures du droit naturel et avaient été héritées de lui. Ainsi le XIX^e siècle a résolu le problème de la transformation du droit par d'exubérantes expériences législatives sans abandonner la fiction de la certitude et de la plénitude de l'ordre juridique existant. La caractéristique de l'ère Victorienne a été, officiellement au moins, d'ignorer les faits déconcertants

de la vie. Mais l'esprit rétrograde de la théorie juridique ne pouvait arrêter le progrès.

Le moment vint vers la fin du *xix*^e siècle, où plusieurs facteurs se coalisèrent pour démontrer l'insuffisance de la conception positiviste de la loi. L'accumulation d'une variété de problèmes, culturels et économiques, engendrés par l'âge scientifique, produisit une fermentation d'idées critiques, et, malgré les efforts faits pour remédier aux plus sérieux défauts de l'ajustement social par la législation, on sentit dans divers milieux que les idéaux de liberté individuelle et d'indépendance humaine, pour lesquels avaient combattu les révolutions des *xvii*^e et *xviii*^e siècles, n'étaient pas adéquatement réalisés par la simple consécration législative de droits individuels interprétés en termes de politiques négatives de laissez-faire économique et politique; que, en d'autres termes, pour atteindre la justice sociale, il fallait étendre et adapter l'administration gouvernementale comme instrument de contrôle social. Par ailleurs, l'expérience qu'on avait faite de la législation formelle comme moyen de réaliser des transformations avait révélé des difficultés supplémentaires : sa tendance à cristalliser ou stéréotyper le développement de la loi en des moules fixes et, spécialement, son inéluctable absence de plénitude, même quand elle est couchée en la forme de codes généraux, même soumis à des amendements répétés, — en face d'une économie qui se transforme. En bref, au commencement du *xx*^e siècle, la nécessité de justifier l'adaptation du droit existant aux conditions nouvelles qui surgissent, n'a pas pu être dissimulée plus longtemps par la doctrine. Il n'y a pas eu seulement de significatives expansions du droit administratif; mais il a fallu tenir compte aussi dans l'administration de la justice par les tribunaux de la nécessité de changements. Ainsi, dans les pays où le droit a été l'objet d'une codification d'ensemble, la théorie juridique récente a préconisé l'interprétation libérale des lois. En France, notamment, les œuvres de Gény, Saleilles, Duguit, Josserand et autres, tout en partant de points de vue différents, se sont accordées pour préconiser une interprétation de la loi selon les fins idéales ou sociales. Et en Allemagne l'objet de l'école du « libre droit » a été de revendiquer une aire de liberté pour le juge en montrant l'existence de lacunes dans la loi formelle. Dans les juridictions de « common law », il s'est produit une réaction semblable contre l'accentuation trop positiviste de la doctrine juridique du *xix*^e siècle; aux Etats-Unis, et moins nettement en Angleterre, la plupart des développements les plus significatifs de la doctrine récente ont concerné les relations entre la loi formelle, le droit en action et les besoins sociaux.

Il n'est pas d'un faible intérêt — et il est en tout cas inévitable au temps présent — que cette question de l'adaptation du droit existant aux conditions changeantes se fasse sentir dans le champ du droit international. En dehors de la pertinence que les développements qui se sont produits dans la théorie générale du droit présente pour la solution des problèmes internationaux, il est apparent que dans ces dernières années il y a eu de profonds changements dans la communauté internationale. En effet, les mêmes pressions économiques et sociales qui déterminent le changement des lois nationales affectent aussi les affaires étrangères; la structure politique interne de membres importants de la société des Etats s'est transformée; les frontières et les sphères d'influence coloniale ont été boulever-

sées; d'où une nouvelle orientation des politiques commerciales, malheureusement trop orientées, en ces temps incertains, vers l'autarchie économique. Il est devenu évident que les Etats industrialisés de l'époque actuelle sont plus interdépendants qu'on n'eût pu l'imaginer il y a un siècle, et la crainte des responsabilités découlant d'un tel état des choses est terriblement développée par la crise économique mondiale autant que par la menace constante de la guerre que font peser sur la sécurité des peuples la conscription universelle, le blocus économique et les effroyables progrès de l'art militaire. Cependant, ces derniers temps, un mouvement puissant des idées, né du désir de paix, et un progrès relativement rapide des institutions internationales se sont produits dans la recherche d'une solution pacifique des différends internationaux. Dans cet effort de réajustement de nombreuses questions nouvelles se sont posées et l'on a envisagé par des points de vue divers la transformation du droit international actuel selon les besoins et les idéaux modernes.

En abordant le problème de la relation entre les conceptions actuellement existantes du droit international et les changements intervenus dans les conditions actuelles, il convient d'examiner d'abord les motifs et les grandes lignes du courant actuel de critiques. Le but général de ce courant de discussion est, sans doute, l'objectif éminemment pratique de créer une base raisonnable pour (et ainsi de promouvoir) l'établissement d'un principe de règlement pacifique compréhensif des différends internationaux. Il y a, toutefois, deux considérations spéciales, — en dehors de ce fait que l'absence de plénitude et l'imperfection de la doctrine juridique laissent une large marge à la controverse, — qui sont de nature à accentuer l'importance, pour l'établissement d'un tel principe, de la relation entre le droit international et les besoins courants de la communauté internationale. La première est la conviction qu'en l'état actuel des événements, on ne peut demander aux gouvernements d'accepter un vaste système de jugement international sans que la loi à appliquer soit formulée auparavant de façon autorisée. La seconde idée est la supposition, quelque peu légitime depuis l'échec de la Conférence de Codification de La Haye en 1930, que l'absence d'organes législatifs internationaux empêche l'adaptation du droit international aux besoins modernes par une codification générale et, par conséquent, qu'il faut rechercher d'autres moyens et spécialement des procédés juridictionnels pour formuler le droit international. De toute évidence cette argumentation aboutit à une impasse.

Pour notre sujet ces prémisses ne demandent pas à être examinées plus attentivement, bien que leur discussion ultérieure puisse peut-être suggérer que la déduction qu'on cherche à en tirer — à savoir qu'une codification formelle, *a priori* forme la condition préliminaire à l'extension désirée de la règle du droit international — est au moins théoriquement sujette à discussion. Sans contester l'intérêt qu'il y aurait à formuler la doctrine légale, il faut noter en passant que ni les limitations ou lacunes supposées du droit existant, ni les défauts allégués d'efficacité des agences actuelles de législation internationale ne sont considérées comme empêchant d'investir des tribunaux appropriés d'une juridiction générale pour connaître de tous différends internationaux, et qui comporterait le pouvoir de convoquer à comparaître toutes les parties nécessaires — et de rendre entre elles un jugement concluant, — s'il n'intervenait la notion fonda-

mentale qu'aucun Etat n'est lié par une règle du droit ou par un jugement d'un tribunal sans son consentement. C'est cette notion qui constitue la difficulté primordiale, à raison de laquelle une codification antérieure apparaît comme la condition préliminaire à l'extension de cette juridiction, et c'est cette notion aussi qui fait qu'en se plaçant sur le terrain pratique on peut nier que cette condition préliminaire soit accomplie. Un pareil *liberum veto* suffit évidemment à paralyser toute activité législative. On peut ajouter, d'après l'expérience des lois nationales que la codification formelle de la doctrine juridique n'est pas sans difficultés qui lui soient inhérentes et que, tout au moins, l'assurance qu'elle peut donner ne peut être vraisemblablement que limitée, temporaire et plus ou moins illusoire. A ce point de vue, le découragement qui s'est récemment manifesté dans le mouvement pour la codification du Droit des Gens existant se révélera peut-être comme un bienfait. Il aura peut-être pour résultat l'abandon de la supposition qu'une mise antérieure en forme du droit est essentielle à l'établissement d'une juridiction internationale.

Il faut observer que toute l'argumentation sur laquelle nous venons d'attirer l'attention, repose en dernière analyse sur la démonstration que les doctrines actuelles du droit international sont inaptes à résoudre les conflits entre Etats en conformité avec les besoins modernes. Cette démonstration implique évidemment un large cercle de recherches, et il n'est possible ici de mentionner que quelques-unes des principales directions prises par le récent criticisme. Ce qu'il faut tout d'abord remarquer, c'est que la preuve la plus substantielle et la plus effective du défaut de maturité des doctrines courantes du droit international est fournie par la jurisprudence comparative, en les rapprochant de l'expérience qui se reflète dans les systèmes plus avancés de lois nationales. Par référence à ce standard la direction principale des discussions récentes est passée de la propagande pour justifier, par une définition formelle des principes du droit international, son caractère de droit véritable à l'examen de la question, plus suggestive, de savoir si les doctrines qui prévalent actuellement sont conformes aux idéaux de justice indiqués par l'histoire du droit et la jurisprudence générale. Evidemment, cette argumentation comporte des limites; comme l'a jadis observé Lord Mansfield, il n'y a rien dans le droit qui soit aussi trompeur qu'une métaphore ou une analogie. Mais il semble que, dans le cas présent, sous la réserve des limitations nécessaires, la comparaison soit valable. Historiquement, les doctrines du droit international sont dérivées des conceptions juridiques généralement prédominantes en chaque temps et en consonance avec elles. Et, finalement, le but du droit international, comme celui de tout droit positif, a été de régler la conduite humaine en accord avec les standards de justice acceptés. Il s'ensuit que l'expérience juridique générale, qui ressort de cette comparaison avec les droits nationaux, est de première importance pour la critique du droit international existant.

D'un point de vue comparatif — et mesurées aux modèles ou standards du droit national — il est incontestable que les conceptions du droit international qui prévalent actuellement sont à des égards essentiels anormales. Il n'est pas même nécessaire d'aller au delà du premier postulat de sa structure doctrinale pour voir surgir les difficultés. On conçoit généralement le droit international comme le corps des lois ré-

glant les rapports entre Etats souverains ou, en d'autres termes, d'entités douées, entre autres choses, d'un pouvoir suprême de législation. Il en résulte que ces entités ne sont liées, sauf peut-être la réserve du droit naturel, par le droit positif qu'autant qu'elles y consentent. Cette manière de penser, perpétuée par le dogme de la souveraineté, prit naissance, on peut le rappeler, au xvi^e siècle pour affirmer l'indépendance des Etats nationaux contre les prétentions à la prédominance du Saint-Empire romain germanique, et en même temps pour justifier les tendances à l'absolutisme des gouvernements. Dans les gouvernements constitutionnels modernes, même dans les errements totalitaires, cette idée de l'irresponsabilité ultime de l'Etat est devenue une simple fiction, sauf quelques derniers vestiges fort regrettables en droit public ; mais sa survivance comme mesure des obligations internationales des Etats est une anomalie dans la conception véritable de l'ordre public international. De cette prémisse vient la notion de l'immunité du souverain à l'égard de la loi, ce principe si inéquitable tant en droit interne qu'en droit international, que l'individu n'a pas de droits contre l'Etat, sauf par la bonne volonté de celui-ci, de même que cette idée anarchique que le seul fondement du droit international est le consentement.

Examinons une doctrine proche dont le crédit vient sans doute de ce qu'elle est une véritable « *tabula in naufragio* », au milieu des incertitudes, la doctrine de l'interprétation stricte du principe *pacta sunt servanda*. Il est inutile d'expliquer que ce principe du caractère obligatoire des contrats a été accepté aux premiers stades de l'évolution du droit ; mais l'application littérale de la maxime se rattache à une conception primitive, due en partie à la difficulté des moyens de preuve, alors que seuls les contrats formalistes étaient reconnus et sanctionnés. Mais il y a des siècles que les juristes romains ont introduit dans l'interprétation et l'exécution des contrats, les concepts universellement admis de l'intention et de la bonne foi, et comme le dit Papinien, ont protégé par l'exception de dol tous ceux à qui l'équité fournissait une défense contre une action intentée en vertu du droit formel ou strict (*qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est*. D. 44, 4, 12). Aussi, des motifs bien définis d'équité tels que la fraude, l'erreur, la contrainte, l'impossibilité d'exécution, l'absence de cause et d'autres ont été acceptés dans les législations nationales, avec une réelle uniformité, comme des défenses suffisantes à l'encontre de réclamations fondées sur l'interprétation littérale de contrats ou bien, dans certains cas où la justice l'exige, comme des fondements indépendants d'action. Il est vrai que, pour les engagements internationaux, le problème de l'interprétation équitable est minimisé par l'insertion dans les traités de clauses prévoyant un terme assez court de durée ou la faculté de dénonciation unilatérale. Mais il faut aussi remarquer que l'appel aux obligations sacrées des traités sera souvent fait pour ceux des traités, prétendant à la permanence, qui ont été imposés par la force ou la menace des armes, en d'autres termes par la contrainte, et apparaissent dès lors comme sujets à exception d'après les principes ordinaires du droit international.

Ou bien, pour donner un troisième et encore plus caractéristique exemple de l'incertitude et de l'insuffisance de la doctrine existante, prenons le principe des eaux territoriales et la doctrine de la liberté des mers.

Sans doute il est souhaitable de fixer une limite à la mer libre à une certaine distance de la côte, suffisante pour protéger les intérêts de l'Etat côtier dans des conditions normales et précisant l'étendue de sa juridiction territoriale. Ce qui est démonstratif de l'état du droit international actuel à cet égard, c'est la variété des vues sur la distance des limites et la nature de la juridiction sur les eaux territoriales, révélée par exemple en 1930 à la Conférence de codification de la Haye par l'échec de tout essai d'accord sur ces questions primordiales. Ceci mis à part, il est difficile de concevoir, du point de vue de l'analyse juridique et plus spécialement en face des pratiques historiques des Etats, pourquoi la détermination d'une zone territoriale maritime aurait cette conséquence, souvent affirmée dans des milieux influents, qu'en dehors de cette limite il ne peut logiquement exister de compétence pour des buts définis, mais seulement une sorte de néant légal, un refuge pour la traite des esclaves, la contrebande, l'épuisement des ressources naturelles de la mer et finalement presque toute activité n'allant pas jusqu'à la piraterie et non interdite par la loi du pavillon, sans égard aux intérêts lésés des Etats côtiers. Assurément, cette conséquence nécessaire est inconciliable avec la conception, depuis longtemps admise, que la mer libre n'est pas une *res nullius*, objet d'une appropriation possible, mais une *res communis*, le bien commun de toutes les nations. On pourrait penser qu'à ce titre, son usage doit se conformer aux besoins de la communauté internationale et à l'intérêt légitime des Etats, et que, réciproquement, comme disait Lord Cockburn : « le droit d'un Etat de prendre toutes les mesures nécessaires pour la défense de son territoire et de ses droits, et pour prévenir toute violation de ses lois fiscales sans tenir compte de la distance de trois milles, est bien fondé » (1).

Il serait inutile pour l'objet de ce travail de poursuivre davantage cette partie de notre enquête ; car les exemples précédents montrent assez que, d'un point de vue comparatif, les doctrines dominantes en droit international restent discutables. En général on peut dire que les anomalies doctrinales dans le droit international prennent comme ailleurs la forme, d'abord, d'une incertitude venant de théories inconsistantes ou confuses, en second lieu, de survivances d'institutions et d'idées non adaptées aux exigences modernes, enfin de lacunes dans l'application des principes généraux à des situations nouvelles. Cette dernière difficulté, — le manque de « spécificité », — est un problème universel de jurisprudence, probablement inhérent aux circonstances auxquelles s'applique le droit international. En tout cas, dans le type le plus fréquent de réclamations — les réclamations d'un Etat en faveur d'intérêts privés, — quel que soit celle des innombrables formes de différend international qu'elles revêtent, il est déraisonnable de penser que, pour chacune de ces situations, puisse être donnée d'avance une règle de droit particulière. Ordinairement, il suffira d'établir de grands principes et une procédure appropriée au règlement de telles réclamations. D'autre part, les regrettables survivances et les oppositions théoriques des principes généraux eux-mêmes soulèvent des problèmes auxquels il faut trouver solution.

(1) *Ducen v. Keyn* (1876), 4, R. 2 *Exch. Div.*, 63, 214.

Sur cette question de la solution du problème des changements en droit international l'unanimité qui existait entre les critiques actuels de la doctrine courante fait place à des divergences de vues. Une brève référence sera faite à trois solutions suggérées. L'attention a jusqu'à ces tout derniers moments été concentrée sur la conciliation et l'arbitrage, considérés comme les meilleures méthodes pour résoudre dans l'ordre les conflits internationaux ou, en d'autres termes, sur la création d'institutions et de procédures appropriées à cette fin. Dans une mesure importante, on peut dire que cet objectif primaire a été atteint. Il est à remarquer toutefois que l'accentuation mise sur ces moyens de règlement ne préjuge ni ne met en lumière la loi à leur appliquer et ne fournit pas une base pour en faire sortir l'obligation de recourir aux méthodes de règlement ainsi proposées. En même temps, et nous allons le voir, on peut justifier historiquement l'ignorance du problème des changements du droit du point de vue de la théorie, formaliste sinon scientifique, du jugement.

Une seconde solution à noter consiste à résoudre ce problème en reconnaissant, à côté du droit international positif, l'existence d'une équité internationale, administrée soit par des tribunaux spéciaux, soit en même temps que le droit positif. Le fondement pour cette suggestion est que, étant donné les limitations du droit international actuel, on peut espérer que les Etats soumettraient des différends autrement non susceptibles d'examen judiciaire à cette détermination *ex bono et æquo*, en d'autres termes aux principes généraux de l'équité et de la justice objective, qui peuvent correspondre ou non au droit positif. On notera qu'il existe maintenant un point de départ pour ce développement dans l'article 38 du Statut de la Cour permanente de justice internationale et l'article 28 de l'Acte général de Genève. Mais deux considérations essentielles prouvent que cette méthode d'adaptation du droit international aux exigences actuelles ne se justifie que par la nécessité. Tout d'abord dans le droit romain comme dans le droit anglais, le développement du *jus gentium* pour l'un, et de l'équité pour l'autre, pour compléter, améliorer, corriger un système antérieur inadéquat de remèdes juridiques fut provoqué tout d'abord par ce fait que le système rendu ainsi plus libéral était un système d'actions formellement définies de façon limitée, *legis actiones* ou *writs*, d'interprétation stricte, et en second lieu, pour le droit anglais, parce que les cours de *common law* ne modifièrent pas le système primitif des *writs* en admettant des défenses ou remèdes d'équité comme l'avaient fait les préteurs romains. Dans la sphère du droit international ces circonstances ne se retrouvent pas ; les formes d'actions ne sont pas limitées par la loi et les tribunaux internationaux peuvent interpréter selon l'équité le droit positif. Si l'on réfléchit à la longue lutte qui a été menée dans les juridictions anglo-américaines pour surmonter les difficultés nées de cette séparation historique entre le droit et l'équité, la proposition de juridictions d'équité peut apparaître injustifiée dans les circonstances actuelles. La prédominance des conceptions positives du droit international l'envisageant comme une sorte de droit strict, sans contrôle d'équité, est cependant une situation dont il y a malheureusement à tenir compte et qui justifie la possibilité d'un appel en certains cas peu fréquents à une équité internationale. En second lieu, la théorie en faveur de la reconnaissance d'une juridiction d'équité en droit international concède implicitement le point essentiel que certains différends inter-

nationaux ne sont pas susceptibles d'être soumis à des juges selon les principes normaux du droit. Avec de telles considérations, la suggestion de résoudre le problème de changements en droit international par le dédoublement du droit, et peut-être des tribunaux, doit être regardée comme un pis-aller.

Ceci nous amène à une troisième solution, fortement appuyée par Lauterpacht, et qui, pour justifier l'idée que tous les différends internationaux sont « justiciables » selon le droit, propose l'extension la plus large de l'interprétation judiciaire moderne comme étant le moyen actuellement le plus effectif pour adapter le droit existant aux besoins modernes. Pour l'objet de notre étude, ce postulat, dont la démonstration est l'un des plus intéressants apports à la théorie du droit international, peut être admis et il convient de donner attention au fondement qu'il fournit pour une interprétation équitable du droit international par des tribunaux internationaux. Il repose sur une triple base : d'abord la comparaison avec les conceptions modernes du processus judiciaire ; ensuite l'invocation de la théorie de l'abus des droits ; enfin la résurrection de la *clausula rebus sic stantibus*. Pour les motifs énoncés, cette argumentation doit être admise en la regardant comme une analyse scientifique du mécanisme du jugement qui exige une extension du droit à des cas nouveaux. Dans le détail toutefois elle laisse place pour deux réflexions.

La première est que la doctrine de l'abus du droit et la théorie du changement dans les situations comme principes d'interprétation équitable sont, du moins au point de vue comparatif, d'une valeur limitée et pour cette raison affaiblissent l'argumentation à laquelle elles sont incorporées. La première de ces doctrines est très controversée et a été très discutée dans la doctrine française. Selon les uns, l'abus du droit ne comprend que les cas d'exercice malintentionné de droits, conception qui, — les discussions sur les responsabilités de grève le prouvent, — n'est pas facilement adaptable aux différends internationaux. De plus larges conceptions définissent ce terme comme comprenant l'exercice anormal de droits ou signifiant la relativité des droits et leur subordination à un but social ; elles affirment la nécessité d'une interprétation libérale du droit codifié, une nécessité qui est amenuisée dans le droit international, parce qu'il n'est pas codifié. En outre, comme le suggère le droit anglo-saxon, la conception large de l'abus du droit n'est pas nécessaire pour justifier une application souple des principes généraux aux cas concrets. On peut en dire autant de la doctrine de la *clausula rebus sic stantibus* qui, comme cela ressort de la monographie de Kaufmann, est susceptible d'être interprétée finalement comme la négation de la force obligatoire des engagements légaux. En tout cas, la notion du changement dans les circonstances comme principe d'interprétation équitable des transactions juridiques, — récemment développée — n'est admise par des droits nationaux que dans des cas limités, comme l'imprévision, la survenance d'une impossibilité d'exécution, la disparition de la cause, ou d'autres encore ; elle est difficilement admissible comme principe général d'interprétation. En somme, la doctrine de l'abus des droits, et la *clausula rebus sic stantibus* représentent des idées générales mal définies et controversées, qui sont destinées à limiter l'étendue des droits conférés par le droit positif, par la concession aux juges d'un pouvoir discrétionnaire, sans indiquer les directives ou standards qui doi-

vent les guider dans son exercice, et sans donner, dès lors de bases solides de solution. Leur utilité dépend d'une délimitation plus spécifique des intérêts en jeu dans chaque type particulier de cas.

La seconde réflexion est qu'il est peut-être paradoxal de croire possible que, dans un milieu où il peut y avoir appréhension contre une législation judiciaire avouée, il puisse y avoir avantage, en ce qui concerne la théorie formelle du jugement international, à écarter le problème des changements dans le droit par une définition admettant qu'un corps d'idées juridiques, ayant son fondement dans le droit naturel comme dans les coutumes et conventions internationales, comporte en soi le principe d'une adaptation par l'équité. Au moins peut-on invoquer pour défendre cette idée que l'un des plus curieux phénomènes de l'histoire des droits romain et anglais a été l'apparent conservatisme de la tradition juridique, la croyance que les cours déclaraient un corps préexistant de doctrine, dans son ensemble non encore formulé, qui prévalait dans les périodes où elles transformaient le plus profondément l'ordre juridique avec le secours très exceptionnel de la législation. Il y a quelques indications qu'un phénomène analogue se produit dans le champ du droit international. Les cours, et spécialement les tribunaux internationaux, sont sur la ligne de feu de la critique publique et, pour cette raison, on peut s'attendre avec confiance à ce que, à la lumière de leur temps, ils tranchent les controverses qu'on leur soumet aussi justement qu'ils le peuvent. L'idée que dans les procès la loi est affirmée, mais pas toujours praticable, n'empêchera pas et aidera peut-être avec des circonstances favorables l'interprétation équitable du droit selon les conceptions dominantes de ce qui est juste.

Ceci ne veut pas dire qu'il n'y a pas place pour une critique constructive. A un point de vue comparatif, le système actuel de droit international comporte diverses anomalies, dans ses doctrines propres comme dans sa théorie de l'obligation et de la sanction. Pour se référer en conclusion à d'autres moyens de faire face à cette situation on peut suggérer que l'histoire du droit comparé donne une puissante preuve des services rendus par la doctrine juridique dans la création d'un nouveau droit pour de nouvelles circonstances. Le droit romain à l'âge d'or du Haut Empire a été principalement l'œuvre des jurisconsultes ; le « droit civil » moderne est fondé sur les ouvrages d'une longue lignée d'auteurs juridiques ; dans notre propre droit depuis Story et Kent les plus importantes sources de la doctrine ont été les manuels. L'influence des auteurs n'a jamais été plus forte et la formation de l'opinion scientifique n'a jamais eu plus d'influence que dans le droit international. Récemment un homme d'état distingué suggérerait que le problème du droit international ressemble à celui du désarmement naval en ce que la principale difficulté dans les deux cas vient des experts. Aussi longtemps que les professeurs de droit international et les conseillers juridiques des ministères des affaires étrangères croiront que le droit international est constitué par une formulation mécanique de coutumes étroitement définies, sans l'équité et l'ajustement aux circonstances ; que les Etats sont absolument irresponsables dans leurs relations mutuelles ; qu'il n'y a pas d'obligation internationale sans consentement ; que certains différends ne sont pas susceptibles de soumission à la connaissance judiciaire ou arbitrale ; que les représailles et la guerre sont les méthodes légales pour régler ces conflits ; que, en anticipant sur l'avenir, ce qu'on a gagné

par l'épée ou la menace peut être gardé légalement jusqu'à ce que la conquête soit consolidée par la prescription ; aussi longtemps cela restera le droit et les cours d'arbitrage ne pourront pas dire le contraire. Comme le disait le poète, la croyance est l'âme du fait. Nous ne parlons pas de vues individuelles, mais de l'opinion générale, élément essentiel du long processus de l'adaptation du droit. Si cela est vrai, il convient peut-être de recommander, comme la méthode essentielle pour résoudre le problème de l'adaptation du droit international, de démontrer avec la ferme conviction basée sur une recherche scientifique exhaustive quelles sont les voies particulières dans lesquelles doit être cherchée la transformation à apporter à l'ordre juridique existant.

SECTION III

LES COMMUNAUTÉS INTERNATIONALES

GIRAUD, *La Réforme du Pacte de la Société des Nations.*

CHEVALLIER, *Le Rôle de la Couronne dans l'Empire Britannique.*

LA REFORME DE LA SOCIÉTÉ DES NATIONS

Par EMILE GIRAUD

*Professeur à la Faculté de Droit de Rennes,
Membre de la Section Juridique du Secrétariat de la Société des Nations*

LA REVISION DU PACTE DE LA SOCIÉTÉ DES NATIONS : I. *Les difficultés d'une revision du Pacte.* — II. *Une revision du Pacte ne paraît pas répondre à un besoin pressant. L'illusion constitutionnaliste. Le système du Pacte de la Société des Nations.* — LES OPINIONS CONCERNANT LE RÔLE ET L'ORGANISATION DE LA SOCIÉTÉ DES NATIONS : I. *Deux conceptions de la Société des Nations.* — II. *La séparation du Pacte et des traités de paix.* — III. *L'universalité de la Société des Nations.* — IV. *Le problème de la sécurité collective et des sanctions. A. Oppositions faites au régime des sanctions. B. L'opinion des partisans de la sécurité collective. C. Le rapport des sanctions militaires et des sanctions économiques et financières.* — V. *La prévention de la guerre. A. Le règlement pacifique des différends. B. La prévention des hostilités.* — VI. *Le désarmement.* — LES MOYENS D'ACCROÎTRE LA VALEUR DE LA SOCIÉTÉ DES NATIONS.

La Société des Nations subit une crise qui n'est pas sans rapport avec la crise de la paix elle-même. La Société des Nations n'est du reste pas seule à être en crise, et il serait presque étonnant qu'elle fût seule à échapper à la crise générale qui atteint plus ou moins tous les pays et toutes les institutions.

Quoi qu'il en soit, même ceux qui ne méconnaissent pas les services très réels qu'elle a rendus à la cause de la paix — il ne faut pas oublier les nombreuses questions dont certaines fort délicates (différend hongaro-yougoslave consécutif à la tragédie de Marseille, plébiscite de la Sarre) qui ont été réglées par son entremise — constatent qu'elle n'a pas rendu tous les services qu'on attendait d'elle et soulignent les échecs qu'elle a subis.

L'idée d'une réforme de la Société des Nations a été lancée l'an passé. C'est le gouvernement britannique qui, à la suite de l'affaire italo-éthiopienne, a posé la question l'an passé. L'Assemblée de la Société des Nations réunie en session extraordinaire en juillet 1936 a décidé de consulter les gouvernements ⁽¹⁾. Un comité pour « la mise en œuvre des principes du

(1) Résolution du 4 juillet 1936.

Pacte » a été constitué par l'Assemblée au cours de sa session ordinaire de 1936 ⁽²⁾. Ce comité a commencé ses travaux.

En ce qui concerne la réforme de la Société des Nations il se pose une question de fond et une question de procédure qui sont assez intimement mêlées. Quels changements faut-il apporter à la Société des Nations pour qu'elle ait une plus grande efficacité ? C'est la question de fond sur laquelle les avis sont très partagés, les conceptions qu'ont les divers gouvernements sur ce que devrait être la Société des Nations divergent parfois profondément.

Faut-il reviser le Pacte de la Société des Nations ou recourir à une autre méthode pour réaliser les changements ou les mises au point qui seraient jugées désirables ? C'est la question de procédure. Il pourrait sembler plus logique d'examiner en premier lieu la question de fond. En fait, il vaut mieux examiner d'abord la question de la revision du Pacte de la Société des Nations, c'est le moyen d'éclairer la seconde question et de dissiper certaines illusions.

CHAPITRE I

LA REVISION DU PACTE DE LA SOCIÉTÉ DES NATIONS

L'idée d'une réforme de la Société des Nations évoque immédiatement dans certains esprits celle d'une revision constitutionnelle. Il s'agirait de reviser le Pacte de la Société des Nations. De même lorsque l'on se plaint des défauts des régimes politiques, bien des gens proposent immédiatement comme remède la revision de la constitution.

Il n'est évidemment pas interdit de rechercher au moyen d'amendements du Pacte certaines améliorations de la Société des Nations. Il est des résultats, d'une importance limitée du reste, qui ne peuvent être obtenus que par ce moyen. Mais on peut sans témérité déclarer qu'une revision d'ensemble du Pacte de la Société des Nations n'est pas indiquée. D'une part, elle serait extrêmement difficile à réaliser, d'autre part, elle ne paraît pas répondre à un besoin.

Section I. — LES DIFFICULTÉS D'UNE REVISION DU PACTE

Le Pacte de la Société des Nations ne peut être amendé qu'au moyen d'une procédure spéciale prévue par l'article 26 dudit Pacte.

Les amendements sont votés par l'Assemblée de la Société des Nations. Ils n'entrent en vigueur que lorsqu'ils ont été ratifiés par la totalité des membres du Conseil de la Société des Nations et par la majorité des membres de l'Assemblée. Or, actuellement, le Conseil se compose de 15 membres (4 permanents et 11 non permanents) et l'Assemblée de 58 membres. L'expérience a montré que l'amendement du Pacte était une opération difficile et longue.

C'est une opération difficile. Les gouvernements qui diffèrent d'opi-

(2) Résolution du 8 octobre 1936.

nion sur la conception de la Société des Nations admettent d'autant moins facilement un amendement du Pacte de quelque importance ⁽³⁾, qui ne répond pas pleinement à leurs vues, qu'un tel amendement créerait un état de choses durable auquel il ne serait possible d'apporter des changements qu'au moyen d'un nouvel amendement. Il se trouve donc que des Etats qui ont voté un amendement ne veulent pas le ratifier.

Mais même lorsqu'il n'y a pas de raisons politiques qui mettent obstacle à la ratification d'un amendement les ratifications nécessaires se font attendre. Dans de nombreux pays il faut que le parlement soit saisi avant que la ratification puisse être donnée. De toutes façons l'inertie dans la vie internationale comme dans la vie nationale, dans la vie publique comme dans la vie privée, joue un grand rôle, et quand il est nécessaire que les gouvernements ou les individus procèdent à une manifestation de volonté, l'inertie joue puissamment en faveur du statu quo.

Section II. — UNE REVISION DU PACTE NE PARAÎT PAS RÉPONDRE A UN BESOIN PRESSANT.

I. — *L'illusion constitutionnaliste.*

C'est une illusion encore répandue que le succès des institutions politiques tient essentiellement aux textes qui les établissent.

L'Angleterre n'a point de constitution écrite et ses institutions politiques n'en représentent pas moins un modèle qui n'a jamais été égalé. Au lendemain de la grande guerre de nombreux pays se sont donné des constitutions démocratiques regorgeant de détails et de précisions. Ces constitutions savantes étaient l'œuvre de juristes qui voulaient laisser le moins possible au hasard et au doute et qui s'efforçaient de traduire dans des formules soigneusement étudiées le fruit des expériences passées et les aspirations présentes du monde moderne. Ces belles constructions n'ont pas tenu. Si nous nous retournons vers la France, nous constatons que la constitution de 1875, qui est la plus courte, la plus sobre, la plus terre à terre des constitutions républicaines que le pays s'est données, est la seule qui ait eu une longue durée et ait reçu une application normale et régulière.

Ce qui fait le succès ou l'insuccès d'une constitution, c'est, avant l'esprit dans lequel on l'applique, la volonté que l'on a d'en faire une application loyale. Dans cet ordre d'idées, ce n'est pas la valeur théorique des dispositions d'une constitution qui importe le plus, mais le fait que ces dispositions s'adaptent à la réalité humaine du moment.

C'est de ce point de vue qu'il faut juger le système du Pacte de la Société des Nations qui a été inséré en tête des traités de paix de 1919. Avant tout, il faut dépouiller l'illusion qu'on peut changer la face du monde au moyen de formules juridiques insérées dans un traité.

(3) Les quelques amendements du Pacte entrés en vigueur jusqu'à présent étaient de caractère purement formel ou concernant des points secondaires.

II. — *Le système du Pacte de la Société des Nations.*

Le Pacte de la Société des Nations est le résultat d'une heureuse collaboration de l'esprit anglo-saxon et de l'esprit latin. Du point de vue formel, le Pacte a le grand mérite d'être bref et d'être souple. Il contient des formules générales capables de suivre sans le devancer d'une façon factice ni sans l'entraver le développement de la vie et de l'organisation internationale. Tous les principes d'un ordre international effectif sont consacrés par le Pacte : limitation des armements (article 8), interdiction de l'agression, sécurité collective et sanctions (articles 10 et 16), règlement judiciaire ou arbitral des différends (article 13), changement pacifique des situations de droit (article 19). Certains de ces principes sont seulement posés sans que les conséquences en soient tirées sous forme d'obligations juridiques précises ; c'était à la vie qu'il appartenait, en effet, de les féconder et d'en faire des réalités politiques ⁽⁴⁾.

Par ailleurs, et cela est essentiel, le Pacte donne aux organes de la Société des Nations le droit et le devoir d'intervenir dans toutes les questions internationales. En principe aucun différend grave ne peut échapper au contrôle du Conseil (article 15).

S'il s'agit de faire cesser une guerre ou parer à une menace de guerre, l'article 11 dit que la Société des Nations « doit prendre les mesures propres à sauvegarder efficacement la paix des nations ». Cette formule large permet de faire tout ce que l'on peut juger utile de faire.

Ce droit du Conseil ou de l'Assemblée d'intervenir dans tout conflit international de quelque importance qu'établissent d'une façon expresse les articles 11 et 15 du Pacte était ce qui devait donner au Pacte toute sa valeur pratique, en faisant de la Société des Nations non une affirmation de principes, mais une action concrète et continue de la collectivité internationale.

On a reproché au Pacte ses insuffisances, ses lacunes, ses « fissures ». Le Pacte, en effet, sur certains points est loin d'adopter des solutions radicales. Il n'interdit pas d'une façon générale le recours à la guerre. Ce que faisant le Pacte obéit aux exigences d'une certaine logique, non pas la logique abstraite, déductive, dont on abuse si souvent dans le droit et la politique et qui ne sert à rien, mais à la logique de la vie. Le Pacte en effet crée une certaine harmonie entre ce qu'il donne et ce qu'il exige. On n'a pas cru possible, lors de la rédaction du Pacte, d'établir l'obligation de la justice internationale, ni la revision des traités par voie d'autorité. En contre-partie, on n'a pas voulu interdire la guerre dans tous les cas puisqu'on n'était pas en mesure de la remplacer, dans tous les cas, par une procédure appropriée. On a cru avec raison que l'on faisait déjà beaucoup en subordonnant le recours à la guerre à l'obligation de procédures et de délais. On pensait qu'une guerre différée serait la plupart du temps une guerre évitée, que l'intervention des organes internationaux supprimant le tête à tête des parties en conflit, combinée avec l'obligation

(4) Par exemple, l'obligation de la justice internationale n'est pas établie par l'article 13 du Pacte. C'est postérieurement, grâce à la clause facultative de l'article 36 du Statut de la Cour de Justice internationale et à l'Acte général de 1928, que la justice et l'arbitrage obligatoires se sont progressivement développés.

d'attendre l'expiration de longs délais avant de recourir à la guerre, suffirait à empêcher la plupart des guerres. En fait, depuis que la Société des Nations existe il n'y a pas eu d'exemple de guerre qui ait été engagée après l'épuisement des procédures et l'expiration des délais prévus par le Pacte.

Le Pacte établit pour ses organes la règle de l'unanimité (article 5) que les gouvernements considèrent comme la sauvegarde indispensable d'une souveraineté à laquelle ils ne veulent pas voir porter atteinte. Il n'eût pas été désirable — à supposer que ce fût possible — d'adopter une règle à laquelle les sujets de la règle ne se fussent pas pliés. Une règle de droit quelle qu'elle soit n'a aucune valeur si elle heurte le sentiment général des assujettis. Si ce sentiment général est considéré comme défectueux, il faut commencer par le changer : tant qu'on ne s'y sera pas employé et qu'on n'aura pas réussi, il ne sert à rien de chercher à changer le droit.

En fait, la règle de l'unanimité n'a pas eu les effets paralysants qu'on eût pu craindre. Dans l'hypothèse la plus grave qui est celle de l'application des sanctions (article 16) la décision appartient à chaque membre de la Société des Nations individuellement. Dès lors, il n'est pas besoin de vote. Lors du conflit italo-éthiopien, les gouvernements se sont prononcés au sein du Conseil et de l'Assemblée sans qu'il y eut vote proprement dit. Dans les autres hypothèses, l'unanimité a pu en général être obtenue. C'est que les gouvernements ne peuvent pas ne pas tenir compte de l'opinion des autres et l'on arrive, en fait, à des décisions d'unanimité qui sont des décisions de compromis qui reflètent plus ou moins le rapport des forces en présence.

CHAPITRE II

LES OPINIONS CONCERNANT LE RÔLE ET L'ORGANISATION DE LA SOCIÉTÉ DES NATIONS

De nombreux gouvernements en suite de la consultation demandée par la résolution de l'Assemblée du 4 juillet 1936, ont fait connaître leur opinion sur la question de la « mise en œuvre des principes du Pacte » (5).

A vrai dire, à qui a suivi la politique internationale de ces 18 dernières années, ce document apprend relativement peu de choses. Il exprime des divergences d'opinions pour ainsi dire traditionnelles. Sans doute, depuis 1919, sous l'influence de diverses causes, quelques États ont modifié leur attitude vis-à-vis de la Société des Nations, les uns s'en sont rapprochés, d'autres s'en sont plutôt éloignés. La conception que se faisaient certains États de la Société des Nations a varié, mais l'opposition des points de vue en gros demeure.

(5) On trouve les communications écrites et les déclarations orales des gouvernements accompagnées d'une analyse dans le document suivant : *Journal officiel de la S. d. N.* - Suppl. spéc. n° 154, 1936.

Section I. — DEUX CONCEPTIONS DE LA SOCIÉTÉ DES NATIONS

Deux conceptions générales de la Société des Nations s'opposent.

Selon l'une, la Société des Nations doit, s'il le faut, imposer la paix et le respect d'un certain ordre international. C'est la conception qui considère la sécurité collective comme la tâche primordiale de la Société des Nations et qui tient les sanctions pour un élément essentiel du système. Selon l'autre conception, la Société des Nations doit être avant tout un organisme de conciliation. Elle doit persuader et non contraindre. Elle doit porter son effet sur la prévention de la guerre et non sur sa répression. Les sanctions, dans cette conception, doivent être éliminées ou reléguées au second plan.

Ce tableau général est évidemment schématique et la réalité est plus complexe. Les positions des gouvernements qui se rattachent à l'une ou l'autre tendance générale sont marquées de nuances importantes. Ainsi parmi les partisans de la seconde tendance certains conçoivent la Société des Nations comme un clearing international ou la négociation politique tient le plus grand rôle ; d'autres Etats, tels les Etats scandinaves, la Suisse, attachent la plus grande valeur aux procédures de droit, règlement judiciaire et arbitral.

Par ailleurs, certains Etats n'ont pas pris une position tranchée et il en est qui insistent pour une application exacte du Pacte dans toutes ses parties.

Section II. — LA SÉPARATION DU PACTE ET DES TRAITÉS DE PAIX

Cette séparation qui serait de nature à donner une satisfaction à l'Allemagne actuellement en dehors de la Société des Nations et à plusieurs membres de la Société des Nations qui ont pris part à la grande guerre est un des rares points sur lequel, en principe, l'accord semble être général. De nombreux gouvernements au cours de la récente consultation ont formulé un vœu à cet égard et aucune opposition ne s'est jusqu'à présent manifestée.

En fait, quoique le Pacte figure en tête des traités de paix dont il forme la partie I, les obligations du Pacte et celles des traités de paix ne sont nullement solidaires et du point de vue pratique la séparation est actuellement le fait.

La séparation dont il s'agit est une opération dont la portée serait surtout d'ordre moral. Sa réalisation apparaît, du reste, comme assez délicate du point de vue technique. S'il s'agit simplement d'effacer du Pacte certaines énonciations (préambule, articles 1, 4, 5 et 22) qui rappellent les divisions de la guerre — ce sur quoi un accord général pourrait sans doute être réalisé — c'est à un amendement du Pacte qu'il faut recourir et il n'y a pas d'autre moyen qui puisse être employé. S'il s'agit de détacher le Pacte des traités de paix dont il fait partie, le problème technique consistant à trouver un moyen pratique, c'est-à-dire qui n'entraîne pas des difficultés et des complications hors de proportion avec le résultat à atteindre, n'est sans doute pas insoluble, mais il est compliqué.

Section III. — L'UNIVERSALITÉ DE LA SOCIÉTÉ DES NATIONS

La récente consultation des Etats révèle une aspiration assez générale à une plus grande universalité de la Société des Nations. Trois grands Etats : les Etats-Unis, l'Allemagne et le Japon sont actuellement absents de Genève et leur absence est incontestablement une cause de faiblesse pour la Société des Nations. Tout le monde est d'accord pour souhaiter que la Société des Nations atteigne l'universalité ou s'en rapproche davantage.

Mais l'accord n'existe plus lorsqu'il s'agit de savoir quels moyens il faut mettre en œuvre pour obtenir ce résultat.

Historiquement, c'est sur la solidarité collective (articles 10 et 16) qu'ont porté principalement les réserves du Sénat américain, réserves qui ont empêché l'entrée des Etats-Unis dans la Société des Nations ⁽⁶⁾. On sait que le système des sanctions ne plaît pas beaucoup à l'Allemagne. De là l'idée est venue qu'en allégeant le Pacte, qu'en supprimant ou relâchant les obligations relatives à la sécurité collective, on obtiendrait l'entrée ou le retour à la Société des Nations des grands absents ou de plusieurs d'entre eux.

« Cet objectif (l'universalité), dit le gouvernement suisse, à lui seul mériterait tous les efforts et justifierait des changements qui, sans l'être, peuvent paraître des *sacrifices* à quelques-uns. Ce que le Pacte perdrait en substance juridique, il le gagnerait en efficacité morale » ⁽⁷⁾.

Par contre des oppositions très vives se sont manifestées contre l'idée d'affaiblir le régime des sanctions fût-ce pour obtenir l'universalité de la Société des Nations. M. Litvinoff disait le 28 septembre 1936 : « Je m'opposerais... vivement à ce qu'au nom de l'universalité, la Société se mette à supprimer, dans le Pacte, tout ce qui en fait un instrument et une menace pour l'agresseur. Il vaut mieux avoir la Société sans universalité que l'universalité sans les principes de la Société » ⁽⁸⁾.

Section IV. — LE PROBLÈME DE LA SÉCURITÉ COLLECTIVE ET DES SANCTIONS

C'est sur la question de la sécurité collective, semble-t-il, que les divergences d'opinions sont les plus marquées.

I. — *Oppositions et objections faites au régime des sanctions.*

1° Deux circonstances qui ne rentrent pas dans les prévisions des auteurs du Pacte ont eu pour effet, a-t-on dit, d'accroître considérablement les charges et les risques de la sécurité collective. D'une part, la Société des Nations n'est pas devenue universelle. On ne peut compter sur le concours des grandes Puissances qui sont en dehors d'elle pour porter une part du fardeau des sanctions. D'autre part, la limitation et la réduction

(6) Ce serait peut-être une erreur de croire qu'en supprimant ou en amendement les articles 10 et 16, on obtiendrait l'entrée dans la Société des Nations des Etats-Unis qui, par ailleurs, se sont considérablement rapprochés de la Société des Nations depuis 1920. Le refus des Etats-Unis d'entrer dans la Société des Nations fut, en effet, le résultat d'un complexe d'éléments divers, politiques et psychologiques; certains éléments de ce complexe ont disparu ou se sont atténués, mais d'autres facteurs ont pu surgir.

(7) Voy. *Journal officiel de la S. d. N.* - Supp. N° 154, p. 56.

(8) *Journal officiel de la S. d. N.* - N° 154, p. 57.

des armements prévues à l'article 8 n'ont pas été effectuées et, bien loin de diminuer, les armements nationaux s'accroissent considérablement. Certains petits Etats font observer que, tandis que leur contribution à la sécurité collective n'aurait qu'une valeur pratique très limitée, les dangers courus par eux pourraient être mortels.

2° Certains Etats expriment simplement leur répugnance à intervenir dans des conflits qui ne les touchent pas personnellement ⁽⁹⁾.

3° Des gouvernements reprochent au régime des sanctions de jouer en faveur du maintien du *statu quo* territorial. Ces gouvernements ou bien déclarent que ce statut territorial ne les satisfait pas, ou bien ils observent qu'il a été établi en dehors d'eux, sans qu'ils aient eu à se prononcer sur sa valeur. Dans cet ordre d'idées, on fait remarquer qu'il y a un lien entre l'article 16 et l'article 19 et que le fait que ce dernier article n'a pas été appliqué a son importance.

4° C'est enfin une idée souvent exprimée que le rôle principal de la Société des Nations est de prévenir la guerre en faisant appel à la confiance et à la bonne volonté et non d'organiser la répression de la guerre en se fondant sur le soupçon et en prévoyant la contrainte.

II. — *L'opinion des partisans de la sécurité collective.*

Les partisans de la sécurité collective estiment par contre que la paix et le besoin essentiel auquel la Société des Nations doit pourvoir, que ce n'est pas en refusant d'envisager l'hypothèse, hélas possible, de la guerre qu'on évitera celle-ci, mais au contraire en organisant un système de sanctions efficaces capable de décourager l'agresseur éventuel.

On ajoute au surplus que le régime des sanctions n'implique pas l'approbation du *statu quo*, mais la condamnation du recours à la force pour le changer.

III. — *Le rapport des sanctions militaires et économiques.*

L'opposition entre les deux courants d'opinion relatifs aux sanctions se retrouve à propos des modalités pratiques de leur application : définition de l'agresseur, désignation de l'agresseur, automatisme ou non automatisme des sanctions, etc.

Au rebours des sanctions économiques et financières, les sanctions militaires sont en vertu du Pacte seulement facultatives. Les partisans de la sécurité collective ne proposent pas de les rendre obligatoires, ce qu'ils ne pourraient obtenir, mais ils proposent d'encourager la conclusion de traités régionaux de sécurité prévoyant l'obligation de ces sanctions au profit des parties au traité. Quant aux sanctions économiques et financières qui à elles seules peuvent difficilement obtenir la décision, elles joueraient comme prélude ou comme accessoires des sanctions militaires et elles risqueraient moins d'être employées sans résultat ⁽¹⁰⁾.

Section V. — LA PRÉVENTION DE LA GUERRE

La prévention de la guerre, sur l'importance de laquelle on insiste d'une façon générale, présente deux aspects différents. Il s'agit, d'une

(9) *J. O., S. d. N.* - N° 154, p. 77.

(10) Voyez les propositions françaises, *J. O., S. d. N.* - N° 154, p. 82.

part, d'éliminer les causes de guerre en réglant les différends internationaux, il s'agit, d'autre part, de suivre l'évolution des conflits pour empêcher qu'ils engendrent les hostilités.

I. — *Le règlement pacifique des différends.*

Les procédures de règlement pacifique des différends ont donné lieu à peu d'observations.

Le règlement judiciaire et arbitral s'est développé d'une façon remarquable à côté du Pacte au moyen de traités généraux (clause facultative de l'article 36 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, Acte général de 1928) et de traités particuliers pour la plupart bilatéraux.

Deux articles du Pacte, l'article 11 et l'article 15, le premier visant la conciliation, le second allant un peu plus loin que la simple conciliation, se sont appliqués et ont permis de terminer heureusement un certain nombre de différends.

C'est en ce qui concerne le règlement des différends d'ordre politique, différends qui sont les plus graves et qui portent non sur l'application du droit existant, mais sur le changement de celui-ci, que l'on a reproché au système actuel d'être insuffisant. On a parfois proposé la création d'un tribunal d'équité. On a déploré la non-application de l'article 19 du Pacte.

II. — *La prévention des hostilités.*

L'article 11 est susceptible de servir à prévenir un choc en permettant l'adoption de mesures de précautions telles que retraits de troupes, contrôle d'observateurs, etc... C'est là une de ses grandes utilités. Si les parties grâce à l'intervention du Conseil acceptent les unes et les autres d'appliquer les mesures de précaution et de détente jugées nécessaires, tout est bien. Mais s'il n'en est pas ainsi, que peut faire le Conseil qui se heurte à l'intransigeance d'une partie ? On a affirmé que l'article 11 permettait au Conseil de recommander des mesures de pression et d'intimidation à l'égard d'une partie qui se refuserait à cesser une politique menaçante pour la paix. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que les voix des parties au différend soient exclues du calcul de l'unanimité, autrement il est évident que la partie que viseraient les mesures en question empêcherait par son opposition le Conseil de prendre une décision.

Divers gouvernements ont insisté pour que le doute qui existe au sujet de l'exclusion des voix des parties au différend fût levé ⁽¹¹⁾.

Section VI. — LE DÉSARMEMENT

La conférence du désarmement réunie en 1932 n'a pu aboutir à un accord. Des gouvernements déplorent que la limitation et la réduction des armements prévue par l'article 8 du Pacte n'ait pu devenir effective. Cependant, on ne voit actuellement pas le moyen de conclure une convention générale de limitation et de réduction des armements.

(11) *J. O., S. d. N.* - N° 154, p. 68.

CHAPITRE III

LES MOYENS D'ACCROITRE LA VALEUR
DE LA SOCIÉTÉ DES NATIONS

Nous avons dit qu'une revision générale du Pacte se heurterait à de grandes difficultés et ne paraissait pas nécessaire.

Pour améliorer le fonctionnement et le rendement de la Société des Nations, les moyens plus pratiques auxquels on peut recourir sont les suivants : En premier lieu, on peut — comme on l'a déjà fait — conclure des conventions complémentaires du Pacte, soit de caractère universel, soit régional. En second lieu, on peut au moyen de résolutions de l'Assemblée préciser les conditions d'application de certains articles, lever des doutes concernant la façon dont on devrait les appliquer. En dernier lieu, « last but not least », à l'occasion de toute question soumise à la Société des Nations, les organes de celle-ci, et partant les membres qui composent ces organes, peuvent faire des articles du Pacte une réalité vivante, créer une jurisprudence qui renforcera l'autorité et l'efficacité de la Société des Nations. C'est que dans la vie internationale comme dans la vie nationale, les grands résultats s'obtiennent davantage par une action patiente et continue, un courage et une volonté de tous les jours, que par des réformes spectaculaires ou des déclarations solennelles.

LE ROLE DE LA COURONNE DANS L'EVOLUTION DE L'EMPIRE BRITANNIQUE

Par Jean-Jacques CHEVALLIER

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

La Couronne, « clef de voûte de l'Empire britannique », la Couronne vers qui, « avec l'accroissement de l'Empire, les Dominions se tournent... comme vers le symbole du lien qui les rattache à la mère-patrie », la Couronne dont le prestige est « indispensable au maintien de l'Empire britannique », la Couronne dont la position « aujourd'hui est telle qu'elle ne fut jamais dans l'histoire; le dernier lien impérial qui demeure » (Baldwin): telles sont quelques-unes des formules qu'a inspirées la récente et si pathétique crise constitutionnelle de l'abdication d'Edouard VIII. Elles rejoignent et confirment, à près de vingt ans de distance, les pénétrantes paroles du général Smuts, le fameux sud-africain boer rallié à l'Empire, dans un discours du 15 mai 1917 en Angleterre : « Vous ne pouvez pas, de la communauté des nations britanniques, faire une République. Parce que vouloir élire un Président non seulement dans ces îles, mais dans toute l'étendue de l'Empire, un Président qui soit le chef et le représentant de tous ces peuples divers, c'est affronter un problème absolument insoluble. » Seule l'institution de la Couronne, adaptée, utilisée avec cet empirisme organisateur si souple qui caractérise l'esprit anglais, a permis l'évolution sans à-coups mais totale de l'Empire, sa « mutation » en une Communauté de nations jalouses de leur autonomie. C'est ce que nous voudrions rappeler dans les pages qui suivent, en reprenant sous cet angle les phases principales de cette évolution maintenant bien connue, en jetant — nous l'espérons — quelque clarté sur les mécanismes techniques qu'a élaborés à tâtons, ingénieusement, le Droit inter-impérial depuis près d'un siècle.

1. Il y a dans l'histoire anglaise une brisure, dont le souvenir est longtemps resté vivace et générateur de pessimisme impérial : la sécession des Treize Colonies américaines. Les historiens se sont souvent posé la question de savoir si cette sécession était inévitable. A la lumière de l'évolution ultérieure de l'Empire britannique, il est permis de répondre par la négative. La sécession n'était pas inévitable. Sans doute le problème constitutionnel avait fini par devenir extrêmement aigu. Mais, même en 1770-76, il était possible de découvrir dans les relations constitutionnelles telles qu'elles existaient, la pièce essentielle d'un mécanisme à la fois ancien et

renouvelé. Cette pièce était la Couronne abstraite, ou, si l'on préfère, son incarnation concrète : Sa Majesté le Roi de Grande-Bretagne.

Rien n'est plus frappant que l'insistance des colons américains à distinguer le Parlement anglais et le Roi, en répudiant l'autorité du premier sur leurs affaires locales, en proclamant leur obéissance au second. Cette insistance avait un fondement historique. Le Parlement anglais n'eût rien à voir dans la fondation des premières colonies américaines, parce que c'est seulement la Révolution de 1688 qui a établi la suprématie du Parlement. Les chartes coloniales furent accordées par le Roi seul, qui avait toute latitude pour les révoquer. Si bien que les Colonies d'Amérique (nées avant 1688 ou après) récuseront toujours le droit du Parlement anglais de voter des lois pour leurs affaires locales et notamment de les taxer. Elles ne perdirent jamais de vue la distinction technique du droit anglais entre la Couronne en tant que Pouvoir exécutif impérial et la Couronne en Parlement. Et les choses se gâtèrent dès que Roi, ministres, Parlement prétendirent — au dix-huitième siècle — réduire à rien cette distinction tutélaire.

On peut donner des témoignages caractéristiques de cette insistance américaine, avant la rupture définitive, à rappeler cette distinction, à la remettre en relief pour y puiser les éléments d'un compromis sauveur. L'une des têtes politiques les plus remarquables de l'époque, Benjamin Franklin, voyait clairement que la bonne direction était dans ce sens. « La souveraineté de la Couronne, je comprends; la souveraineté du Parlement, je ne comprends pas », c'est en ces termes que s'exprimait Franklin, demandant à Londres l'abrogation de l'Acte du Timbre. Il savait que l'Amérique ne désirait nullement l'indépendance radicale, mais qu'elle répudiait la souveraineté de l'Angleterre en tant que telle, en tant que métropole prétendant commander à des colonies. Il savait que la solution de cette « énigme » politique était dans une utilisation habile de l'autorité royale. « Sa grande idée », comme l'écrit, dans l'admirable biographie, aussi séduisante et savoureuse que solide, qu'il a consacrée à Franklin, M. Bernard Fay, était celle-ci : « Un empire anglo-saxon, gouverné en Europe par le Roi et le Parlement britannique, en Amérique par le Roi et le Parlement américain. Ainsi cessant d'être rivales, les aristocraties parlementaires du vieux et du nouveau Monde collaboreraient » (II, 128). Franklin précisait encore comme suit sa pensée : « L'Amérique ne fait pas partie des possessions de l'Angleterre, mais des possessions du Roi ». Phrase remarquable qui contient en germe une distinction entre des qualités différentes du Roi : celui-ci est souverain en Angleterre, il l'est aussi en Amérique du Nord, mais l'Amérique du Nord n'est pas sujette de l'Angleterre, elle l'est d'un Roi qui représente d'une façon générale l'Empire britannique. L'Empire ne coïncide pas avec l'Angleterre, il l'englobe et la dépasse : telle est l'idée implicite en l'esprit de ce Bonhomme Franklin, qui s'efforça vainement « d'aider à bâtir un Empire anglais dont personne ne voulait en Angleterre » (Fay, II, 82).

Citons également un curieux article de John Adams, futur Président des Etats-Unis, où celui-ci voit dans le Roi le lien essentiel entre les éléments dispersés de l'Empire. D'après lui, le Roi est « Roi de Massachussets, Roi de Rhode-Island, Roi de Connecticut, aussi bien que le Roi de Grande-Bretagne et d'Irlande », et le roi devrait porter tous ces titres. Des idées analogues se rencontrent dans Jefferson : l'Angleterre n'est qu'une partie

de l'Empire, dont le Parlement n'a pas plus de droits que les autres Parlements libres des autres parties de l'Empire; le lien central est le Roi; la relation existant entre l'Angleterre et ses colonies est la même qui, de l'avènement de Jacques I^{er} Stuart à l'Acte d'Union de 1707, reliait l'Angleterre à l'Ecosse : « Une communauté dynastique de pouvoir exécutif n'entraînant pas nécessairement d'autres relations d'ordre politique. »

Ce n'étaient là, avant l'irréparable sécession américaine, que des suggestions dont la mise au point eût exigé un assez difficile et long travail. La conception de Jefferson, notamment, qui semble se ramener à celle de l'Union personnelle, n'eût pas cimenté de façon durable l'Empire ainsi reconstruit. Mais l'essentiel, à nos yeux, avait été aperçu par les meilleurs esprits : à savoir le parti immense qu'une habile politique pouvait tirer de l'institution vénérable et traditionnelle de la Couronne pour rajeunir le « premier Empire britannique » et le sauver.

2. Après que ce premier Empire eût été disloqué, détruit par la sécession américaine, l'Angleterre en édifia tenacement un second, dès la fin du dix-huitième siècle, puis au début et au cours du dix-neuvième. Ce fut l'ère des grandes colonies de peuplement : Canada, Australie, Nouvelle-Zélande, Afrique du Sud, qui posaient à nouveau le problème éternel de l'Empire : conserver dans le sein britannique les Anglais d'au-delà des mers, colons avides de liberté politique, de *self-government*, et qu'un milieu neuf, une vie neuve, s'ajoutant à l'éloignement considérable de la métropole, modelaient différents des Anglais d'Angleterre, avec des besoins, des intérêts et même des sentiments distincts. Ce problème s'aggravait du fait des nationalités, des « races » non britanniques, canadiens-français au Canada, boers en Afrique du Sud, répugnant plus encore à accepter des conceptions spirituelles et politiques purement anglaises, une centralisation autoritaire anglaise. Les craquements significatifs qui se produisirent au Canada en 1837-38 et qui amenèrent la mission de Lord Durham, suivie de son fameux Rapport de 1839, obligèrent le gouvernement anglais à regarder en face ce problème aggravé, autour duquel planait le spectre de nouvelles sécessions.

Le Rapport Durham s'était prononcé en faveur du *responsible government* colonial, c'est-à-dire d'un système de gouvernement parlementaire libre, limité par certaines « matières réservées » sur lesquelles Londres gardait la haute main. Les milieux officiels anglais ne cachèrent pas leur méfiance. Est-ce que la souveraineté impériale pouvait se concilier avec le *self-government* accordé à une colonie ? Lord Russell, dans une lettre souvent citée de 1839, développa l'objection essentielle. D'après lui, le Conseil exécutif d'un gouverneur colonial (canadien) ne pouvait devenir responsable devant l'Assemblée locale (canadienne) de la même manière que le Cabinet anglais l'était devant le Parlement anglais ; une telle responsabilité était « absolument incompatible avec les rapports qui existent entre la mère-patrie et la colonie ». Et Lord Russell enfermait les partisans du gouvernement responsable colonial dans un dilemme auquel il n'était pas de réponse logique. Ce dilemme prenait comme point de départ la situation du gouverneur d'une colonie (Canada), lequel représente au-delà des mers la Couronne ; théoriquement, c'est la Couronne qui prend les décisions de gouvernement, sur les conseils de ses ministres, et ce aussi bien dans les colonies qu'en Angleterre. Ceci établi, des ministres coloniaux pouvaient-ils

conseiller la Couronne ? « Evidemment non, car la Couronne, pour la même fonction, a d'autres conseillers dont l'autorité est supérieure (les ministres anglais responsables devant le Parlement Anglais). Il peut donc arriver que le gouverneur reçoive en même temps des instructions de la Reine et des avis de son Conseil exécutif colonial, avis en contradiction complète avec les instructions ». Dans un pareil cas, la situation du gouverneur devient impossible. Et de deux choses l'une : ou il obéit aux instructions reçues d'Angleterre, et il n'y a plus alors de *self government* de la colonie. Ou, au contraire, il se conforme à l'avis de son Conseil exécutif, qui jouit de la confiance de la majorité de l'Assemblée élue, mais alors il cesse d'être un officier subordonné à la Couronne, pour devenir un chef d'Etat indépendant (« an independent sovereign »). Tel était le dilemme, logiquement irréfutable, de Lord Russell. On sait que, sagement, le gouvernement anglais passa outre, pour éviter de voir le Canada suivre l'exemple des Treize Colonies, et que la Province-Unie du Canada reçut, sans apparente modification du droit strict, le *responsible government* en 1848. Moins de vingt ans après, c'était la grande fédération appelée Dominion du Canada qui se constituait, en 1867, combinaison inédite, extrêmement originale, du *responsible government* colonial et de la forme fédérale.

Dominion du Canada : le mot de Dominion, familier aux oreilles anglaises, désignait d'une façon générale toutes les possessions de Sa Majesté Britannique ; en 1867, pour la première fois, on le faisait servir à désigner une possession dotée du self-government ; c'était un sens nouveau, en quelque sorte spécialisé, un sens étroit du mot qui allait coexister à l'avenir avec le sens plus large. Or, ce sens nouveau résultait d'un compromis curieux entre le mot de « Colonie » dont les Canadiens ne voulaient plus, et celui de Royaume (*Kingdom*) que la métropole jugeait inacceptable, parce qu'il supposait d'indépendance latente et avouée. L'un des « Pères de la Fédération » canadienne, Macdonald, avait en effet suggéré cette désignation de « Royaume du Canada » pour mieux marquer le caractère propre de la communauté dont il rêvait le destin glorieux. Le roi d'Angleterre eût été en même temps roi du Canada. On ne peut s'empêcher d'évoquer ici les discussions précitées qui intervinrent dans les Treize Colonies avant la rupture définitive. Macdonald reprenait, consciemment ou non, la conception hardie de Franklin qui, même près d'un siècle après l'indépendance américaine, était encore trop hardie. C'est comme moyen terme entre « Colonie », mot trop chargé de passé, et « Royaume », mot trop lourd d'avenir, que *Dominion*, au sens étroit, fut adopté.

3. Il est significatif que le même Macdonald ait trouvé, dès 1865, la formule destinée à rendre compte du statut nouveau des anciennes colonies, désormais dotées du *responsible government* : statut de liberté et d'égalité croissantes vis-à-vis de la métropole. L'homme d'Etat canadien pensait « que d'année en année, à mesure que le Canada grandirait en population et en vigueur, l'Angleterre verrait de plus en plus les avantages du maintien de l'alliance entre elle et l'Amérique du Nord britannique ». « alliance — précisait Macdonald — permanente », c'est-à-dire que le lien de dépendance coloniale devait disparaître pour faire place à une forme de coopération intime, sur le pied de l'égalité, que le mot d'alliance traduisait approximativement. Les développements ultérieurs, jusqu'en 1914, allaient mettre en relief le véritable caractère de cette alliance intime, à l'intérieur

(*within*) du cercle britannique, non pas externe (*without*, du dehors) comme celle qui peut relier les Etats étrangers. Ils allaient éliminer irrésistiblement la conception d'une Fédération autoritaire de l'Empire sur le modèle des Etats-Unis d'Amérique. Le rouage essentiel de coopération allait être la Conférence coloniale, puis impériale, où les questions d'intérêt commun seraient débattues « entre le Gouvernement de Sa Majesté (en Grande-Bretagne) et les gouvernements de ses Dominions autonomes d'au-delà des mers » : conférence de gouvernements à gouvernements, d'entités politiques étroitement associées, mais libres et égales.

Cette conception égalitaire de l'Empire, évoluant en *Commonwealth* (communauté) de nations *self-governing*, se trouve en quelque sorte authentifiée, officiellement admise par la résolution constitutionnelle de la Conférence Impériale de 1917. Celle-ci affirme que les remaniements futurs, prévus pour l'après-guerre, « *devront être fondés sur la reconnaissance intégrale des Dominions comme nations autonomes d'une Communauté Impériale (Impérial Commonwealth). Ils devront aussi reconnaître le Droit des Dominions... à une voix adéquate en matière de politique étrangère et de relations internationales...* ». Ces formules remarquables non seulement impliquent que l'autonomie tempérée par la coopération intime a définitivement triomphé en 1917, du tenace rêve fédéraliste des années 1880, mais encore que, sous la pression de la Grande Guerre, autonomie et coopération s'étendent déjà — et devront s'étendre bien davantage dans l'avenir — à l'immense et périlleux domaine de la politique étrangère et des relations internationales. Comment arriverait-on, dans ce domaine semé d'embûches où les Etats tiers ont leur mot à dire, leur rôle légitime à jouer, leurs objections légitimes à élever, comment arriverait-on à concilier l'Unité et la Liberté ? Cette conciliation avait été relativement aisée en politique intérieure : pour tous les « Etats de l'Empire » s'imposait, incarnant les puissants « liens invisibles », ce lien visible qu'était le souverain commun, auquel tous les sujets britanniques de toutes les parties, *self-governing* ou non, devaient une commune allégeance, ce souverain commun représenté dans chaque Dominion par le Gouverneur général. Mais en politique extérieure, comment éviterait-on à la fois l'apparence et la réalité d'une dislocation diplomatique, si les Dominions accédaient à la personnalité internationale distincte ? Comme si les représentants des Dominions avaient senti le danger, au cours des débats qui précédèrent la résolution de 1917, et la nécessité de le conjurer au moins sentimentalement, il fut remarquable de les entendre rendre hommage au Roi comme au symbole vivant de l'Unité britannique. La Couronne, affirmaient-ils, est la clé de la voûte impériale. Il parut que les affirmations usuelles, banales de loyalisme émises à chaque conférence étaient dépassées.

4. Les événements de 1919 mirent rapidement le gouvernement anglais de M. Lloyd George en face du problème de l'application pratique de la Résolution précédente. Les Dominions, représentés, grâce à un système compliqué (double représentation) et nettement privilégié, à la Conférence de la Paix, pourraient-ils, au moment où le Traité de Versailles viendrait à être rédigé et signé, figurer comme des nations *distinctes* ? Distinctes au moins à l'intérieur de l'Empire ? Et par quel procédé technique, préservant et l'apparence et la réalité de l'unité impériale, le pourraient-ils ? La réponse fut suggérée, magistralement, à M. Lloyd George par un consti-

tutionnaliste éminent, en même temps homme d'Etat, premier ministre du Dominion du Canada, Sir Robert Borden, dans un mémorandum du 12 mars 1919, absolument fondamental pour la compréhension de l'évolution impériale. La phrase-clef de ce document est celle-ci, que l'on ne saurait trop méditer, en la reliant à tout ce qui vient d'être dit :

« *La Couronne est le pouvoir exécutif suprême dans le Royaume-Uni et dans tous les Dominions, mais elle agit sur l'avis (advice) des différents Cabinets établis dans les différentes unités constitutionnelles* ».

Autrement dit, le Premier Canadien reprend l'antique notion de la Couronne en tant que pouvoir exécutif impérial, il met au point, il « doctrine » les suggestions des Américains les plus clairvoyants de 1776, il donne pour la première fois une réponse technique au fameux dilemme de Lord Russell. La Couronne étant commune, étant canadienne, australienne, sud-africaine, néo-zélandaise aussi bien qu'anglaise — et c'est toujours la même Couronne, unique, indivisible ⁽¹⁾ — le Roi, titulaire concret et passager de cette Couronne abstraite et immuable, est le Chef d'Etat dans chaque Dominion (où, faute du don d'ubiquité, il se fait représenter par un gouverneur). Chaque Dominion jouissant du *responsible government*, le Chef d'Etat, monarque parlementaire, agit sur l'avis ou conseil ou recommandation (contre-seing, en technique française) des ministres du Dominion responsables devant l'Assemblée élue du Dominion. Pour les affaires intérieures, c'est le Gouverneur général, représentant du Roi, — non plus du gouvernement anglais (le Rapport de 1926 confirmera cette évolution) — qui reçoit l'*advice* ministériel et qui agit. Pour les affaires internationales, l'unité diplomatique de l'Empire exige que les formalités officielles, par exemple délivrance de pleins pouvoirs, ratification d'un traité, nomination d'un agent diplomatique, émanent du Roi lui-même. Unité et Liberté seront conciliées si le Roi accomplit ces formalités sur l'*advice* du Cabinet anglais pour l'Angleterre et pour chaque Dominion intéressé sur l'*advice* du Cabinet responsable de ce Dominion : « sur l'*advice* des différents Cabinets établis dans les différentes unités constitutionnelles ». En somme, chaque gouvernement responsable conseillera séparément, en matière internationale, le Roi commun.

Application sera faite de ce système aux Traités, à commencer par le Traité de Versailles : un Ordre en Conseil du gouvernement canadien, du 10 avril 1919, sollicite le Roi de désigner comme plénipotentiaires deux Canadiens chargés de conclure le Traité au nom du Roi *pour le Canada* (petite formule d'apparence innocente, qui permettait aux Dominions d'accéder insensiblement à la vie juridique internationale) ; cette désignation est faite par le Roi, nullement sur le conseil et sous la responsabilité du Cabinet anglais, mais sur le conseil et sous la responsabilité du Cabinet canadien, de toute évidence ; les deux Canadiens figurent dans le préambule du Traité comme plénipotentiaires du Roi commun *pour le compte du Canada* et signent comme tels le Traité (de même pour les autres Dominions, sauf Terre-Neuve, volontairement effacée) ; en ce qui concerne la ratification du Traité, un Ordre en Conseil canadien du 12 septembre 1919 sollicite le Roi « d'approuver, accepter, confirmer et ratifier ledit traité de

(1) Ce qui amène à repousser, catégoriquement, l'ancienne notion d'*Union personnelle* pour rendre compte de l'Empire évolué.

paix pour le Canada (*for and in respect of the Dominion of Canada*) » : ainsi la Couronne ratifie sur l'*advice* des différents Cabinets responsables, comme elle délivre les pleins pouvoirs sur l'*advice* des différents Cabinets responsables. Une résolution de la Conférence impériale de 1923 va commencer de préciser ces règles par écrit, mais c'est le Rapport Balfour de 1926 qui tirera toutes les conséquences de la doctrine du mémorandum Borden. Sur la délivrance des pleins pouvoirs, nous lisons dans ce Rapport : « *Les plénipotentiaires des diverses unités britanniques devront avoir pleins pouvoirs, délivrés dans chaque cas par le Roi, sur l'advice du gouvernement intéressé, indiquant et correspondant à la partie de l'Empire pour laquelle ils seront chargés de signer* ». Rien de plus clair. Sur la forme des traités, le Rapport de 1926 accepte enfin la revendication égalitaire de Sir Robert Borden qui demandait en 1919, conformément à sa « doctrine », que les noms des plénipotentiaires anglais fussent précédés, eux aussi, de la spécification : *pour, pour le compte* du Royaume-Uni ; cela n'avait pas été fait depuis 1919, et les plénipotentiaires anglais apparaissaient ainsi comme des représentants généraux du Roi pour tout l'Empire, hiérarchiquement supérieurs aux représentants des Dominions qui ne pouvaient parler que pour leur Dominion ; nous lisons au contraire, en 1926 : « *les unités britanniques pour le compte desquelles est signé le traité devront être groupées dans l'ordre suivant : la Grande-Bretagne et l'Irlande du Nord et toutes les parties de l'Empire Britannique qui ne sont pas membres distincts de la Société des Nations* [tout cela forme une seule unité : c'est l'ancienne « métropole » avec les territoires qui lui sont encore subordonnés, sans *responsible government*, moins l'Inde dont le statut est très spécial] ; le Canada ; l'Australie ; la Nouvelle-Zélande ; l'Afrique du Sud ; l'Etat Libre d'Irlande ; l'Inde ». En ce qui concerne la ratification, le Rapport de 1926, comme la résolution de 1923, se borne à rappeler la pratique que l'on sait ; mais les deux textes oublient certaines dérogations à cette pratique qui sont de nature à modifier quelque peu le rôle de la Couronne (conventions ratifiées sans intervention de Sa Majesté, par le gouvernement responsable intéressé : c'étaient des Conventions internationales du travail donc relevant d'un domaine purement technique ; tout de même, il y avait là un précédent qui serait susceptible de se reproduire avec une portée politique). A partir de 1926, le droit propre des Dominions de conclure des traités ne pourra être contesté, puisque l'intervention du gouvernement de chaque Dominion intéressé est nécessaire à chaque phase — octroi des pleins pouvoirs, signature, ratification — pour habilitier le Roi commun à agir officiellement. Le Roi agit pour le compte, non plus de l'Empire Britannique, qui n'est plus comme tel partie aux traités, mais de telle nation de l'Empire qui est partie contractante (soit la Grande-Bretagne, etc., soit le Canada, soit l'Australie, et ainsi de suite). Le Roi traite avec les puissances étrangères pour le compte de tous les gouvernements de l'Empire qui signent le traité, s'il y en a plusieurs. Le fait qu'il y a entre les Dominions et la Grande-Bretagne un rapport particulier que symbolise le commun emploi du nom du Roi ne peut nullement, aux yeux des co-contractants étrangers, retirer aux Dominions le caractère de parties distinctes au traité. Selon l'excellente expression du Rapport Balfour, « *les traités seront faits au nom du Roi comme symbole du lien spécial qui unit les diverses parties de*

l'Empire », mais ce lien spécial ne saurait parquer les Dominions hors de la sphère du Droit International commun. Nous n'insistons pas sur ces discussions subtiles qui nous mèneraient loin. Il suffit de voir comment le système juridique du mémorandum Borden a abouti à construire, de proche en proche, un mécanisme technique permettant aux Dominions de traiter en leur nom propre sans que se disloque l'Empire. Gardons-nous, d'ailleurs, d'oublier que ce droit propre de traiter, comme tous les droits internationaux des Dominions, a pour corrélatif le devoir d'information et de consultation mutuelles.

Application sera faite du même système Borden, à partir de 1920, à la représentation diplomatique distincte des Dominions. D'après l'accord anglo-canadien de mai 1920, Sa Majesté aurait la faculté de nommer, sur l'*advice* de ses ministres canadiens, un ministre plénipotentiaire à Washington, chargé des affaires canadiennes auprès du gouvernement des Etats-Unis. L'époque de la nomination effective n'était pas fixée, et celle-ci n'allait intervenir finalement, pour des raisons d'opportunité, qu'en 1926. Mais déjà des auteurs qualifiés, tels que Malcolm Lewis et H. Dunoan Hall, admettaient que l'accord de 1920 jetait les bases d'une nouvelle convention constitutionnelle, reconnaissant aux Dominions un droit de représentation diplomatique distincte — nouvel enrichissement du statut de Dominion. C'est l'Etat Libre d'Irlande qui use le premier de ce droit, avant le Canada, en 1924 : le 7 octobre, le professeur Smiddy, un Irlandais de marque, présente au Président des Etats-Unis ses lettres de créance, accordées par le Roi sur l'*advice* du Conseil Exécutif de l'Etat Libre d'Irlande. Le Rapport Balfour de 1926 prend acte de ce nouveau développement de l'égalité de statut. Selon le commentaire particulièrement qualifié de Sir Cecil Hurst : « chaque Dominion est autorisé, s'il le désire, à nommer dans toute capitale étrangère ses propres représentants diplomatiques, devant se charger de ses intérêts ainsi que des intérêts de ses citoyens dans le pays dont il s'agit ». Ce qui sauvegardera en la forme le principe de l'unité diplomatique de l'Empire, lorsque sera constitué — c'est chose faite actuellement — un véritable réseau de légations britanniques avec réciprocité, c'est le fait que les divers représentants britanniques (anglais, irlandais, canadien, sud-africain) en une même capitale seront tous également des représentants de Sa Majesté commune. Voici, à titre d'exemple documentaire, l'Ordre en Conseil canadien du 10 novembre 1926, qui donne enfin effet à l'accord de mai 1920 et qui recommande la nomination du canadien Vincent Massey à Washington :

« A la suite d'un examen approfondi par le Conseil Privé de Sa Majesté pour le Canada, et après consultation entre le Premier Ministre, le Secrétaire d'Etat aux Affaires Extérieures du Canada d'une part, et le Premier Ministre, le Secrétaire d'Etat aux Affaires Etrangères, le Secrétaire d'Etat aux Affaires des Dominions de Grande-Bretagne, d'autre part, il a été jugé désirable... que le Dominion du Canada soit représenté à Washington par un envoyé extraordinaire et ministre plénipotentiaire nommé par Sa Majesté sur la recommandation (*advice*) de ses ministres canadiens pour être chargé des affaires canadiennes, servir de moyen de communication ordinaire entre les gouvernements du Canada et des Etats-Unis, en agissant sur les instructions du Secrétaire d'Etat aux Affaires extérieures du Canada et lui rendant compte... En conséquence, la personne faisant

fonction de Premier Ministre (*acting Prime Minister*) recommande que Sa Majesté soit humblement invitée (*humbly moved*) à nommer l'Honorable Vincent Massey envoyé extraordinaire et Ministre plénipotentiaire à Washington, avec la mission spéciale de représenter aux États-Unis d'Amérique les intérêts du Dominion du Canada, et à lui délivrer les lettres de créance nécessaires... ».

Le 7 décembre 1926, le roi George V. délivre les lettres de créance à V. Massey « avec la mission spéciale de représenter aux États-Unis d'Amérique les intérêts de notre Dominion du Canada ».

5. Le mémorandum Borden laissait dans l'ombre un point dont l'importance technique n'est pas mince, à savoir l'intervention d'autorités *anglaises* dans la procédure d'*advice* à Sa Majesté. Reprenons la question de la délivrance des pleins pouvoirs par le Roi, telle qu'elle se présentait en 1919. L'expression de la volonté royale s'entoure traditionnellement de certaines formalités compliquées dont nous n'avons pas parlé tout à l'heure, nous réservant de les commenter dans le présent paragraphe : apposition du Grand Sceau du Royaume-Uni par le chancelier anglais, en vertu d'un *sign manual warrant* ou ordre signé de la main du Roi et contre-signé — conformément au principe de la responsabilité ministérielle — par le Ministre anglais des Affaires Étrangères. Il en va de même pour la ratification d'un traité : le traité est revêtu du Grand Sceau par le Chancelier anglais, en vertu d'un *sign manual warrant* avec seing royal et contre-seing ministériel : « Notre volonté et bon plaisir sont que vous fassiez apposer sans délai le Grand Sceau de notre Royaume-Uni... à un Document... contenant notre ratification ». Théoriquement le Ministre anglais des Affaires Étrangères est responsable devant le Parlement anglais de son contre-seing relatif aux pleins pouvoirs, comme de celui relatif à la ratification.

Cette procédure est respectée en 1919, lorsqu'il s'agit de signer, puis de ratifier le Traité de Versailles. Il y a bien l'Ordre en Conseil Canadien sollicitant le Roi de désigner comme plénipotentiaires deux Canadiens chargés de signer au nom du Roi pour le Canada, mais ensuite intervient, par le contreseing au *warrant* d'apposition du Grand Sceau, le Ministre anglais des Affaires Étrangères. Et, par l'apposition du Sceau, le Chancelier anglais. Il y a bien l'Ordre en Conseil canadien sollicitant le Roi de ratifier pour le Canada, mais ensuite intervient le Ministre anglais, intervient le Chancelier anglais. Ceci posé, quelle est, dans la procédure de signature et de ratification du Traité de Versailles, la valeur juridique de cette intervention d'autorités anglaises, et surtout de cet *advice* ou contreseing d'un ministre anglais ? Grave question, qui devait diviser quelque temps les commentateurs. Si, en effet, le Ministre anglais joue, en donnant cet *advice*, un rôle actif, effectif, s'il peut s'opposer par là à la délivrance des pleins pouvoirs à tel ou tel Canadien, si c'est, en un mot, son *advice* qui compte, qui l'emporte sur l'Ordre en Conseil canadien, alors la formule du mémorandum Borden devient illusoire, « l'égalité de nationalité » (*equality of nationhood*) revendiquée dans ce document n'est plus qu'un trompe-l'œil. Si, au contraire, l'*advice* du Ministre anglais n'est que de pure forme, s'il n'a que la valeur d'une survivance respectable du passé, (du temps où Londres seule pouvait agir en politique extérieure), si le Ministre anglais n'est qu'un simple agent de transmission au Roi des *advices* des divers Dominions, alors l'égalité est sauve et la doctrine Borden prend tout son sens.

A notre avis, le doute, dès 1919, n'est pas permis. L'intervention d'autorités anglaises est de pure forme dans la procédure de conclusion du Traité de Versailles, et le Ministre anglais n'a plus le droit constitutionnel [s'il garde le pouvoir légal, *legal power* ⁽²⁾] de refuser de transmettre au Roi l'*advice* d'un Dominion. C'est ce dernier *advice* qui compte, qui est substantiel, vivant. L'autre est le reflet juridique d'un passé mort ou au moins en sommeil, et qu'il est préférable (conformément au tempérament britannique) de ne pas anéantir formellement. Le Ministre anglais joue ce rôle de voie d'accès au Roi, de canal, « *channel of communications* », parce que les gouvernements des Dominions n'ont pas, en 1919, d'accès direct au Roi, parce que seul le Ministre anglais compétent jouit de cet accès direct. Mais ce ministre anglais, mais le gouvernement anglais en général ne peut plus, constitutionnellement, fermer ou restreindre cette voie d'accès unique qu'il constitue. Telle est l'interprétation qui s'impose de la procédure suivie en 1919, et que les développements ultérieurs vont éclairer mieux encore. Telle est l'ingénieuse construction juridique de Sir Robert Borden (qui ne contestait pas la nécessité d'une intervention anglaise), construction par laquelle est sauvegardée, en dépit des vieilles formes maintenues, l'égalité toute neuve des Dominions et de la métropole devant la Couronne.

Nous venons de faire allusion aux développements ultérieurs. Ils confirment de façon éclatante qu'en matière de traité, c'est l'*advice du Dominion* intéressé qui compte essentiellement, et non pas l'*advice légalement* (*legally*) requis du Ministre anglais. En mars 1924, le Premier Ministre du Canada, Mackenzie King, interpellé sur ce sujet au Parlement canadien, invoque l'autorité de Sir Cecil Hurst, conseiller juridique du *Foreign Office*, qui avait dû examiner la question à la conférence impériale de 1923. Et Mackenzie King, au chef de l'opposition demandant pourquoi l'*advice* canadien n'était pas transmis directement au Roi, répond : « Je pense que mon très honorable ami se rendra compte que tout cela est affaire de développement constitutionnel. Jusqu'à présent, toute communication est parvenue à Sa Majesté par l'intermédiaire du gouvernement anglais. Il faut bien voir aussi qu'il est évidemment désirable qu'il existe quelque agence (*agency*) ou voie centrale, par laquelle toute communication puisse passer et où elle puisse être enregistrée. Je trouve que ce serait manifestement manquer de sagesse que de laisser les différentes parties de l'Empire Britannique communiquer directement avec Sa Majesté, sans que les autres parties de l'Empire sachent que tel ou tel *advice* a été donné de cette façon ». Dans cette grande évolution constitutionnelle en cours, ajoute le Premier canadien, il importe de ne rien brusquer, mais de procéder lentement, avec beaucoup de précaution. Ainsi pensent, de toute évidence, les auteurs du Rapport Balfour, qui tranchent implicitement la question dans le texte suivant : « *il ne serait pas conforme à la pratique constitutionnelle qu'il fût donné à sa Majesté, par le gouvernement de Sa Majesté en Grande-Bretagne, sur une question quelconque relevant des affaires d'un Dominion, des avis contraires aux vues du gouvernement de ce Dominion* ». Mais le Rapport se garde soigneusement de rien indiquer expressément, de rien sug-

(2) On trouvera exposé dans notre article : « Les origines et le sens du statut de Westminster » (*Revue D. Internationale*, La Pradelle, 1936, n° 2), la portée de cette distinction fondamentale entre le *legal power* et le *constitutional right*.

gérer sur ce sujet plein d'embûches. Plein d'embûches, car on ne peut se dissimuler que le simple fait de l'intervention de Londres, si conciliable soit-elle avec l'égalité de statut, éveille de vives méfiances là où sont le plus ombrageuses les susceptibilités ; et au premier chef dans l'Etat Libre d'Irlande. Commentant le Rapport Balfour, nous écrivions ailleurs ⁽³⁾ que la procédure qui suit était concevable, pour apaiser toutes susceptibilités : « Les Cabinets des Dominions continueront à adresser au Roi leurs *advice*s... mais le Roi agira directement sur ces recommandations des Dominions, sans aucune intervention du *Foreign Office* de Londres, sans aucun *contre-seing* d'un quelconque de ses ministres en Grande-Bretagne. Cela suppose que les documents préalables à l'apposition du Grand Sceau et à la signature royale auront été dressés à Ottawa par exemple pour un traité canadien, et non pas à Londres. Cela suppose l'accès direct des ministres des Dominions au Roi et l'abrogation par conséquent d'un *legal power* de la métropole, la destruction d'une relique juridique vénérable ».

Or, voici qu'en 1928, dans une question analogue relative aux relations inter-impériales (non plus internationales), celle de la nomination des gouverneurs généraux représentant le Roi dans les Dominions, l'Etat Libre d'Irlande se met à innover curieusement. Le premier gouverneur de l'Etat Libre, un Irlandais, T. Healy, avait été nommé, selon la procédure consacrée, par le Roi après consultation du Conseil Exécutif irlandais mais sur la recommandation ou *advice* du gouvernement anglais. Pour la nomination de son successeur, James Mac Neill, candidat proposé par l'Etat Libre, les choses se passent comme suit : le Conseil Exécutif irlandais fait savoir à Sa Majesté, directement, qu'il propose J. Mac Neill, et Sa Majesté nomme directement J. Mac Neill, sans aucun *contre-seing* d'aucun ministre anglais — procédure qui déroge non seulement au droit strict, *law*, mais encore à tous les précédents constitutionnels, et qui pose de la façon la plus concrète la question cruciale de l'accès direct des ministres de l'Etat Libre ou des Dominions au Roi. Voici, mieux encore, que cette procédure troublante, irrégulière se trouve à la fois régularisée et généralisée par la Conférence Impériale de 1930. Celle-ci affirme : 1° que les parties intéressées à la nomination d'un gouverneur sont Sa Majesté le Roi et le Dominion en cause ; 2° que la pratique constitutionnelle s'applique, selon laquelle Sa Majesté agit sur l'*advice* de ministres responsables ; 3° que les ministres qui donnent cet *advice* et qui en sont responsables sont les ministres de Sa Majesté dans le Dominion intéressé ; 4° que les ministres intéressés donnent leur *advice* officiel après consultation officieuse avec Sa Majesté ; 5° que le moyen de communication (*channel*) entre Sa Majesté et le gouvernement d'un quelconque Dominion est chose concernant exclusivement Sa Majesté et ce gouvernement. Par conséquent, le Dominion qui désire éviter toute intervention du gouvernement anglais dans la procédure de nomination a toute faculté de l'éviter. D'autant que le Grand Sceau du Royaume (*of the Realm*), qui requiert intervention du chancelier anglais, a cessé d'être l'unique instrument matériel de son espèce. Actuellement, le Canada a son Grand Sceau propre, l'Etat Libre d'Irlande le sien (depuis 1931), l'Union Sud-Africaine le sien (depuis 1934). Cette possession de Grands Sceaux propres faci-

(3) Evolution de l'Empire Britannique, Editions Internationales, 1930, t. II, p. 837.

lite, pour les parties de l'Empire qui manifestent le plus de susceptibilité individualiste, l'élimination totale des autorités anglaises, tant en ce qui touche à la nomination du gouverneur qu'à celle des représentants diplomatiques distincts ou qu'à la conclusion des traités.

Nomination des représentants diplomatiques distincts : « elle est faite par le gouvernement intéressé, mais les lettres de créance sont signées par le Roi, et dans le cas de l'Etat Libre d'Irlande aucun sceau anglais n'est employé, ce qui aboutit à exclure le gouvernement anglais de toute participation à l'action officielle » (4).

Conclusion des traités : l'Etat Libre d'Irlande ayant son Grand Sceau qui reste sous la garde de son gouvernement et qui ne peut être apposé que sous l'autorité exclusive de ce gouvernement, les pleins pouvoirs délivrés par le Roi, sur l'*advice* du gouvernement irlandais, à un citoyen irlandais, sont cachetés du Grand Sceau irlandais. De même, l'instrument de ratification : « Jusqu'en 1931, un certain degré d'unité dans la forme était maintenu, parce que négociation et ratification des traités impliquaient la délivrance des pleins pouvoirs et des instruments de ratification sous le Grand Sceau du Royaume, apposé sur l'autorité de *sign manual warrants* contre-signés par le Ministre (anglais) des Affaires Etrangères. Mais en cette année 1931, l'Etat Libre obtint par communication directe avec le Roi le droit d'employer un nouveau Sceau qui est sous le contrôle exclusif de son gouvernement, ce qui aboutit à l'élimination de toute intervention anglaise, et en 1934 un arrangement analogue s'est fait pour l'Union Sud-Africaine » (5). Il est curieux d'observer que le Canada, bien que possesseur lui aussi, de son Sceau propre, a admis le maintien de l'apposition du Grand Sceau du Royaume, tant pour la nomination du gouverneur général (Lord Bessborough en 1931) que pour la conclusion des traités (documents préparés par le Foreign Office et présentés au Roi par le ministre anglais pour les Dominions). Il suffit — pour combien de temps ? — au Canada que les documents spécifient que tout se fait sur la demande, l'*advice* et sous la responsabilité du Premier canadien ou du Ministre canadien des Affaires Extérieures.

On voit comment s'est introduit, depuis peu d'années, discrètement et en quelque sorte subrepticement, un certain accès direct des ministres (ou des hauts-commissaires) des Dominions et de l'Etat Libre à Sa Majesté, en corrélation avec l'élimination des autorités anglaises même réduites au rôle d'agents de transmission. Ainsi s'effritent peu à peu les formes traditionnelles, et le Mémoire Borden développe ses conséquences logiques dans un Empire qui ne se pique pas de logique, mais de tout le contraire !

CONCLUSION

On pourrait appliquer la doctrine Borden ainsi que ses prolongements aux problèmes mal résolus de la déclaration de guerre et du droit de sécession (6). Mais le cadre de cet article en serait dépassé. Nous avons

(4) Keith, Introduction à Gerald E. H. Palmer, *Consultation and Cooperation in the British Commonwealth*, Oxford University Press, 1934, p. XL : nous avons beaucoup utilisé l'étude très complète de Palmer.

(5) Keith, *ibid.* p. XLI, et Palmer.

(6) J.-J. Chevalier, *Evolution de l'Empire britannique*, p. 984 (déclaration guerre) et 993 (droit sécession).

suffisamment justifié, croyons-nous, cette affirmation du début, à savoir que c'est l'existence de la Couronne qui a permis à l'évolution impériale de se dérouler constitutionnellement, sans heurts, sans secousses. Le Roi, constitutionnellement le Chef de l'Association libre des nations du Commonwealth, le Chef d'Etat aussi, le Pouvoir Exécutif suprême en chacune de ces nations, agit comme tel sur la recommandation (*advice*) « des différents cabinets établis dans les différentes unités constitutionnelles ». Mais peut-être est-il bon, en concluant, de nous élever au-dessus de cette description technique et d'en pénétrer le sens réel. Après le Rapport Balfour, dans des articles du *Temps* (1927), M. Jacques Bardoux, en termes non techniques, mais brillants et adéquats, posait certaines questions : « Un Roi en cinq ou six personnes, une tête pour six couronnes, six trônes pour un monarque ; quel mystère constitutionnel !... Au cas où un conflit éclaterait entre deux associés, le Roi devra-t-il prendre parti contre lui-même ? ». Le professeur Alfred Zimmern dénonce ici une simple « question de forme : le Roi peut être conseillé de six différentes façons par six différents premiers ministres » ; donc ce serait une erreur d'accorder à la Couronne trop d'importance réelle : le Roi « dans cette affaire n'est qu'une façade constitutionnelle », un *masque*, sans plus. Remontons même plus haut : dès 1921, M. Eggleston (7), étudiant « l'Unité impériale et le Traité de Paix » trouvait bien dangereuse la théorie qui faisait reposer sur le Roi une responsabilité nouvelle et qui prétendait qu'il agit désormais sur l'avis des différents cabinets de l'Empire. « Ces avis, écrivait-il, ne coïncideront pas toujours. Ils pourront être contradictoires, opposés même » : lequel le Roi choisira-t-il ? Ainsi, Eggleston ressuscite-t-il le dilemme classique, que Lord Russell opposait au mécanisme du Rapport Durham, en l'opposant au mécanisme du Mémoire Borden. Et il conclut vigoureusement que le Roi ne pourra jamais devenir un organe du système impérial : « il doit rester ce qu'il est dans la Constitution anglaise. L'idée de la responsabilité multiple est ou une tentative réactionnaire d'accroître les prérogatives de la Couronne ou bien une mystification. Si l'*advice* à la Couronne est une simple forme — quelque chose qui tend uniquement à maintenir l'apparence de ce qui a déjà disparu — alors l'Empire est déjà mort ».

Cet auteur se trompait. Cette « simple forme » a incontestablement permis, depuis 1921, d'éviter des ruptures irréparables, de construire le compromis ingénieux grâce auquel l'Empire n'est pas « mort », mais a accentué encore son évolution. Quant à l'autre terme de l'alternative : « tentative réactionnaire d'accroître les prérogatives de la Couronne », il n'est pas sans indiquer une direction où la pensée peut trouver profit à s'engager. Surtout à partir du jour où devait disparaître le monopole des ministres anglais d'accès direct au Roi. Prévoyant l'hypothèse d'une sorte de secrétariat *personnel* de Sa Majesté pour le Commonwealth, nous pouvions nous poser dès 1930 la question profonde de M. Jacques Bardoux : « restauration inattendue du pouvoir monarchique ? », nous pouvions inviter le lecteur à méditer ces réflexions du même observateur aigu des choses britanniques : « Voici que ce monarque... va être appelé à garantir par son activité, par ses paroles, par ses voyages, l'unité de l'Empire. Supposez qu'un

(7) *Quarterly Review*, avril 1921.

jour un souverain jeune, actif, circule rapidement à travers les océans, passe rapidement d'un Dominion dans l'autre, soit partout l'objet d'acclamations enthousiastes. Il sera le symbole vivant de l'unité de ce monde, qui englobe quatre cent millions d'êtres humains. Pensez-vous que ce jeune souverain acceptera de rester sur les bords de la Tamise un sous-président de République ? ». Les événements très récents, auxquels nous avons fait allusion au début de cet article, sont assez propices à rappeler cette supposition de M. Jacques Bardoux. En même temps, leur issue semble faire prévoir que, finalement, nulle « restauration inattendue du pouvoir monarchique » ne résultera du rôle si grand — tel qu'il vient d'être retracé — de la Couronne dans l'évolution de l'Empire Britannique.

SECTION IV

L'ENSEIGNEMENT DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

JESSUP, *Application de la méthode fonctionnelle en Droit International.*

APPLICATION DE LA METHODE FONCTIONNELLE AU DROIT INTERNATIONAL

Par Philip C. JESSUP

*Professeur de Droit International à la Faculté de Droit
de la Columbia-University de New-York (1)*

Traduit par Jacques LAMBERT,

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

Il n'est pas possible de définir de façon précise la méthode fonctionnelle d'étude du droit. En général, ce qu'on veut décrire par cette expression c'est une tentative pour rapprocher les règles de droit des formes de l'activité humaine, dont ces règles sont nées et qu'elles ont pour but d'ordonner. On a également défini cette méthode comme constituant une tentative « pour envisager le droit sous forme d'activités et d'effets », plutôt que sous forme de règles isolées et séparées ; cette méthode prend le droit dans ses rapports avec les réalités de tous les jours plutôt que comme « une vague omniprésence dans les cieux ».

En tant que procédé pédagogique, il y a opposition entre la méthode fonctionnelle d'exposé des documents et la méthode conceptuelle.

Le Professeur Hermann Oliphant a brièvement soulevé le problème dans une conférence qu'il fit en décembre 1927, en qualité de Président de l'Association des Ecoles de Droit Américaines. « Dans notre méthode de classification présente, a-t-il dit, les problèmes posés par la nécessité de faire respecter le droit, qui sont des problèmes de mise en œuvre du droit, sont enchevêtrés avec des problèmes qui touchent au choix de la conduite qu'on désire faire prévaloir... Des relations humaines aussi diverses que les relations politiques, les relations familiales et les relations d'affaires sont désespérément enchevêtrées et confondues dans de vastes catégories hors d'usage, telles que *property*, *trusts*, *torts* et *contracts*. Les problèmes concernant les baux (*leaseholds*) des habitations ou des chemins de fer sont rangés dans la même catégorie, ce qui fait que les différences matérielles sont obscurcies. Une promesse de mariage est rangée dans la

(1) Cette contribution est l'extrait d'une conférence faite devant la troisième *Conference of Teachers of International Law*, tenue à Washington, D. C., les 25 et 26 avril 1928.

même catégorie qu'un contrat tendant à l'achat de valeurs mobilières, et, les différences entre ces deux actes sont considérées comme d'importance secondaire.

Il n'a pas, non plus, été tenté de groupement ou de sous-groupement logique, ayant une signification pratique plus grande, dans les domaines où il n'est question que de relations politiques. Le droit constitutionnel embrasse des catégories séparées par de très grandes différences matérielles, parce que, le hasard et les besoins des gouvernements qui suivirent la révolution, amenèrent à mentionner ces diverses catégories dans un même document.

Si nous choisissons une fraction des relations familiales et la nommons relations domestiques, le sous-groupe est établi à raison de concepts non fonctionnels, tels que *contracts*, *property*, *torts*. Quand le hasard a voulu que certains problèmes touchant aux affaires se présentent comme un tout à l'étude juridique, ainsi qu'il arrive pour la vente, des questions diverses, comme la mise sur le marché, le financement et les risques, sont confondues sous des étiquettes comme « transfert de titre » ⁽²⁾.

On trouve déjà des situations analogues dans le droit international. Nous sommes habitués à une vaste rubrique du nom de « Traités ». Sous ce même titre lumineux, nous envisageons des faits aussi purement politiques que les traités d'alliance offensive, des questions touchant aussi exclusivement aux affaires que les traités de commerce, des fragments de législation internationale, comme la convention de la Haye ou la convention de l'Union Postale Universelle et des accords de procédure comme le Statut de la Cour de Justice Internationale. On voit souvent, unies sous la même rubrique, par exemple « Sujets de Droit International » et « Objets de Droit International », des questions profondément dissemblables. Sous le titre de « Juridiction », nous sommes appelés à étudier les navires en haute mer, les immunités souveraines ou diplomatiques, les juridictions extra-territoriales et l'extradition des criminels.

Je ne veux pas suggérer que de telles rubriques, avec lesquelles nous sommes tous familiers, soient dépourvues de communs dénominateurs, mais la question qui se pose est : pour l'étudiant débutant, ces rubriques présentent-elles un panorama de la vie internationale ou offrent-elles simplement quelques pièces de toile, quelques pots de peinture et quelques pinceaux ? Mais, en outre, même l'étudiant avancé est incommodé lorsqu'il tente d'apprécier les règles du droit international, si, au lieu de posséder une connaissance des besoins et des activités de la société internationale, il n'est armé que d'un paquet de règles. Quelques règles, touchant aux traités, à la souveraineté des Etats, à la procédure des réunions internationales, sont complètement insuffisantes pour permettre d'apprécier la signification politique et économique des conventions qui réglementent la navigation du Rhin et du Danube. C'est à peine si le déni de justice, plus la doctrine de Calvo, plus l'intervention, constituent même des indices, conduisant aux véritables problèmes d'expansion commerciale, de recherche des matières premières, des capitaux et des marchés.

Le cas de l'arbitrage, qui intervint entre les Etats-Unis et la Hollande

(2) *The American Law School Review*, vol. 6, p. 227 (Mars 1928).

pour décider de la propriété des îles Palmas, constitue un exemple frappant de la nécessité matérielle d'intégrer les règles de droit dans la documentation historique et géographique. Dans sa décision, l'arbitre parle du droit « intertemporel », c'est-à-dire des différents états du droit dans des périodes historiques successives, en matière de découverte. Des revendications territoriales, qui sont nées au xvi^e siècle, ne peuvent être examinées sans tenir compte de l'histoire de cette période.

Dans le même ordre d'idée, on peut attirer l'attention sur l'impossibilité de comprendre la « Règle de la Guerre de 1756 », ainsi que d'autres questions touchant aux droits du commerce neutre, sans étudier les systèmes coloniaux primitifs à base de monopole. Je me souviens qu'à cet égard le Professeur John Bassett Moore recommandait une lecture attentive de « La Richesse des Nations » d'Adam Smith.

La méthode fonctionnelle se charge de la coordination des documents juridiques et non juridiques. En matière de droit privé, les questions qu'on étudie ordinairement sous la rubrique lettre de change et billet à ordre (*negotiable instrument*) supposent nécessairement la connaissance des méthodes bancaires et d'autres méthodes financières.

Dans le domaine du droit international, l'étude de la naturalisation, de l'expatriation et de l'immigration exige un certain degré de connaissance de documents politiques, sociaux et ethniques, qui comprennent les conditions de travail, le taux de la natalité et la nature industrielle ou agricole de la civilisation.

On trouvera un exemple frappant dans l'étude du cas « *Belligérants contre Neutres* », au cours de la guerre 1914-1918. Sous la vieille étiquette de « blocus », le gouvernement britannique s'est livré, non seulement aux activités navales qu'on décrivait ordinairement sous ce nom, mais aussi à des pratiques d'ordre purement économique et financier, telles que l'emploi de listes noires, les embargos, les accords de rationnement, etc... Les juges d'un tribunal des prises doivent non seulement être versés dans les règles du droit international, mais encore dans les pratiques et les usages des affrêteurs, des banquiers et des armateurs.

La méthode fonctionnelle est loin d'être nouvelle. Les professeurs de droit privé parlent, depuis bien des années, des relations entre les règles juridiques et les conditions du travail, la pratique des affaires et les méthodes de gouvernement.

Dans le droit international, nous n'avons pas non plus négligé au moins le côté politique. C'est ainsi que nous avons étudié la reconnaissance, la liberté des mers et diverses questions de procédure par rapport à la politique et à l'histoire nationale. Le côté économique n'a pas été négligé dans les études sur les droits des étrangers, sur l'intervention, etc... La nouveauté de la méthode consiste plutôt dans l'importance qui est donnée à la méthode fonctionnelle que dans une transformation de fond. Nous ne faisons qu'incidemment, sinon accidentellement, emploi de documents non juridiques. La méthode avait manqué d'organisation et de mise au point. L'idée est vénérable, l'application en est neuve.

Il se peut que la méthode fonctionnelle rencontre en matière de droit international des obstacles plus grands que ceux auxquels elle se heurte en droit privé. En face d'un monde laïque, cynique et moqueur, le juriste de droit international a été porté à insister sur le fait qu'il existe des

règles de droit international et qu'elles sont observées. Lorsqu'il a réussi à démontrer que la société internationale n'est pas dépourvue de lois et que le fait que le droit soit violé ne l'empêche pas d'exister, l'internationaliste peut être enclin à se reposer sur ses lauriers.

L'analyse des règles par rapport à l'arrière-plan de la société internationale sous tous ses aspects peut sembler une tâche dont les proportions sont déconcertantes. La difficulté matérielle d'assimiler une documentation qui provient du droit, de la science politique, de l'histoire, de l'économie politique, de la sociologie et des autres branches de la science peut bien attérer les plus industrieux et les plus zélés. Mais nous pouvons bien songer à la méthode fonctionnelle sans prétendre à la perfection. Je suis loin de prétendre suggérer un reclassement de notre droit international d'après un type défini de catégories fonctionnelles. Je voudrais simplement émettre la suggestion que les professeurs de droit international peuvent difficilement se permettre de mépriser les possibilités offertes par cette méthode qui, certains en sont convaincus, est d'une valeur éprouvée dans l'enseignement du droit privé.

Le problème est double : intellectuel et pédagogique. Intellectuel parce que tout d'abord il exige l'adoption d'une attitude d'esprit. Pédagogique, parce que cette attitude de l'esprit doit demeurer relativement futile jusqu'à ce que les instruments d'enseignement soient habilement façonnés.

A la base de notre pensée, dans le droit international, nous avons conservé l'idée d'entités appelées Etats. Nous avons envisagé ces Etats comme une série de pyramides séparées, n'ayant chacune de contacts que par le sommet, c'est-à-dire uniquement par les gouvernements. Je n'accepte pas la théorie suivant laquelle le droit international, aujourd'hui, conférerait des droits et imposerait des devoirs directs aux individus : le droit international est toujours un droit de nations. Mais il est nécessaire de concevoir que nos pyramides étatiques se sont trouvées rapprochées de telle façon que, maintenant, il existe des contacts, non seulement à la pointe, mais sur toute la longueur et sur la largeur de chaque face. S'il en est ainsi, la vieille pensée conceptuelle, reposant sur la souveraineté absolue, pourra être amenée à s'effacer devant quelque transformation des idées en conformité aux fonctions à remplir.

CHAPITRE II

LE DROIT INTERNATIONAL ADMINISTRATIF

DE HOSTIE, *L'Organisation des communications et du transit de la Société des Nations et le Droit Comparé.*

(Cette contribution publiée ci-dessous dans la Quatrième Partie, Titre II, Chapitre IV, Section IV, § 130).

STARKE, *La contribution apportée au droit international par les conventions relatives aux drogues nuisibles.*

(Cette contribution publiée ci-dessous dans la Quatrième Partie, Titre II, Chapitre IV, Section I, § 126).

HOENIGER, *A propos de douze volumes de Recueil International de Jurisprudence du Travail.*

(Cette contribution publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre VII, Chapitre I^{er}, § 166).

★ ★

AUGE-LARIBE, *L'Institut International d'Agriculture.*

OSTERTAG, *Les Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Industrielle, Littéraire et Artistique.*

MEYER, *L'Union Internationale des Télécommunications.*

OFFICE CENTRAL DES TRANSPORTS INTERNATIONAUX PAR CHEMINS DE FER.

(Ces contributions publiées dans le Tome I^{er}, Deuxième Partie, Titre IV, Chapitre I^{er}, §§ 50 à 53).

CHAPITRE III

LA THEORIE DES CONFLITS DE LOIS OU " DROIT INTERNATIONAL PRIVE "

FALCONBRIDGE, *Contrat et transfert de propriété dans les conflits des lois.*

AKERBERG, *La loi du Cabinet Hitler sur le mariage et le Droit International Privé.*

(Cette dernière contribution publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre III (relatif au Droit Nationalsocialiste), § 157).

Le DROIT INTERNATIONAL DU TRAVAIL est étudié dans l'article de M. HOENIGER, A PROPOS DE DOUZE VOLUMES DE RECUEIL INTERNATIONAL DE JURISPRUDENCE DU TRAVAIL, publié au Tome III, Cinquième Partie, Titre VII, Chapitre I^{er}, § 166.

★★

Sur les DIFFICULTÉS ET MOYENS DE CONNAITRE LE DROIT ÉTRANGER, on trouvera des renseignements dans les contributions de MM. WINFIELD, LA CONSTATATION DU DROIT ÉTRANGER, publiée dans le Tome I, Deuxième Partie, Titre I^{er}, § 42, et L. DOR, DES PROBLÈMES QUE POSENT LA CRÉATION ET L'ORGANISATION D'UNE REVUE DE DROIT COMPARÉ, publiée dans le Tome I, Deuxième Partie, Titre III, Chapitre I^{er}, § 45.

★★

Nous rappelons que les RAPPORTS DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ET DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC sont évoqués dans l'article de M. MORELLET, L'INTERPÉNÉTRATION DU DROIT PUBLIC ET DU DROIT PRIVÉ, reproduit dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre II, Chapitre V, § 144.

CONTRAT ET TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ DANS LE CONFLIT DE LOIS

Par JOHN D. FALCONBRIDGE K. C.

Doyen de l'Ecole de Droit d'Osgoode Hall, Toronto, Canada

Traduit par Philippe ROUILLEAULT

Avocat à la Cour d'Appel de Lyon

I. — INTRODUCTION

Parmi les nombreux aspects de l'œuvre de droit comparé de mon savant et vénéré ami, le Professeur Edouard Lambert, il n'en a point été peut-être de plus remarquables que la série d'études profondes sur le droit commercial et industriel dont il a pris l'initiative et la direction. C'est pourquoi il convient que, dans ce *Recueil Lambert*, j'apporte comme mon modeste tribut une étude sur les conflits de lois relatifs au droit commercial.

Dans la province de Québec (autrefois appelée Bas-Canada), il existe un Code Civil du Bas-Canada qui contient certains articles relatifs au conflit des Lois et dont voici la version française.

ARTICLE 6. — Les lois du Bas-Canada régissent les biens immeubles qui y sont situés.

Les biens meubles sont régis par la loi du domicile du propriétaire. C'est cependant la loi du Bas-Canada qu'on leur applique dans les cas où il s'agit de la distinction et de la nature des biens, des privilèges et des droits de gage, des contestations sur la possession, de la juridiction des tribunaux, de la procédure, des voies d'exécution et de saisie, de ce qui intéresse l'ordre public et les droits du souverain, ainsi que dans tous les autres cas spécialement prévus par ce Code.

Les lois du Bas-Canada relatives aux personnes sont applicables à tous ceux qui s'y trouvent, même à ceux qui n'y sont pas domiciliés, sauf, quant à ces derniers, l'exception mentionnée à la fin du présent article.

L'habitant du Bas-Canada, tant qu'il y conserve son domicile, est régi, même lorsqu'il est absent, par les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes ; mais elles ne s'appliquent pas à celui qui n'y est pas domicilié, lequel y reste soumis à la loi de son pays, quant à son état et à sa capacité.

ARTICLE 7. — Les actes faits ou passés hors du Canada sont valables, si on y a suivi les formalités requises par les lois du lieu où ils sont faits ou passés.

ARTICLE 8. — Les actes s'interprètent ou s'apprécient suivant la loi du lieu où ils sont passés, à moins qu'il n'y ait quelque loi à ce contraire, que les parties ne s'en soient expliquées autrement, ou que, de la nature de l'acte, ou des autres circonstances, il n'apparaisse que l'intention a été de s'en rapporter à la loi d'un autre lieu, auxquels cas il est donné effet à cette loi, ou à cette intention exprimée ou présumée.

Le droit privé de la province de Québec est basé, pour la plus grande part, sur la loi française et a été incorporé dans le Code Civil du Bas-Canada qui a été promulgué en 1866, complété par les volumes annuels de lois (*statutes*) édictées par la province depuis cette date. C'est pourquoi le droit privé de Québec diffère d'une manière fondamentale du droit privé des huit autres provinces, qui est basé sur le « *common law* » anglais, et il arrive que certaines des différences entre le droit français et le droit anglais au sujet des ventes de marchandises donnent lieu à d'intéressants problèmes de conflits de lois. Les articles cités ci-dessus montrent aussi que Québec a son système propre de droit international privé qui diffère en certains points du système anglais qui prévaut dans les autres provinces ⁽¹⁾.

Les termes de l'article 6 sont obscurs à certains égards, mais l'article 8 établit assez clairement que la loi propre du contrat est la loi que les parties ont eu en vue (lors de sa conclusion). Cette façon d'indiquer la règle relative à la loi applicable au contrat se rencontre aussi fréquemment dans les jugements anglais et elle est approuvée par Dicey. D'autre part, Westlake ⁽²⁾ déclare que, quand il s'agit de la légalité ou de la validité intrinsèque d'un contrat, si l'élément intentionnel fait défaut ou si une intention fictive a été substituée à l'intention réelle, on peut sans doute dire, sans crainte de se tromper, que la loi par laquelle sont déterminés la validité intrinsèque et les effets d'un contrat devra être choisie en Angleterre, sur des considérations tirées du fond du droit, la préférence étant donnée au pays avec lequel la transaction est le plus en rapport. J'ai indiqué que mon sentiment propre s'accordait avec celui de Westlake dans mon livre *Banking and Bills of Exchange* ⁽³⁾ et dans mon article *Contract and conveyance in the Conflict of Laws* ⁽⁴⁾ article dans lequel j'ai étudié une grande variété de situations où se présente le contraste entre les droits ou obligations personnelles (*jus ad rem*) et les droits réels (*jus in re*).

Aux Etats-Unis d'Amérique, des vues variées au sujet de la loi applicable à un contrat se sont fait jour dans le passé, mais dans l'avenir se précisera probablement la tendance vers l'adoption de la vue exposée dans le *Restatement* du droit des conflits de lois de l'*American Law Institute*, à savoir que, non seulement la validité quant à la forme, mais aussi la validité intrinsèque d'un contrat doit être gouvernée par la loi du lieu de sa conclusion.

Le principal objet de la présente étude est de discuter les problèmes qui s'élèvent au sujet des frontières entre le contrat et le transfert de

(1) Voir Joanson, *Conflict of laws with special reference to the laws of the Province of Québec*, Montréal, volume 1, 1933, volume 2, 1934, et volume 3, 1937.

(2) *Private International Law*, § 212.

(3) 5^e édition, 1935. Canada Law Book Co., Toronto, 900.

(4) (1933). 81 *University of Pennsylvania Law Review* 661 et (1934) 2 *Dominion Law Reports* 1.

propriété dans les cas où la loi applicable à un contrat relatif à un bien meuble (chatte) est ou peut être différente de la loi gouvernant la propriété de ce meuble. La discussion peut être limitée aux meubles corporels (marchandises ou chattels personnels) en laissant de côté les navires et les marchandises en transit qui sont, les uns et les autres, gouvernés par des règles spéciales.

II. — LE TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ D'UN MEUBLE (CHATTE)

En accord avec l'opinion généralement adoptée dans les autres systèmes de conflits de lois, il apparaît comme la règle générale bien établie dans le droit anglo-américain que le transfert de la propriété des meubles corporels ou de tous autres droits réels moins étendus sur eux, ou, d'une façon plus généralisée, la création, le démembrement ou l'extinction de la propriété sur les meubles corporels sont gouvernés par la *lex rei sitae*. Cette règle s'applique nécessairement à toutes les exigences essentielles de la *lex rei sitae* quant aux formalités du transfert, aussi bien qu'aux conditions essentielles de validité de ce transfert.

En France, la règle est claire ⁽⁵⁾; de même en Allemagne où Wächter et Savigny ont exercé une influence dominante en faveur de la reconnaissance de la *lex rei sitae* contre la *lex domicilii* ⁽⁶⁾.

Le cas de l'Italie est spécialement intéressant, parce que la *lex rei sitae* y est appliquée à toutes les questions de droit de propriété sur les meubles, malgré l'ambiguïté du texte de loi relatif à cette matière ⁽⁷⁾.

A Québec, l'article 6 de Code Civil du Bas-Canada prévoit, sous la réserve de certaines exceptions, que « la propriété des meubles est gouvernée par la loi du domicile du propriétaire », et il est impossible de dire d'une manière certaine dans quelle mesure cela empêchera les tribunaux de l'Etat de Québec de suivre la jurisprudence moderne française en faveur de l'application de la *lex situs*. Il a été jugé que le titre d'acquisition d'un cheval volé, mais acheté ensuite sur un marché public en Irlande, doit être reconnu en Ecosse, malgré le fait que le droit écossais ne considère pas qu'une telle vente d'un cheval volé en Ecosse puisse conférer un titre valable de propriété; mais le *vitium reale*, qui est indélébile selon la loi écossaise, se trouve purgé par la vente en Irlande ⁽⁸⁾.

Aussi, n'y a-t-il aucune raison de douter qu'un titre de propriété, valablement acquis par un achat sur un marché public d'Angleterre ou d'Irlande, doit être reconnu dans l'Ontario, malgré le fait que le *Sale of Goods Act* de l'Ontario prévoit que « la loi relative aux marchés publics ⁽⁹⁾ ne s'appliquera à aucune vente de marchandises qui a lieu dans l'Ontario ».

En Angleterre, la règle est nettement établie depuis 1860. En 1858

(5) Niboyet, *Manuel de droit international privé*, Paris, 1928, § 506, p. 633.

(6) Lewald, dans *Répertoire de droit international*, tome 7, Paris, 1930, p. 367.

(7) Udina, dans *Répertoire de droit international*, tome 6, Paris, 1930, pp. 508-509.

(8) *Todd v. Armour* (1882), 9 Court of Session Cases, 4^e série, (Rettie) 901.

(9) [Section 22 du *Sale of Goods Act* anglais de 1893, voir Falconbridge, *Handbook of the law of Sale of Goods*, chapitre IV.]

a été publiée la première édition du *Private International Law* de Westlake dont le Chapitre VIII sur les meubles contenait un exposé pour les lecteurs anglais de la théorie de Savigny et de Foelix et de la thèse propre de Westlake en faveur de l'application de la *lex situs* aux meubles plutôt que de la *lex domicilii* du propriétaire. La même année (1858), la Cour de l'Echiquier se prononçait dans le cas *Cammell v. Sewell* et son jugement était confirmé en 1860 par la Cour de la *Chambre de l'Echiquier* ⁽¹⁰⁾. Il s'agissait dans l'espèce de la vente d'une certaine quantité de bois de charpente formant la cargaison d'un navire qui avait fait naufrage sur la côte norvégienne. La vente du bois en Norvège par le capitaine du navire fut considérée comme valable en Angleterre, parce que la loi norvégienne la considérait elle-même comme valable. Le jugement dans la Cour de l'Echiquier fut basé sur le fait que la vente en Norvège avait été reconnue valable par le jugement d'une cour norvégienne ; mais au cours de la discussion, le Chef Baron de la Cour de l'Echiquier Pollock se plaça simplement sur le terrain de la vente validée par la *lex rei sitae* et par là même valable ailleurs et la Cour de l'Exchequer Chamber adopta le dictum de Pollock comme fondement de décision. Le livre de Westlake fut cité comme argument dans la Chambre de l'Echiquier et on peut penser que Westlake exerça une grande influence en faveur de la *lex situs* contre la *lex domicilii*, mais le texte (report) du cas *Cammell v. Sewell* ne nous fournit aucune preuve précise à cet égard. Quoi que le différend se fut élevé entre les consignataires britanniques et l'acheteur norvégien, le bois avait été expédié en Russie sur un bateau immatriculé en Prusse et, comme le signala le Juge Chef Cockburn, il était de toute évidence que la vente aurait été reconnue valable par le droit russe ou par le droit prussien. Aux Etats-Unis aussi, il semble établi que la règle moderne est que la loi gouvernant la création et le transfert de droits sur les meubles corporels est la *lex rei sitae*, malgré l'adoption occasionnelle d'une vue plus ancienne, approuvée par Story, d'après laquelle la loi applicable serait la *lex domicilii* du propriétaire. Le *Restatement* du droit des conflits de loi opéré par l'*American Law Institute* prévoit en termes clairs que la capacité de faire valablement un transfert d'un meuble (chattel), les formalités (extrinsèques) nécessaires à la validité d'un transfert d'un meuble, la validité au fond d'un transfert d'un meuble, et la nature des droits (*interests*) créés par un transfert de meuble sont tous déterminés par la loi de l'Etat où le meuble est situé au temps du transfert (conveyance).

III. — CHANGEMENT DE SITUATION SANS CONSENTEMENT DU PROPRIÉTAIRE

La règle générale de transfert qu'on vient d'indiquer implique comme conséquence ordinaire que le titre à propriété, ou droit réel sur un meuble, acquis conformément à la loi de l'état X où ce meuble est situé, doit être reconnu en Y, à moins que cela ne heurte une règle d'ordre public de Y, mais que le titre ainsi acquis peut être surpassé par un titre valablement acquis sous la loi de Y, après le transport du meuble en Y.

(10) 5 Hurlston and Norman. 728.

Quoi qu'il soit établi qu'en règle générale la *lex situs* du meuble gouverne tout ce qui se rapporte au transfert de la propriété du meuble et de tous les droits réels qui peuvent être établis sur lui, des questions embarrassantes s'élèvent quant aux exceptions possibles à la règle générale et en particulier celle de savoir s'il ne doit point être admis de modification à cette règle au cas où un bien meuble est transporté d'un pays dans un autre sans le consentement exprès ou tacite du propriétaire.

Beale ⁽¹¹⁾ cite le cas de *Edgerly v. Bush* ⁽¹²⁾ à l'appui de sa proposition que, si A est propriétaire selon la loi de l'état X d'un bien meuble qui y est situé et si ce meuble vient à être transporté dans l'état Y sans la connaissance ou le consentement du propriétaire, ce propriétaire n'est pas désinvesti de son titre par une transaction subséquente conforme à la loi Y. Dans le cas cité, le plaignant, un créancier hypothécaire (*mortgagée*) avait un titre valable d'après la loi de l'état de New-York sur un certain nombre de chevaux. Les chevaux furent alors emmenés par le débiteur hypothécaire (*mortgagor*) dans la province de Québec sans le consentement du plaignant et en violation du contrat passé entre les parties. Ils furent plus tard vendus à Québec « par un marchand se livrant régulièrement au commerce des chevaux » à un acheteur de bonne foi et n'ayant pas connaissance de la situation et, postérieurement, ils furent revendus au défendeur. Dans une action intentée à New-York pour détournement (*conversion*), il fut déclaré que, si la loi de Québec était la loi régissant le contrat, le défendeur posséderait un bon titre d'acquisition, mais qu'il ne pouvait être donné dans l'Etat de New-York effet à la loi de Québec pour désinvestir d'un titre légalement acquis et tenu pour valable selon la loi de cet état dans un cas où les biens meubles avaient été transportés à Québec sans le consentement et contre la volonté du propriétaire. « Nous doutons, a dit la Cour, qu'il ait jamais été jugé qu'un tel titre ait été supprimé par le transfert subreptice de la chose dans un autre état ». Il semble probable que la Cour de New-York s'est trompée dans son interprétation de la loi de Québec. Nous examinerons d'ailleurs plus tard dans cette étude la loi de Québec relative à la vente d'une chose par une personne qui n'en est pas le propriétaire.

C'est d'ailleurs une toute autre question de savoir s'il est socialement désirable que la *lex rei sitae*, qui gouverne le transfert de propriété des biens meubles, soit modifiée dans le cas où un bien meuble, qui a été déplacé d'un pays dans un autre sans le consentement du propriétaire, a été objet de transactions dans ce dernier pays.

La question peut être regardée comme une question ancienne dans la littérature des conflits de lois et sur laquelle les différents systèmes de droits locaux ont adopté des vues différentes, notamment quant à la ligne de démarcation à établir entre la protection de l'intérêt du propriétaire dépossédé et la protection de l'acheteur innocent qui a acquis du possesseur. La modification proposée à la règle de conflit de lois applicable aux actes de transfert paraît désirable par rapport à la politique du « *common law* » anglais au regard des transactions locales n'impliquant aucun élément étranger. On peut dire que cette modification est en accord

(11) *Conflict of Laws*, (1935), 294-296.

(12) 81 N. Y. 199.

avec la politique traditionnelle du « *common law* » de protéger le propriétaire plutôt que l'acheteur innocent, par opposition avec la politique du « droit civil » de protéger l'acquéreur plutôt que le propriétaire. Il faut remarquer, cependant, que la législation anglaise moderne a eu une tendance prononcée à étendre les cas où la protection est accordée à l'acquéreur innocent aux dépens du propriétaire ⁽¹³⁾. Dans les Etats-Unis et au Canada, le but principal de la législation sur le gage (mortgage) mobilier et la vente conditionnelle a été de donner à l'acquéreur de bonne foi une plus large mesure de protection que le *common law* ne lui en accordait. Dans quelques-uns des cas, auxquels il n'a pas encore été apporté de remède par la législation, où le titre du propriétaire est encore plus protégé par le *common law* que celui de l'acquéreur, il est difficile d'en donner une justification de principe, au point de vue des principes, en présence de leur contraste avec d'autres cas où l'acquisition est plus protégée que le titre de propriété ⁽¹⁴⁾.

Si la question ne semble pas avoir été spécialement discutée dans les cas judiciaires anglais et canadiens, il semble qu'il y a été considéré comme admis que la validité d'un transfert en vertu de la *lex rei sitae* n'est pas affectée par le fait que le meuble a été transporté à l'endroit du transfert sans le consentement du propriétaire. Le cas *guide* (leading) de *Cammell v. Sewell*, déjà cité, n'est peut-être pas concluant sur ce point, parce que, dans l'espèce, le capitaine, quoi qu'il ne fut évidemment pas autorisé à faire faire naufrage à son bateau dans les eaux territoriales norvégiennes et à vendre la cargaison dans ce pays, avait certainement pouvoir pour transporter le navire et la cargaison du port d'embarquement en Russie au port de destination en Angleterre, et la possibilité que le navire puisse faire naufrage dans les eaux norvégiennes et que la cargaison puisse, en conséquence, être débarquée en Norvège et y être vendue, conformément à la loi norvégienne, pouvait être considérée comme un des risques que les propriétaires doivent supporter. Cependant, quoi qu'il en soit, le juge Crompton, en énonçant le jugement de la majorité de la Cour de l'Exchequer Chamber a dit : « Nous ne pensons pas qu'on puisse trouver un motif de distinction dans le fait que c'est par suite d'un naufrage, et non parce qu'elles étaient destinées à être envoyées dans ce pays, que les marchandises ont été vendues en Norvège. Nous ne pensons pas que des marchandises qui seraient amenées ici (en Angleterre) par un naufrage échapperaient de ce chef à nos lois quant au marché public et au droit d'épave (distress) du seigneur terrien, parce que les propriétaires n'avaient pas prévu qu'elles viendraient en Angleterre ».

Nous trouvons, dans l'affaire anglaise *Embiricos v. Anglo-Austrian Bank* ⁽¹⁵⁾ le cas extrême d'un chèque tiré par une banque roumaine en Roumanie sur une banque anglaise, volé en Roumanie, puis apporté en Autriche par le voleur, et là payé par une banque de bonne foi et sans

(13) Voir notamment les *Factors Acts* (lois sur les commissionnaires) de 1823, 1825, 1842, 1877 et 1889 et le *Sale of Goods Act*, (loi sur les ventes de meubles) anglais de 1893, section 25. Le *Factors Act* de 1889 et le *Sale of Goods Act* ont été adoptés dans toutes les provinces du Canada, sauf Québec.

(14) Voir Franklin, *Security of Acquisition and of Transaction : la Possession vaut titre and Bona fide Purchase* (1932) 6 *Tulane Law Review*, 589.

(15) (1905). 1. *King's Bench* 677.

que l'on ait pu constater de sa part un grave manque de vigilance, où il a été admis que la banque payante avait acquis en vertu de la loi autrichienne un bon titre de propriété.

Il fut décidé par la Cour d'Appel anglaise que le titre ainsi acquis avait droit à être reconnu en Angleterre. En d'autres termes, la Cour admit que la règle que la validité du transfert de propriété d'un meuble est régie par la *lex rei sitae*, s'appliquait aussi au transfert d'un chèque, et on ne fit aucune difficulté du chef que le chèque avait été transporté à l'endroit du transfert sans le consentement de son propriétaire.

La jurisprudence de l'Ontario fournit aussi un précédent intéressant, celui de *McKenna v. Prieur and Hope* ⁽¹⁶⁾ : Une automobile avait été volée dans l'état de Rhode Island et, après de multiples aventures dont nous n'avons pas le récit, avait fait l'objet d'un contrat de vente dans la province de Québec et, par la suite, été livrée à l'acheteur dans la province d'Ontario où il l'avait revendue. La Cour de l'Ontario discuta les effets produits par la transaction (contrat de vente) de Québec et, quoiqu'il fut admis que, d'après la loi de l'état de Rhode Island aussi bien que la loi de l'Ontario, un voleur ne peut donner à son acheteur un bon titre de propriété, on ne suggéra aucunement que la loi de Rhode Island ou celle de l'Ontario puisse être applicable s'il apparaissait que l'acheteur de Québec possédait un bon titre de propriété selon la loi de Québec.

Il semble qu'en France, la *lex situs* soit appliquée pour déterminer la propriété des meubles effectivement situés en France, sans qu'on tienne compte des raisons pour lesquelles ils y sont situés, alors même que ce serait le résultat de la force majeure ou qu'ils y auraient été introduits sans le consentement du propriétaire ou autrement ⁽¹⁷⁾.

IV. — CAS OU LA LEX REI SITAE EST DIFFÉRENTE DE LA LOI QUI RÉGIT LE CONTRAT

En bref, le problème qui va être discuté maintenant est le suivant : Qu'arrive-t-il si la transaction contient des éléments contractuels et des éléments de transfert, et si la loi compétente pour le contrat est la loi d'un pays et la loi gouvernant le transfert de propriété du bien meuble (la *lex rei sitae*) est celle d'un autre pays ? La solution du problème sommairement parlant, semble être que l'effet contractuel de la transaction est gouverné par la loi applicable au contrat et la transmission de propriété par la *lex rei sitae*, et qu'en cas de conflit entre elles, la première loi doit céder le pas à la seconde, ou, en d'autres termes que les droits et les engagements contractuels des parties, tels qu'ils sont régis par la loi applicable au contrat, ne peuvent être mis à exécution forcée que dans la mesure où ils sont conciliables avec la reconnaissance des droits de propriété existant en fait ou créés sous l'empire de la *lex rei sitae*.

D'après le *Restatement* des conflits de loi de l'*American Law Institute*, si le contrat est fait dans un pays et concerne un meuble situé dans

(16) (1924). 56 Ontario Law Reports 389; (1925) 2. D. L. R. 460.

(17) Niboyet. *Manuel de droit international privé* (1928) § 509.

un autre pays, la loi propre du contrat est nécessairement différente de la loi gouvernant la propriété du meuble.

De même, sous la loi anglaise, si un bien meuble est situé dans un pays et le contrat y relatif est passé dans un autre pays, il peut arriver (cela dépend d'autres circonstances) que la loi applicable au contrat soit différente de la *lex situs*. D'autre part, sous la loi anglaise, mais non sous la règle du *Restatement*, même si la situation du bien meuble et le lieu de passation du contrat sont les mêmes, il peut bien arriver que la loi propre du contrat soit différente de la *lex rei sitae*. Et ce qui peut arriver sous la loi anglaise peut aussi bien arriver sous la loi de l'un quelconque des Etats de l'Union Américaine, s'il n'a pas donné force législative à la règle du *Restatement*.

Si, par exemple, un bien meuble est situé dans certain pays et qu'une offre y relative soit acceptée dans un autre pays, la *lex rei sitae* et la loi propre au contrat seront nécessairement différentes sous la règle du *Restatement* et peut-être différentes sous la règle du droit anglais. De plus, si le *situs* (du meuble) et le lieu de formation du contrat sont dans le même pays, mais que la délivrance et le paiement soient à faire dans un autre pays, la loi du premier de ces pays gouvernera, sous la règle du *Restatement* à la fois la propriété et le contrat, tandis que sous la loi anglaise, il est probable que la loi propre au contrat sera considérée comme étant différente de la *lex situs*.

V. — TRANSACTION PASSÉE DANS UN PAYS ET DONT LES EFFETS ONT A ÊTRE APPRÉCIÉS DANS UN AUTRE

Revenant à la constatation générale, faite précédemment, que la loi gouvernant le transfert de propriété (la *lex rei sitae*) doit prévaloir sur la propre loi du contrat, si elles entrent en conflit, nous pouvons essayer de classer les situations dans lesquelles le conflit peut s'élever. 1° Nous pouvons d'abord supposer qu'un marché a eu lieu en X entre A propriétaire d'un bien meuble qui se trouve situé dans cet état, et B, en écartant pour l'instant toute question relative à une transaction subséquente entre B et une troisième personne, C. Si, par la *Lex rei sitae*, l'effet de la transaction entre A et B est tel que la propriété du bien meuble passe entièrement à B.; alors B. a un bon titre de propriété qui sera reconnu partout, sans considération de l'effet de la transaction d'après la loi propre au contrat. 2° Si, par la *lex rei sitae*, la propriété ne passe à B. qu'avec quelques modifications ou sous réserve de quelque droit réel (property right) au profit de A., alors encore il semble que, quels que soient les droits de propriété que A. et B. peuvent respectivement détenir ou acquérir, ces droits de propriété doivent être reconnus partout, sans que l'on ait égard à l'effet de la transaction par rapport à la loi propre du contrat, même si, par l'effet de cette loi, il était transmis à B. un titre absolu ou bien, si, inversement, il ne lui était transmis aucun titre. 3° Enfin, si, par l'effet de la *lex rei sitae*, la transaction est considérée comme purement contractuelle, ne transférant de droit de propriété d'aucune sorte à B., il semble qu'il doit être donné effet à la négation du titre de B. par la *lex situs*, sans égard à l'effet de la transaction d'après la loi propre du

contrat, même si, par cette loi, B. était autorisé à avoir soit un titre lui donnant une propriété limitée, soit un titre absolu. Dans quelques-uns de ces cas, cependant, on doit donner effet à la loi propre au contrat dans la mesure où c'est conciliable avec la reconnaissance du titre de A. ou B., comme c'est le cas quand ce titre existe ou est créé sous la *lex situs* ; quoi qu'il puisse être concédé que la distinction entre l'effet par rapport à la propriété et l'effet contractuel de la transaction entre A. et B. ne prend habituellement d'importance qu'à raison de quelque autre transaction entre A. et B. ou, suivant les cas, avec une troisième partie qui déclare avoir ainsi acquis ou conservé le titre. D'ailleurs, les décisions reproduites dans les recueils d'arrêts (*reports*) ne font acception, en général que de l'aspect propriété, — s'il y en a un —, soit parce qu'il arrive que l'aspect contractuel n'offre pas de difficultés, soit parce que — comme il arrive si souvent quand deux parties innocentes se disputent la propriété d'une même chose —, la partie intermédiaire qui a passé les conventions avec les deux autres est financièrement insolvable, si bien que les droits contractuels que peuvent avoir l'une et l'autre partie contre elle, sont absolument sans valeur.

Il peut y avoir de multiples sortes de raisons expliquant que, en vertu d'un contrat de vente ou d'une transaction quelconque passée entre A. et B., aucun titre ne puisse passer à B. Si la *lex rei sitae* est la loi anglaise ou une loi basée sur la loi anglaise, la raison pour laquelle aucun titre ne sera transmis à B. par un contrat de vente, peut être que l'objet du contrat n'existe pas (par exemple un meuble à fabriquer par A. pour B., biens futurs) ou que cet objet n'est pas spécifié (contrat de vente sur description, choses envisagées *in genere*) ou que l'objet de la vente n'est pas encore possédé par A. (c'est le cas de marchandises futures, marchandises que A. aura à se procurer ou simplement cas où A. cherche à vendre des marchandises qu'il n'a pas). La raison pour laquelle aucun titre ne passe à B. peut aussi être que, bien que l'objet de la vente soit individuellement déterminé et possédé par A. — conditions indispensables au passage du titre de propriété à B. — le contrat par sa nature n'est pas encore arrivé à perfection (vente conditionnelle ou autre contrat en vue de la vente, *contract to sell*), et n'est pas une vente actuelle. Si la *lex situs* n'est pas le droit anglais ou un droit basé sur le droit anglais, il peut y avoir encore d'autres raisons diverses pour que le titre de propriété ne soit point transféré (par exemple il n'y a pas eu de remise de la possession, et dès lors la transaction n'opère que comme contrat, et non comme acte de transfert de propriété). Nous n'avons pas d'ailleurs à nous occuper de ces raisons, nous devons seulement accepter tout ce que nous dit la *lex situs* quant à l'effet de la transaction au point de vue de la propriété. Inversement, la transaction entre A. et B. peut être un contrat de vente par lequel, selon la loi de X où le bien meuble est situé, la propriété passe immédiatement à B. sans acte de transfert formel et sans délivrance de possession, ou bien ce peut être une transaction par l'effet de laquelle A., conservant la possession du bien meuble, ne transfère sur lui d'après la loi de X qu'une propriété de nature spéciale ou une propriété limitée, par exemple à titre de sûreté réelle ou par quelque autre objet spécial.

VI. — EFFET D'UNE TRANSACTION SUBSÉQUENTE
DANS LE LIEU DE LA NOUVELLE SITUATION

Nous pouvons maintenant supposer que la transaction entre A. et B. est suivie par une transaction passée entre A. ou B., d'une part, et un tiers C., d'autre part, en vertu de laquelle C. prétend avoir acquis la propriété du meuble. Si, à l'époque de l'une et l'autre de ces transactions, le bien meuble est situé dans le même pays, le résultat est comparative-ment simple : la *lex rei sitae* gouverne au point de vue de l'effet sur la propriété les deux transactions ; mais, si la situation géographique (*situs*) du bien meuble est changée dans l'intervalle entre les deux transactions, — il était en X à l'époque de la première transaction, et il est en Y lors de la deuxième —, la situation est alors plus compliquée. La première transaction est gouvernée, quant à l'effet sur la propriété, par la loi de X et, quant à son effet contractuel, par la loi propre du contrat, et la seconde transaction est gouvernée, quant à la propriété, par la loi de Y (sous la réserve de la modification possible, déjà discutée pour le cas où le bien meuble a été transporté de X à Y sans le consentement du propriétaire) et est gouvernée, quant à son effet contractuel, par la loi propre du contrat. Pleine reconnaissance doit être donnée à l'effet quant à la transmission de propriété de la seconde transaction, en vertu de la loi de Y, et, si cette loi accorde un titre certain à C., son titre doit être reconnu en X, alors même qu'il n'aurait pas obtenu un titre valable de propriété en vertu de la loi de X, si les deux transactions avaient été gouvernées par la loi de X. En d'autres termes, un titre acquis ou conservé sous l'empire de la loi de X en vertu de la première transaction, peut être écarté ou rendu inefficace sous la loi de Y par la seconde transaction. La loi de X, qui avait été la loi gouvernante tant qu'elle avait été la *lex rei sitae*, doit évidemment céder à la loi de Y en ce qui concerne l'effet au point de vue de la transmission de propriété d'une transaction qui a eu lieu depuis l'arrivée du bien meuble en Y ⁽¹⁸⁾.

VII. — SITUATIONS PARTICULIÈRES

a) *Vente et Promesse de Vente.*

Dans l'affaire *Cammell v. Sewell*, précédemment citée, des marchandises avaient été transportées sur un bateau prussien d'un port russe pour être livrées à une firme anglaise. Le navire avait fait naufrage sur la côte de Norvège et la cargaison avait été déchargée et vendue en Norvège par le capitaine. Il fut admis que l'acheteur avait un bon titre de propriété selon la loi norvégienne et qu'il possédait ainsi un titre ayant qualité pour être reconnu en Angleterre. Il apparut que, même selon la loi norvégienne, le capitaine ne pouvait pas justifier la vente dans ses

(18) Les mêmes principes prévalent dans d'autres systèmes de conflits de lois. Voir, par exemple, Niboyet, *Manuel de droit international privé*, Paris, 1928, § 511, p. 638; Lewald, dans *Répertoire de droit international*, tome 7, Paris, 1930, p. 373, § 282 et dans *Das deutsche internationale privatrecht*, Leipzig, 1931, p. 185, § 247.

rapports avec les propriétaires du bateau ou de la cargaison, et qu'il restait responsable envers eux. Mais, comme la seule question dans le cas soumis à la Cour était la validité du titre de l'acheteur, il devenait inutile d'examiner les aspects contractuels de l'affaire et il n'était plus nécessaire de rechercher si la loi propre du contrat, ou de l'un des contrats relatifs au navire ou à la cargaison, était la loi russe ou la loi prussienne ou la loi anglaise.

Dans le cas canadien de *Mc. Kenna v. Prieur and Hope*, cité ci-dessus, une automobile avait été vendue par un certain Mc Dermott (revendeur de voitures qui exerçait son commerce à Montréal dans la province de Québec) au défendeur Hope, commerçant qui exerçait sa profession à Alexandrie, dans la province d'Ontario. Il arriva par la suite à transpirer que l'automobile avait été volée au plaignant à Rhode-Island, et une action fut intentée par lui devant l'état d'Ontario contre Hope et un certain Prieur, à qui Hope avait revendu l'automobile. A raison du fait qu'en accord avec le consentement des parties, la livraison de la voiture avait été faite par Mc Dermott, dans l'Ontario, et que le paiement avait été opéré par Hope au même endroit, il est probable que, sous la loi anglaise, la loi propre au contrat était la loi de l'Ontario, mais le marché avait été conclu à Québec et, d'après la règle du *Restatement*, la loi propre au contrat était la loi de Québec. Cependant, comme le plaignant pouvait indubitablement prétendre à la propriété sur l'automobile d'après la loi de l'Ontario et celle du Rhode Island, la seule question qui se posait était de savoir si l'effet de la transaction passée à Québec avait détruit ou limité son droit à faire valoir son titre à la propriété et si, à ce point de vue du droit de propriété, la loi applicable devait être la *lex rei sitae*, et non la loi propre au contrat. Tandis qu'un seul membre de la Cour de Justice se prononça pour l'application de la *lex rei sitae* comme telle, plusieurs des juges exprimèrent l'opinion que c'était la loi de Québec qui avait compétence pour régler la question de propriété, et admirèrent en faveur des défendeurs que c'était la loi gouvernante. Deux juges estimèrent que, soit sous la loi de Québec, soit sous la loi de l'Ontario, on ne pouvait pas considérer le contrat comme ayant été destiné par les parties à être immédiatement parfait, et qu'il n'avait pu être qu'un contrat *executory* — dont l'arrivée à force exécutoire est subordonnée à des formalités ultérieures, — le titre de propriété ne devant être transmis que par la délivrance de l'automobile à Alexandrie, et que, en conséquence, Hope n'avait acquis aucun droit de propriété par l'effet de la transaction intervenue à Québec. Les autres juges discutèrent l'effet de l'article 1489 du Code Civil du Bas-Canada qui formule une exception à l'article 1487.

Le Code Civil du Bas-Canada contient, en effet, au sujet de la vente de la chose vendue par une personne qui n'en est pas propriétaire, les dispositions suivantes que nous donnons dans la version française :

ARTICLE 1487. — La vente de la chose qui n'appartient pas au vendeur est nulle, sauf les exceptions contenues dans les trois articles qui suivent. L'acheteur peut recouvrer des dommages-intérêts du vendeur, s'il ignorait que la chose n'appartenait pas à ce dernier.

ARTICLE 1488. — La vente est valide s'il s'agit d'une affaire commerciale, ou si le vendeur devient ensuite propriétaire de la chose.

ARTICLE 1489. — Si une chose perdue ou volée est achetée de bonne

foi, dans une foire, marché, ou à une vente publique, ou d'un commerçant trafiquant en semblables matières, le propriétaire ne peut la revendiquer sans rembourser à l'acheteur le prix qu'il en a payé.

ARTICLE 1490. — Si la chose perdue ou volée a été vendue sous l'autorité de la loi, elle ne peut être revendiquée.

Comme il était admis que Mc Dermott était un commerçant au sens de l'article 1489, la question qui restait à trancher était si Hope avait acquis un droit de propriété qu'il put être qualifié à opposer au plaignant dans l'Ontario. Un des juges estima qu'il n'y avait point eu à Québec une *vente*, mais seulement un contrat *executory* — c'est-à-dire destiné à n'arriver à perfection et à ne produire les effets d'une vente qu'après accomplissement d'autres formalités — comme tel ne rentrant pas dans les termes de l'article 1489. Le président de la Cour émit l'opinion que Hope n'avait point acquis un droit de propriété, mais seulement un « privilège possessoire » qui l'aurait autorisé à retenir l'automobile à l'encontre du plaignant jusqu'à remboursement par celui-ci de la somme payée par Hope à Mc Dermott, si Hope n'avait pas perdu cette sorte de droit de rétention en cédant la possession de l'automobile à son sous-acquéreur, Prieur. Le dernier juge s'accorda avec le président pour dire que l'article 1489 n'avait pas opéré la transmission d'un titre de propriété à Hope, mais, se séparant de lui sur ce point, il estima que l'effet de cet article n'avait pas été de conférer un « privilège possessoire » à Hope, mais seulement d'interdire au propriétaire de réclamer judiciairement son meuble avant d'avoir remboursé Hope, interdiction qui était indépendante de la possession, mais sans valeur contre le plaignant dans l'Ontario. En d'autres termes, cet empêchement ne donnait pas naissance à un droit de propriété, et se trouvait en dehors de la règle qui veut que la *lex rei sitae* gouverne la création des droits réels sur les biens meubles.

Si, dans le cas précédent, nous supposons que, selon la loi de Québec (jouant le rôle de *lex rei sitae*) la loi de l'Ontario (devenant la loi propre du contrat), l'acheteur n'aurait obtenu aucun titre valable à la propriété, le titre de l'acheteur aurait cependant eu droit à reconnaissance dans l'Ontario. Mais, comme dans l'espèce concrète, il était établi que, par la *lex rei sitae*, l'acheteur n'avait acquis aucun droit réel sur le bien meuble, il n'y avait aucun dissentiment entre la loi de l'Ontario et la loi de Québec quant à la reconnaissance du titre de propriété de celui à qui l'automobile avait été volée.

b) Arrêt IN TRANSITU et Résolution.

Une intéressante question se pose : celle de savoir si l'acheteur non payé a le droit d'arrêt de la marchandise au cours du transport ou si son droit de résolution en cas de non-paiement du prix est un droit de nature contractuelle (*jus ad rem*) ou un droit de propriété (*jus in re*). L'un et l'autre de ces droits apparaissent dans quelques-uns des cas jugés comme ayant été regardés comme dépendant plutôt de la loi propre au contrat de vente que de la *lex rei sitae*, et c'est pourquoi on peut penser qu'ils sont plutôt d'une nature contractuelle que de l'ordre des droits de propriété.

Le Code Civil du Bas-Canada contient quelques articles sur la réso-

lution du contrat de vente pour cause de non-paiement du prix. Deux de ces articles sont ainsi conçus dans la version française.

ARTICLE 1538. — Le jugement de résolution de la vente faute de paiement du prix est prononcé de suite, sans accorder aucun délai ultérieur pour le paiement ; néanmoins l'acheteur peut payer le prix avec les intérêts et les frais de poursuite avant que le jugement soit prononcé.

ARTICLE 1545. — Dans les ventes de meubles, le droit de résolution faute de paiement du prix ne peut être exercé qu'autant que la chose reste en la possession de l'acheteur, sans préjudice du droit de revendication tel que réglé au titre des privilèges et hypothèques. Dans le cas de faillite ce droit ne peut être exercé que dans les trente jours de la livraison.

D'autre part, dans les autres provinces du Canada — dans lesquelles le droit est basé sur le *common law* anglais et dans lesquelles le *Sale of Goods Act* anglais (loi sur les ventes de meubles) a été réédité — un vendeur non payé n'a aucune action contre les marchandises (c'est-à-dire aucun moyen d'action *in rem*) quand la propriété des meubles est passée de lui à l'acheteur, sauf dans deux cas : 1° si les marchandises n'ont pas encore été embarquées et sont encore en la possession du vendeur et si le prix est payable contre livraison, — cas où le vendeur a un droit de rétention jusqu'à paiement du prix — et 2° si les marchandises ont été embarquées, mais sont encore en cours de route et si l'acheteur devient insolvable — le vendeur a alors le droit d'arrêt en cours de route (*stoppage in transitu*). La comparaison des versions anglaise et française des articles cités ci-dessus montre que le mot « dissolution » de la version anglaise est une traduction du mot français *résolution* dont l'emploi semble indiquer qu'une vente de marchandises peut être regardée comme annulable à la demande du vendeur à l'arrivée d'une condition résolutoire ou d'une condition « subséquente » (par exemple, le non-paiement du prix, sous la réserve du droit pour l'acheteur de payer le prix, les intérêts et les frais antérieurs au jugement de résolution).

C'est pourquoi on peut soutenir que le droit de résolution est un droit de propriété ; mais à Québec il y a quelques divergences d'opinion sur ce point ⁽¹⁹⁾. Alors que les règles du *common law* sur l'arrêt des marchandises *in transitu* ne s'appliquent pas à Québec, le vendeur y a à sa disposition une action en résolution du contrat et en revendication des marchandises, et peut aussi y obtenir une saisie conservatoire des marchandises, et enfin, s'il est seul nommé dans le contrat de chargement ou s'il est en mesure de délivrer le connaissement, il peut donner des ordres au transporteur ⁽²⁰⁾.

Les cas jugés qui suivent maintenant sont des exemples de situations naissant d'un changement du *situs* des marchandises et de leur transport d'un pays où la loi locale accorde au vendeur impayé tel ou tel des droits précités, dans un pays où la loi locale ne lui reconnaît pas ce même droit. Mais, comme dans chacun de ces cas, l'objet de contes-

(19) Voir, notamment, *Hart v. Goldfine, In re Rosenweig*, Québec Reports, 31 K. B. 558; 70 D. L. R. 174; 2 Can. Bkptcy, 255 (1921).

(20) *Acme Glove Works v. Canada Steamship Lines* (1925) 38 B. R. (Québec) 487; 4 D. L. R. 494.

tation est la compétence de la loi du lieu de la nouvelle situation ou celle de la loi du lieu de l'ancienne qui était aussi la loi propre du contrat, ces cas jugés ne peuvent pas être décisifs sur la question de savoir si le droit en question a été considéré comme un droit contractuel ou comme un droit de propriété.

Ainsi, à Québec, dans le cas *Rogers v. Mississippi and Dominion Steamship Co* ⁽²¹⁾ une firme de Québec avait commandé des marchandises aux plaignants qui les lui avaient expédiées sur un bateau à vapeur de la compagnie défenderesse de Liverpool à Québec en les consignnant pour les acheteurs et leur envoyant le connaissement. Avant que les marchandises fussent livrées par le défendeur aux acheteurs, ces derniers devinrent insolvables et les plaignants, par une notification au défendeur, arrêtaient les marchandises en voyage. Les curateurs de la faillite des acheteurs réclamèrent les marchandises en vertu de l'article 6 du Code Civil du Bas-Canada qui prévoit, *entre autres choses*, que la loi du Bas-Canada s'applique, partout où la question s'élève, à la distinction ou à la nature de la propriété, aux privilèges et aux droits de *lien* (*privilèges et droits de gage* dans la version française) et aux contestations sur la possession — « et soutenaient que le droit de résolution que les plaignants prétendaient avoir sous la loi de Québec était écarté par les derniers mots de l'article 1543 — ajoutés par le statut 48 Victoria, C. 20, s. 1, — : « Dans le cas de faillite, ce droit ne peut être exercé que dans les trente jours de la livraison ». Il fut décidé cependant que « livraison » voulait dire livraison par les transporteurs aux acheteurs (et cette livraison n'avait pas eu lieu), et que le droit d'arrêt au cours du transport n'était aucunement un *lien* (*droit de gage*) au sens de l'article 6, devant être régi comme tel par la loi de Québec, mais était un droit gouverné par la loi anglaise — apparemment parce qu'elle était la loi applicable au contrat — et que, par conséquent les plaignants avaient le droit de leur côté.

Dans un autre cas jugé, en Rhode Island, *Locomotive Works v. South Eastern Railway Co* ⁽²²⁾, une vente et livraison de deux locomotives avait été faite en Rhode Island et le vendeur fit une saisie-revendication dans la province de Québec où se trouvaient les deux locomotives, en réclamant la résolution du contrat de vente pour non-paiement du prix. Il fut jugé que, selon l'article 8 du Code Civil du Bas-Canada, le contrat était gouverné par la loi de l'endroit où il avait été passé, c'est-à-dire de Rhode-Island, en l'absence de circonstances montrant que les parties aient voulu désigner une autre loi pour application et, comme la loi du Rhode-Island ne donnait au vendeur ni un droit de résolution ni aucune autre ressource que celle de la saisie-revendication, la demande fut rejetée. La Cour admit aussi que l'article 6 ne pouvait s'appliquer pour créer, sur les biens meubles transportés dans la province, un privilège ou un « recours » qui ne s'attachait pas à eux avant leur déplacement.

La doctrine de ce cas a été suivie dans celui de *in Re Hollinger, Ex parte Appenzeller Wettstein and Co* ⁽²³⁾ où un vendeur en vertu d'un con-

(21) (1888) 14 Q. L. R. 99.

(22) (1886). 31 Lower Canada Jurist 86.

(23) (1927). 8 Can. Bkptcy. Reports, 174.

trat de vente fait en Suisse, et n'ayant pas de droit de résolution selon la loi suisse, fut déclaré à Québec n'avoir pas de droit de résolution contre l'acheteur, domicilié à Québec, à qui les marchandises avaient été délivrées.

De même, dans un cas de l'Ontario, celui de *Re Hudson Fashion Shoppe* ⁽²⁴⁾, des vendeurs de Québec furent admis à exercer contre un acheteur de l'Ontario un droit de résolution conféré par la loi de la province de Québec, mais qui était inconnu de la loi de l'Ontario. La commande avait été prise dans l'Ontario d'une certaine quantité de marchandises livrables f. o. b. à Montréal, l'ordre étant donné sous réserve de l'approbation des vendeurs à Montréal; une carte avait été ensuite envoyée par les vendeurs contenant reconnaissance de la réception de l'ordre et disant: « Nous y apporterons prompt attention ». Il fut jugé que, sans qu'il y eut à rechercher si la carte était ou non une notification de l'approbation nécessaire de l'ordre par les acheteurs qui puisse être traitée à Montréal comme une acceptation de l'offre, la délivrance des marchandises f. o. b. à Montréal avait complété le contrat et que le contrat était dès lors un contrat régi par la loi en vigueur à Québec. Il s'en suivait qu'à la suite d'un défaut de paiement et de la faillite de l'acheteur, les vendeurs avaient le droit à la résolution, quoique les marchandises aient été délivrées à l'acheteur et que, par conséquent, si la loi de l'Ontario avait été la loi applicable, la dernière chance des vendeurs impayés d'empêcher les marchandises d'aller rejoindre la masse de la faillite pour le bénéfice de tous les créanciers, aurait été perdue avec l'achèvement du voyage. Si nous faisons varier les faits de ce cas, en supposant que le contrat de vente prévoyait que la livraison et le paiement auraient lieu dans l'Ontario, la loi propre du contrat aurait été sans doute la loi de l'Ontario et, si le droit de résolution est un droit de nature contractuelle et non un droit de propriété, les vendeurs n'auraient eu d'autre ressource que d'intervenir comme créanciers ordinaires de la faillite. Le fait que la *lex situs* des marchandises à l'époque de la formation du contrat était la loi de Québec ne leur aurait été d'aucune assistance. D'autre part, si le droit de résolution est un droit de propriété fournissant à l'acheteur non pas la propriété dans un sens absolu, mais seulement une forme atténuée de la propriété — comme la Cour a paru le penser dans le cas *Re Hudson Fashion Shoppe* — la loi applicable aurait été la *lex rei sitae* des marchandises à l'époque de la formation du contrat de vente — sans égard à la loi propre au contrat — ce qui était inconciliable avec la décision de la Cour déclarant que c'est la loi propre du contrat qui détermine si les vendeurs ont ou non un droit de résolution, mais ce qui était cependant en harmonie avec le résultat effectif de l'affaire, parce que la loi de Québec était à la fois la *lex rei sitae* et la loi propre du contrat.

c) *Conditions intrinsèques de validité.*

La validité d'un transfert de la propriété d'un meuble qu'on prétend être nul entre les parties à raison de l'illégalité du transfert ou de l'illi-

(24) (1925). 58 Ontario Law Reports 130, (1926) 1. Dominion Law Reports 199, 7 Can. Bkpty. Rep. 68.

citée de sa cause (*consideration*) ou d'autres raisons, est déterminée par la loi du lieu où le meuble est situé au moment du transfert. D'autre part, c'est la loi propre du contrat qui règle si le contrat lui-même — distingué du transfert — est nul ou annulable entre les parties. Si une transaction contient à la fois des éléments contractuels et des éléments de propriété, la loi propre au contrat et la *lex rei sitae* seront théoriquement toutes les deux applicables ; mais en général l'effet de propriété de la transaction sera plus important que son effet contractuel et la loi propre du contrat aura à s'incliner de façon à laisser l'élément de propriété opérer en pleine conformité avec la *lex rei sitae*.

Quand une transaction est alléguée être nulle ou annulable parce que passée en fraude des droits des créanciers, c'est pratiquement l'effet de propriété seul qui a de l'importance, et même en ce qui concerne l'effet contractuel de la transaction, il paraîtra difficile d'appliquer une loi propre du contrat établie pour des considérations personnelles aux parties, quand la raison d'être de la cause d'invalidité invoquée est la protection des tiers. Alors, au moins quant à l'effet sur la propriété, la question est une question de validité, au point de vue des conditions intrinsèques, du transfert d'un meuble et est gouvernée par la *lex situs* du meuble au moment du transfert.

d) Gage et Privilèges.

Westlake, dans son traité de Droit International Privé, § 150, dit : « Les questions relatives au transfert ou à l'acquisition de la propriété sur les biens meubles ou de tous les autres droits réels moins étendus qui peuvent peser sur eux, comme le gage et les privilèges, doivent en général être tranchées par la *lex rei sitae* ».

En ce qui concerne le gage, la question est comparativement fort simple au point de vue du conflit de lois. La remise d'un bien meuble à titre de sûreté est connue par la plupart des systèmes de droits et, comme la délivrance de possession est une partie essentielle de cette transaction, non seulement l'acte constitutif de gage doit être nécessairement fait dans le pays où se trouve situé le bien meuble, mais la question de la reconnaissance de sa validité dans un autre pays est affranchie de la difficulté qui s'élève quelquefois dans le cas de *mortgage* établi sur un bien meuble, difficulté qui provient de ce que la loi de l'autre pays peut se refuser à reconnaître la validité d'un *mortgage* non accompagné par la délivrance de possession. Le gage, tout au moins dans la loi anglaise, donne au créancier gagiste une sorte de droit de propriété, qu'on appelle quelquefois « *special property* » sur le bien meuble et ce droit tombe sans ambiguïté sous la règle générale du transfert et est gouverné par la *lex rei sitae* ⁽²⁵⁾. Mais il a été dit que la question de savoir si le créancier gagiste peut remettre le meuble en gage à son débiteur-gagiste, pour un but précis, sans perdre par là les droits que lui confère le contrat de nantissement, les parties ayant leur domicile commun dans un pays différent du lieu où se trouvent les meubles,

(25) *City Bank v. Barrow* (1880). 5 App. Cases 664; *Inglis v. Robertson* (1898) Appeal Cases, 616. Cf. le *Restatement* des conflits de lois de l'American Law Institute, section 300.

est déterminée par la loi du domicile, soit parce qu'elle gouverne la transaction entre les parties, soit parce que c'est elle qui régit le titre, de nature de droit de propriété sur les meubles, qui est admis appartenir à l'une ou l'autre des parties ⁽²⁶⁾.

Le cas des privilèges (lien) mentionné dans l'ouvrage de Westlake § 150, n'est pas aussi simple. Si ce qu'on entend par privilège consiste en une sorte de charge pesant sur un bien meuble et reposant sur la possession, il rentre dans les règles générales de transfert et est gouverné par la *lex rei sitae* ; mais si ce privilège (lien) est aussi valable en vertu de cette loi sans délivrance de possession et si la possession n'est pas donnée en fait, la reconnaissance de la validité de ce privilège dans un autre pays peut se heurter à la difficulté que nous avons signalée en parlant du *mortgage* établi sur un bien meuble. S'il n'est qu'un privilège (lien) possessoire, c'est-à-dire un droit permettant de retenir la possession d'un bien meuble appartenant à une autre personne, qui n'implique pas nécessairement ni ordinairement un droit de propriété de la part du créancier privilégié, un tel droit peut difficilement être invoqué ailleurs que dans le pays où est situé le bien et ne peut être invoqué avec succès en opposition avec la *lex rei sitae* ; mais il n'est pas certain que ce soit la *lex situs*, en tant que telle, qui doive être la loi gouvernante. Dans le cas du privilège du réparateur ou de celui qui a amélioré un bien meuble, la loi propre du contrat sera ordinairement, sinon nécessairement la même que la *lex situs* du meuble. En ce qui concerne le privilège naissant du contrat de vente au profit du vendeur non payé, la loi applicable au contrat peut, en revanche, être différente de la loi du lieu de situation du meuble, et il se peut que le droit au privilège puisse être regardé comme un droit contractuel, gouverné par la loi propre du contrat, et non comme un droit de propriété, gouverné par la *lex rei sitae*. Le *Restatement* du conflit des lois de l'*American Law Institute* prévoit toutefois simplement que la validité du privilège sur un meuble est déterminée par la loi de l'état où ce meuble est situé à l'époque où le privilège a été créé.

e) Quelques vues sommaires sur le Droit Continental.

La distinction de principe entre l'effet contractuel et les effets de droit de propriété d'une transaction est clairement exposée par Niboyet ⁽²⁷⁾, la validité intrinsèque et l'effet de la transaction étant d'après lui gouvernés par la loi applicable aux obligations en ce qui concerne tout *jus ad rem*, et par la *lex situs* relativement à tout *jus in re*.

La distinction est bien établie et les conséquences ont été étudiées d'une façon fort détaillée et avec beaucoup de conscience par Gutzviller ⁽²⁸⁾. Comme il le dit, la *lex rei sitae* gouverne toutes les questions

(26) *North Western Bank v. Poynter* (1895) A. C. 56; Westlake, *Private International Law*, notes sur le § 150. Comme il l'a été relevé dans le cas *Inglis v. Robertson*, *supra*, les marchandises dans le cas Poynter faisaient partie de la cargaison d'un navire et leur lieu de situation (*situs*), qu'on disait être différent du pays du domicile, n'était leur *situs* qu'en ce sens qu'il était le port de destination du navire.

(27) *Manuel de droit international privé*. Paris, 1928, § 507, p. 635.

(28) *Internationales Privatrecht*, (dans Stammer, *Das gesamte deutsche Recht in systematischer Darstellung*) Berlin, 1931, pp. 1.593 et s.

relatives aux droits réels (*alle sachenrechtlichen Tragen*) ; mais elle ne gouverne que les questions de droits réels, et elle ne doit pas gouverner les effets contractuels (*die obligationenrechtlichen Wirkungen*) qui résultent de la transaction soit à la place des effets réels, soit en addition à ses effets de droits réels.

Une difficulté peut cependant s'élever, lorsque deux pays ont des systèmes de lois locales totalement différents. Quand nous dépassons le cas de la propriété pure et simple (simpliciter) d'un meuble, — chose qui est généralement reconnue dans les différents systèmes de lois — il peut devenir difficile d'appliquer à des droits réels particuliers ou spéciaux la règle que ces droits sont gouvernés par la *lex rei sitae* et que, si cette loi les déclare valides, ils doivent être reconnus partout ailleurs. Pour qu'un droit réel sur un meuble créé en vertu de la loi de l'état X puisse être effectivement reconnu en Y, il est nécessaire, en effet, que l'on puisse placer le droit réel créé selon la loi de X dans quelque catégorie prévue par la loi de Y. Cependant, il n'est même pas nécessaire que la catégorie de la loi de Y soit identique à celle de la loi de X, mais il doit y avoir un certain degré d'analogie entre les deux catégories pour que le droit réel puisse être reconnu en Y sans faire une violence excessive au système juridique de Y. Car, lorsque la divergence entre le système légal de Y et celui de X est si grande qu'elle empêche la reconnaissance en Y d'un droit créé en X, nous avons là un exemple d'intervention d'une règle *d'ordre public* de Y pour faire obstacle à l'application de la règle générale de conflit des lois ⁽²⁹⁾.

(29) Lewald, dans *Répertoire de droit international*, tome 7, Paris, 1930, p. 373, et dans *Das Deutsche Internationale Privatrecht*, Leipzig, 1931, p. 184, § 246. Cf. Niboyet, *Manuel de droit international privé*, 1928, §§ 512, 513.

CHAPITRE IV

LE DROIT CONSTITUTIONNEL

SECTION I

DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARE

SCHMITT, *Une étude de Droit Constitutionnel Comparé : L'évolution récente du problème des délégations législatives.*

MIRKINE-GUETZEVITCH, *La Constitution Espagnole de 1812 et les débuts du libéralisme européen. (Esquisse d'Histoire Constitutionnelle Comparative).*

UNE ETUDE DE DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARÉ

L'évolution récente du problème des délégations législatives

Par Carl SCHMITT,

*Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Berlin,
Membre du Conseil d'Etat prussien ⁽¹⁾*

Traduit par Paul ROUBIER,

*Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon,
et H. MANKIEWICZ,*

Secrétaire général de l'Institut de Droit Comparé de Lyon

Dès le début de la guerre mondiale, la plupart des Etats furent obligés de « simplifier » l'élaboration des lois, afin de pouvoir les tenir en harmonie avec les changements constants de la situation politique, économique et financière. On espérait alors qu'il serait possible de revenir aux méthodes « normales » de la législation, dès que la guerre et la démobilisation seraient finies. Mais cet espoir fut déçu. En effet, quand la paix fut revenue, ce furent l'inflation et la déflation qui forcèrent de nombreux gouvernements à avoir de nouveau recours à des méthodes législatives « extraordinaires ». Une autre cause de la « simplification » du processus législatif était l'instauration dans certains Etats — et non seulement dans les Etats à direction socialiste — de formes diverses de planification économique et financière (réglementation de la production et des marchés nationaux, etc.). Enfin quelques-unes des obligations d'ordre international — notamment celle de prendre le cas échéant les sanctions prévues par le Pacte de la Société des Nations ⁽²⁾ — exigèrent à leur tour l'adoption d'une procédure législative « simplifiée » ⁽³⁾.

(1) Cette contribution est l'adaptation française — revue par l'auteur — d'un article paru dans la *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, tome VI, N° 2, sous le titre *Vergleichender Ueberblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen (Legislative Delegationen)*.

(2) Les décrets anglais concernant l'application des sanctions contre l'Italie (*Statutory Rules and Orders* 1935, n°s 1038, 1090, 1121, 1122, 1248, etc.) furent pris en vertu de l'habilitation contenue dans la loi sur le Traité de Paix (*Treaty Peace Act* du 31 juillet 1919, 9 et 10 Geo. 5 c. 33).

(3) On trouve un excellent exposé des mesures de législation « simplifiée » prises

Or, le recours à ces mesures a donné naissance à une nouvelle conception de la loi et de la législation. Un rôle particulièrement important a été joué à cet égard par l'application du système dit des délégations législatives.

Les lois établies en vertu d'une délégation législative se distinguent, par leur nature, de la législation édictée en cas d'état de siège ou en cas de légitime défense de l'Etat. Dans ces derniers cas, les méthodes de législation se rapprochent en effet de celles propres aux dictatures. Mais il serait erroné de caractériser par le mot péjoratif de dictature les formes nouvelles de législation « simplifiée ». Dans la mesure où elle est constitutionnelle, la délégation législative est un moyen *légal* permettant aussi bien de revenir à la « légalité constitutionnelle » antérieure, que d'amorcer une Constitution toute nouvelle. En conséquence, le maniement du système des délégations législatives est une précieuse pierre de touche de la réalité constitutionnelle et un symptôme important de l'évolution suivie par la Constitution.

Quant au problème de savoir si le recours à des méthodes législatives simplifiées est ou non compatible avec la Constitution, les Constitutions des divers Etats y répondent évidemment de façon différente. Mais ce qui paraît frappant, c'est que les Constitutions des démocraties-modèles, anglaise, française et américaine, ne donnent pas, elles non plus, des réponses identiques. Or, la cause en est que chacune de ces démocraties part d'un concept de la loi différent. Par conséquent, il n'est pas possible de dégager de leurs Constitutions, écrites ou non écrites, un concept général de l'Etat de droit, susceptible d'éclairer la question de savoir si, alors même que la Constitution d'un Etat est muette à leur sujet, les délégations législatives sont, ou non, compatibles avec la loi fondamentale. Le seul moyen de trouver une réponse à cette question consiste donc dans l'analyse du concept de la loi, dans les divers Etats. Par contre-coup, la pratique des délégations législatives et la reconnaissance, ou la non-reconnaissance, de leur « constitutionnalité » — ou plus exactement de leur « légalité » — permettent de jeter une nouvelle lumière sur l'évolution de la notion de la loi et des principes constitutionnels fondamentaux.

I. — LES DÉLÉGATIONS LÉGISLATIVES EN ANGLETERRE, EN FRANCE ET AUX ETATS-UNIS

1. — *La pratique constitutionnelle anglaise* repose sur l'accord intégral, en matière politique, entre le Parlement et le Gouvernement issu de sa majorité. Le concept anglais de la loi n'est pas façonné par le principe de la séparation des pouvoirs, et il n'existe aucune distinction fondamentale entre les pouvoirs législatif et exécutif. En conséquence, aucun principe d'ordre constitutionnel ne vient s'opposer au vote de délégations législatives.

dans les divers Etats chez Herbert Tingsten, *Les pleins pouvoirs, l'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la grande guerre*. Trad. française par E. Sæderlindh, Publications du Fonds Descartes, Paris, Stock, 1934.

Dès le début de la guerre mondiale, l'Angleterre a eu recours au système de ces délégations, qu'elle inaugura par la loi sur la défense du royaume du 8 août 1914 (*Defence of the Realm Act* 1914, 45 Geo. 5 c. 29), et dont elle fit par la suite un large emploi. Malgré les objections contre le « despotisme de la bureaucratie ministérielle », on n'a jamais vu surgir aucun doute sérieux sur la constitutionnalité de ces « délégations de pouvoir ». Dans sa décision de principe, rendue le 1^{er} mai 1917, au sujet de la loi du 8 août 1914, dans l'affaire *Rex v. Halliday* (Law Rep. 1917, p. 260 et ss.), la Chambre des Lords ne soulève même pas le problème de la constitutionnalité de cette loi. Elle se borne à rechercher si les ordonnances édictées en vertu de cette loi rentrent, ou non, dans le cercle des affaires visées par la délégation qu'elle comporta. Lord Shaw of Dunfermyle, qui délivra sur cette dernière question une « opinion dissidente », ne critiqua pas, lui non plus, la constitutionnalité de l'autorisation accordée au gouvernement dans l'intérêt de la défense nationale.

En Angleterre, pas plus qu'en d'autres pays, les délégations législatives n'ont disparu avec la fin de la guerre. On en trouve notamment dans la loi sur l'exécution du Traité de Paix du 31 juillet 1919 (*Treaty Peace Act* 1919, 9 et 10 Geo 5 c. 33) ⁽⁴⁾ et dans la loi du 29 octobre 1920 (*Emergency Powers Act* 1920, 10 et 11 Geo. 5 c. 55). La loi de 1920 revêt un intérêt particulier du fait que le Parlement limita les pleins pouvoirs, accordés dans cette loi au gouvernement par une série de réserves négatives, telles que l'interdiction d'établir le service militaire ou le service de travail obligatoire et la défense de restreindre le droit de grève. Mais les objections que cette loi a rencontrées dans les milieux du *Labour Party* ont visé non pas la constitutionnalité de la délégation du pouvoir législatif, mais l'emploi qu'un gouvernement hostile aux ouvriers aurait pu faire de cette autorisation de légiférer.

La constitutionnalité de ces « délégations législatives » a d'autant moins prêté à discussion que, du point de vue du droit constitutionnel anglais, la loi des pleins pouvoirs ne confère pas au gouvernement un pouvoir nouveau, un pouvoir qu'il n'ait pas encore détenu. En effet, une « délégation législative » n'a en Angleterre d'autre signification, que celle de supprimer les barrières qui restreignent d'habitude l'exercice du pouvoir réglementaire, qui est inhérent à la couronne. A proprement parler, en la forme, une loi de pleins pouvoirs anglaise n'a donc qu'un caractère déclaratoire. Par là la pensée constitutionnelle anglaise se distingue profondément des notions de constitution et de loi propres aux Républiques française et américaine.

2. La pratique française des délégations législatives est particulièrement intéressante, parce que la théorie classique du droit constitutionnel français conçoit toute délégation législative comme nettement contraire à la Constitution. Cette doctrine est une conséquence logique du principe de la séparation des pouvoirs — notamment des pouvoirs législatif et exécutif — et remet en valeur le vieux proverbe juridique : *delegata potestas non delegatur*. Elle reprend les idées de Locke et de Siéyès, et suit une conception qui avait trouvé son expression la plus pure dans l'article 45 de la Constitution de l'An II, ainsi rédigé : « En aucun cas, le corps législatif ne

(4) Voir aussi note 2.

peut déléguer à un ou plusieurs de ses membres, ni à qui que ce soit, aucune des fonctions qui lui sont attribuées par la présente Constitution ». Esmein, le porte-parole de cette Ecole, déclare, par conséquent, que toute délégation législative, si limitée qu'elle soit, est « juridiquement impossible » : La fonction du législateur est de créer des lois, non pas des législateurs.

Duguit et Rolland, tenant compte de la réalité des choses, enseignent cependant que les délégations législatives sont constitutionnelles, à condition d'être nettement délimitées quant à leur champ d'application et à leur contenu. Mais ce n'est qu'une doctrine de compromis. Pour rester logique, il faudrait alors autoriser les tribunaux à exercer un contrôle sur le maniement des pleins pouvoirs. Mais un pareil contrôle est incompatible avec la structure actuelle de l'Etat français.

La pratique gouvernementale, dans une certaine mesure, a tenu compte de ces interprétations de la Constitution. Même pendant la guerre, le Parlement français ne recourut à la délégation législative qu'avec beaucoup de prudence et de circonspection. Il refusa encore en 1916 à Briand les pleins pouvoirs extrêmement étendus, que celui-ci venait solliciter. Mais malgré tous les scrupules d'ordre constitutionnel qui s'opposaient à leur octroi, les cabinets Poincaré obtinrent deux fois, le 22 mars 1924 et le 3 août 1926, des pleins pouvoirs, qualifiés souvent d'« exorbitants ».

Ces événements ne restaient pas sans répercussions sur la doctrine. Quelques auteurs se mirent à élaborer des théories susceptibles de justifier le recours aux délégations législatives. Il convient de nommer tout particulièrement Carré de Malberg, qui, dans son excellent livre, *La loi, expression de la volonté générale* (Paris 1931), soumet le concept de la loi en régime parlementaire à un nouvel examen, qui lui permet de dégager une nouvelle théorie des pleins pouvoirs. Il distingue deux éléments de la loi, qui sont d'une part sa force obligatoire, et d'autre part son contenu matériel. L'octroi, à une disposition matérielle, de la force de loi est la fonction inaliénable du législateur, qui, par ailleurs, peut « autoriser » un autre organe de l'Etat à établir la disposition matérielle. Cette autorisation, Carré de Malberg ne la conçoit plus comme « délégation de pouvoir », mais comme « habilitation » — terme qui correspond plus exactement à la terminologie allemande, laquelle se sert du mot *Ermächtigung*. La théorie de Carré de Malberg se rapproche sensiblement de celle élaborée en Allemagne avant la guerre par Seydel, Laband et d'autres, qui distinguaient également entre le contenu et la force obligatoire de la loi, et accordaient au législateur omnipotent le droit d'« habilitier » (*ermächtigen*) un tiers à déterminer le contenu matériel de la loi, muni, par lui, d'avance de force obligatoire.

En juin 1935, le parlement français fut de nouveau saisi d'un projet de loi tendant à accorder au gouvernement les pleins pouvoirs. Ce fut le cabinet Flandin, qui demanda au parlement de « déléguer au gouvernement le pouvoir de prendre jusqu'au 31 octobre 1935 toutes dispositions ayant force de loi propres à réaliser l'assainissement des finances publiques, la reprise de l'activité économique, la défense du crédit public et le maintien de la monnaie ». Le parlement rejeta le projet et renversa le cabinet Flandin. Le cabinet Bouisson, qui succéda au cabinet Flandin et sollicita une habilitation analogue, subit le même sort. Mais un cabinet

Laval obtint, quelques jours plus tard, des pleins pouvoirs encore plus étendus, ainsi conçus : « En vue d'éviter la dévaluation de la monnaie, le gouvernement est autorisé par le Sénat et la Chambre des Députés à prendre, jusqu'au 31 octobre 1935, toutes dispositions ayant force de loi propres à réaliser l'assainissement des finances publiques, à provoquer la reprise de l'activité économique, à prévenir et à réprimer les atteintes au crédit public ». Ainsi que les projets de loi antérieurs, cette loi prévoyait en outre que « ces décrets, pris en conseil des ministres, seraient soumis à la ratification des Chambres avant le 31 juillet 1936 ».

Des arguments avancés par la doctrine française et de la pratique gouvernementale en France, on peut tirer deux conclusions : 1° Il y a une opposition insurmontable entre le concept de la loi en régime parlementaire, et l'évolution qu'a prise la vie publique au cours de ces dernières décades, et qui, nonobstant les scrupules doctrinaires, oblige les gouvernements à solliciter du législateur l'habilitation d'édicter eux-mêmes des « lois ». 2° Les objections que rencontre, le cas échéant, le vote d'une « délégation du pouvoir législatif » se fondent en réalité, non pas sur la prétendue inconstitutionnalité des pleins pouvoirs gouvernementaux, mais plutôt sur la composition des cabinets demandant l'octroi de ces pouvoirs exceptionnels.

3. — *Le point de vue américain* en la matière est admirablement bien précisé dans l'arrêt rendu par la Cour Suprême des Etats-Unis, le 27 mai 1935, dans l'affaire *Schechter v. United States* (55 S. Ct. 837 ; trad. française résumée dans Recueil International de Jurisprudence du Travail, 1934-1935, Etats-Unis, n° 1, 2^e espèce). Cet arrêt repose encore sur la conception classique du principe de la séparation des pouvoirs.

Voici les conditions dans lesquelles cette décision est intervenue : En vertu des pleins pouvoirs extrêmement étendus, contenus dans la loi du 16 juin 1936, sur l'assainissement de l'industrie nationale (*National Industrial Recovery Act*), le Président Roosevelt avait, avec le concours des organisations professionnelles économiques, établi une série de « codes de la concurrence », destinés à provoquer le redressement de la vie sociale et économique des Etats-Unis. L'autorisation dévolue au Président par le Congrès américain s'étendait en effet à tous les domaines de la vie économique. La loi d'habilitation n'avait établi aucune règle de conduite susceptible de diriger l'emploi des pleins pouvoirs par le Président, le Congrès, à moins de se substituer au gouvernement, étant inapte à édicter de pareils « standards ».

La Cour Suprême des Etats-Unis avait déjà occasionnellement reconnu la constitutionnalité de certaines délégations législatives de moindre importance. Mais, dans un arrêt rendu le 7 janvier 1935 dans l'affaire *Panama Refining Co. v. Ryan* (55 S. Ct. 241 ; trad. française résumée R. I. J. T., 1934-1935, Etats-Unis, n° 1, 1^{re} espèce), elle déclara inconstitutionnelle la section 9 (concernant la réglementation de la production pétrolière) de la loi sur l'assainissement industriel. Dans l'arrêt, déjà cité, *Schechter v. United States*, elle déclara la loi tout entière inconstitutionnelle. Elle fonda cette appréciation sur les motifs suivants : 1° Le législateur n'avait aucun droit de déléguer son pouvoir à des groupements économiques. 2° Il ne pouvait déléguer son pouvoir législatif au Président Roosevelt qu'en vue d'objectifs nettement déterminés et délimités dans la loi d'habilita-

tion. 3° Il était inadmissible de conférer au Président des Etats-Unis un rôle de législateur, en lui accordant un « pouvoir discrétionnaire pratiquement sans entraves » dans des matières qui n'étaient pas nettement spécifiées dans la loi. La Cour précisa à ce propos que « des situations extraordinaires ne sauraient ni créer, ni élargir des pouvoirs constitutionnels ». Dans son « concurring opinion », le juge Cardozo souligna tout particulièrement les arguments mis en avant par la majorité de la Cour, et insista plus spécialement sur le fait que la loi en question ne comportait aucun « standard » susceptible de diriger ou de limiter l'activité du Président. Par ces arguments, le juge Cardozo se rapprochait des doctrines soutenues en Allemagne après la guerre par Triepel et Poetzsch-Heffter, qui considéraient comme inconstitutionnelle toute délégation législative, qui ne visait pas des matières nettement déterminées.

La loi sur l'assainissement de l'industrie nationale avait, à plusieurs reprises employé le terme de « concurrence loyale » pour désigner le but visé par l'octroi des pleins pouvoirs au Président Roosevelt. Mais la Cour estima que le terme de concurrence loyale ne saurait être interprété par la notion, nettement définie, de concurrence déloyale, puisque « les pouvoirs (conférés au Président) n'étaient pas simplement destinés à lui permettre de faire face aux pratiques de concurrence déloyale qui transgressaient le droit alors en vigueur, mais que bien plutôt le dessein était clairement révélé d'autoriser des interdictions nouvelles et réprimées par ces codes ayant force de loi », et que l'habilitation du Président s'étendait, dès lors, à une matière non délimitée. Aux yeux des juges de la Cour Suprême, les pleins pouvoirs ne comportaient donc pas des démarcations précises et définies de leur champ d'application.

Ces arguments apportent une fois de plus la preuve que la pensée juridique positiviste a toujours besoin de faits constitutifs précis — précision que comporte le concept négatif de concurrence déloyale, mais non pas la notion positive de concurrence loyale. Si on admet cette manière de penser, c'était donc à bon droit que la Cour concluait : « Par cette extension de son pouvoir à la réglementation de la concurrence loyale (indéterminée), le Président était habilité à réglementer l'industrie tout entière ». Cette habilitation était évidemment d'une étendue incompatible, et avec le principe de la séparation des pouvoirs, et avec la notion de loi qui en résulte.

II. — L'ÉVOLUTION DE LA THÉORIE ET DE LA PRATIQUE ALLEMANDES

La doctrine et la pratique allemandes en matière de législation « simplifiée » revêtent un intérêt particulier, parce que leur évolution va du rejet pur et simple des pleins pouvoirs, considérés comme inconstitutionnels, jusqu'à l'admission d'une délégation entière du pouvoir législatif, en passant par la solution intermédiaire qui a consisté dans la reconnaissance, comme constitutionnelles, des seules habilitations matériellement limitées et précisées. L'Allemagne a tiré la conclusion de cette évolution en supprimant carrément la séparation des pouvoirs législatif et exécutif, et en instaurant une véritable législation gouvernementale.

1. — La constitution monarchique de l'Allemagne reposait sur le principe de la séparation du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. L'Alle-

magne connu donc, comme la France, la doctrine de l'inconstitutionnalité de toute délégation du pouvoir législatif, si restreinte fût-elle. C'était la théorie de L. von Rönne.

Mais l'évolution a passé outre. La doctrine dominante dans l'empire bismarckien estimait que la délégation du pouvoir législatif était en principe compatible avec la Constitution, et cela alors même qu'elle ne comportait aucune restriction matérielle. Cette doctrine, inspirée de l'idée de l'omnipotence du législateur, distinguait la base formelle — qui était fournie par la loi d'habilitation — du contenu matériel de la future loi — qui pouvait, lui, être établi par l'autorité habilitée. On estimait qu'une simple autorisation d'élaborer le contenu matériel de la loi ne conférait pas, à l'autorité investie de ce pouvoir, la qualité de législateur, mais que cette autorité restait un organe du pouvoir exécutif, chargé simplement de seconder le législateur. Sous l'angle de cette doctrine, la loi d'habilitation ne comportait donc pas de délégation de pouvoir à proprement parler. Tel était le point de vue qu'avaient adopté la majeure partie des spécialistes du droit public, tels que Seydel, Laband, G. Jellinek et Meyer-Anschütz. Le publiciste Laband, dont les opinions firent autorité, écrivait dans son *Staatsrecht des Deutschen Reiches* (5^e édition, tome II, p. 96 et p. 107) : « Le pouvoir législatif est illimité, et il ne lui est pas défendu de donner des instructions quant à l'établissement effectif des normes juridiques. L'article 5 de la Constitution (de 1871) — qui dit que « le pouvoir législatif du Reich est exercé par le Conseil fédéral et le Reichstag » — ne règle que la forme de l'exercice du pouvoir législatif, mais il ne dit pas en quoi devrait — ou en quoi ne devrait pas — consister le contenu d'une loi. Dès lors, au lieu d'édicter elle-même la règle de droit, la loi peut se contenter d'édicter des règles sur la procédure à suivre lors de l'établissement des règles de fond devant s'appliquer à la matière visée par elle.... Le cas échéant, une loi peut ne contenir rien d'autre que l'ordre de régler une certaine matière par voie de règlement ou de décret ».

Le droit du législateur d'autoriser le pouvoir exécutif à édicter des décrets-lois n'était limité que par les deux réserves suivantes : 1^o Quand les règles à édicter par décret-loi devaient porter atteinte aux principes juridiques consacrés par la Constitution, la loi d'habilitation devait être votée dans les conditions prévues pour la confection de lois portant modification de la Constitution. 2^o L'habilitation ne pouvait pas s'étendre à des matières qui, en vertu de la Constitution, devaient obligatoirement être réglées par une loi formelle votée par le parlement ; figurait parmi ces matières, par exemple, de l'avis général des juristes, la sanction du projet de budget annuel du Reich.

La pratique gouvernementale concordait avec la doctrine. Par une loi du 4 août 1914 habilitant le Conseil fédéral à prendre des mesures économiques (*Reichsgesetzblatt*, 1914, p. 327), le Reichstag accorda au Conseil fédéral des pleins pouvoirs, sans énumérer les matières auxquels ils devaient s'appliquer. La loi disait, en effet, simplement : « Le Conseil fédéral est autorisé à prendre, pendant la guerre, les mesures législatives nécessaires pour remédier aux préjudices économiques. Les mesures prises doivent être portées à la connaissance du Reichstag, et rapportées si celui-ci le demande ». De nombreux décrets furent édictés en vertu de cette habilitation, dont la constitutionnalité n'a jamais été discutée. On ne s'est

même pas douté que cette « délégation du pouvoir législatif » pouvait, en principe, soulever des problèmes d'ordre constitutionnel. La critique ne s'adressa qu'à quelques rares décrets, édictés en vertu de la loi du 4 août 1914, dont on se demanda s'ils rentraient dans le champ d'application de cette loi, c'est-à-dire s'ils réglaient des « questions économiques ».

2. — Sous le régime de la Constitution de Weimar, ce furent d'abord des événements tels que l'exécution du Traité de Versailles, la démobilisation, les réparations, l'inflation et la déflation qui obligèrent les cabinets à recourir au gouvernement par décrets-lois. Dès le 17 avril 1919, l'Assemblée nationale autorisa le gouvernement du Reich « à prendre en cas d'urgence, avec l'assentiment de certaines commissions de l'Assemblée, les mesures législatives indispensables pour régler le passage à l'économie de paix » (Loi du 17 avril 1919, *Reichsgesetzblatt*, 1919, p. 394). Une loi du 30 juillet 1919 (*Reichsgesetzblatt*, 1919, p. 1530) accorda au gouvernement les pleins pouvoirs pour l'exécution du Traité de Versailles. Parmi les nombreuses lois d'habilitation votées par la suite, nous mentionnerons les lois du 13 octobre 1923 (*Reichsgesetzblatt*, 1923, p. 943) et du 8 décembre 1923 (*Reichsgesetzblatt*, 1923, p. 1179), parce qu'elles furent adoptées dans les conditions prescrites pour le vote de lois portant modification de la Constitution. La première de ces lois autorisait en effet le gouvernement à édicter des mesures contraires à la Constitution.

Comme le législateur avait pris l'habitude de parler, dans les lois d'habilitation, de « législation simplifiée », et de « mesures législatives », on crut que les décrets-lois établis par les gouvernements se distinguaient par leur nature des décrets normaux pris en exécution des lois ordinaires. On inclinait aussi à croire que l'habilitation accordée au gouvernement lui conférait la qualité de législateur. On en concluait que, en l'absence de toute compétence législative propre émanant de la Constitution, le gouvernement ne pouvait assumer le rôle de législateur qu'en vertu d'une loi d'habilitation. Quelques-uns estimaient, par conséquent, que toute loi d'habilitation portait atteinte aux prérogatives constitutionnelles du Reichstag, et que, dès lors, une telle loi ne pouvait être votée que dans les conditions requises pour la modification de la Constitution. Cette doctrine, qui avait influencé le vote de la loi précitée du 8 décembre 1923, n'eut pas en définitive de succès.

D'autres objections contre les lois d'habilitation se fondèrent sur le danger qu'un emploi trop fréquent de ces lois — qui ne comportaient que de vagues restrictions matérielles — faisait courir à l'institution de l'Etat Constitutionnel. On redoutait aussi un accroissement intolérable de la bureaucratie ministérielle, qui semblait devenir omnipotente. C'est pourquoi un projet de loi, déposé au bureau du Reichstag le 27 janvier 1921, entendait résoudre le problème de la législation « gouvernementale », en instaurant, à côté de la procédure normale, une procédure abrégée pour l'établissement des lois. Cette loi, toutefois, ne fut pas votée. Mais dans la même année encore, Triepel se dressa, lors du 23^e Congrès des Juristes allemands, contre l'usage — « inqualifiable » à ses yeux — qu'on faisait des lois d'habilitation. Il soutint la thèse que « la loi ne peut accorder des autorisations de légiférer qu'à la condition qu'elle vise des fins et des situations déterminées ». Il réclama un exercice rigoureux du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois et des décrets-lois — réclamation qui, si elle eût été

réalisée, aurait abouti à la transformation du Reich en un « Etat judiciaire », contrôlé par des juges indépendants. Anschütz était seul à maintenir la doctrine « traditionnelle », autorisant le législateur à établir des lois d'habilitation ne comportant aucune restriction matérielle.

La doctrine de Triepel, qui ne considérait comme constitutionnelles que les habilitations limitées « pour des fins et à des situations déterminées », eut une influence sensible sur l'évolution de la pratique gouvernementale de 1922 à 1933. Comme le recours aux décrets-lois était indispensable elle menait de la Scylla des lois d'habilitation à la Charybde des « décrets d'état de nécessité » pris en vertu de l'article 48 de la Constitution de Weimar, dont l'alinéa 2 disait : « Si la sécurité et l'ordre publics sont gravement troublés ou compromis dans le Reich allemand, le Président du Reich peut prendre les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre et de la sécurité publics, et, s'il est besoin, recourir à l'aide de la force armée. Dans ce but, il peut suspendre temporairement, en tout ou en partie, les droits fondamentaux garantis par les articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 et 153 ». En effet, étant donné que les pleins pouvoirs, pour être efficaces, doivent nécessairement être plus ou moins illimités, il fallait selon la doctrine « limitative » de Triepel — respectée lors du vote de la loi déjà citée du 8 décembre 1923 — que toute loi d'habilitation fût votée dans les conditions requises pour une modification de la Constitution, c'est-à-dire à la majorité des deux tiers du Reichstag. Or, vu la multitude des partis qui composaient alors le parlement du Reich, il était pratiquement impossible d'obtenir cette majorité. On devait donc forcément mettre en mouvement le « pouvoir dictatorial » du Président du Reich, prévu audit article 48, alinéa 2.

3. — Quand on examine les mérites respectifs de la doctrine traditionnelle de Laband et d'Anschütz, et de la doctrine « limitative » de Triepel et autres qui l'emporta finalement, il convient de constater que la doctrine de Laband est plus conforme à la structure d'un Etat reposant sur le principe de la séparation des pouvoirs. Car elle respecte la hiérarchie entre les pouvoirs exécutif et législatif, le dernier restant à même d'assumer sa fonction principale qui est le *contrôle* du gouvernement, dont l'exercice reste assuré, dans le cas des lois d'habilitation, par la faculté réservée au parlement de demander la suppression des décrets-lois édictés par le gouvernement en vertu de ses pleins pouvoirs. La doctrine dite limitative, en revanche, présente les inconvénients caractéristiques de toute construction tendant à limiter le champ d'application des lois d'habilitation. Nous les avons déjà signalés lors de l'analyse des théories de Duguit et Rolland. Nous examinerons donc ici les contradictions que cette doctrine comporte.

a) Elle distingue entre, d'une part, les décrets (normaux) d'application et d'exécution d'une loi dont le contenu matériel a été établi par le législateur lui-même, et, d'autre part, les décrets rendus en vertu de lois où le législateur accorde à une autre autorité de l'Etat le droit de fixer le contenu matériel de la réglementation à intervenir. Or, cette distinction n'est ni claire, ni précise. Si le législateur n'a pas le droit d'investir une tierce autorité du pouvoir d'établir le contenu matériel de la loi, les lois d'habilitation doivent être jugées inconstitutionnelles, alors même que leur champ d'application serait limité aussi étroitement que possible

« pour des fins et à des situations déterminées ». Si, au contraire, le législateur est juridiquement capable d'autoriser le gouvernement à fixer le contenu matériel de la réglementation légale, alors c'est à lui, législateur, et à lui tout seul, de dire souverainement si, oui ou non, il entend restreindre cette autorisation à des matières déterminées. Mais l'autorisation elle-même ne peut être que licite ou illicite, et il est impossible d'envisager des habilitations partiellement valides, partiellement invalides.

b) La limitation qu'on entend apporter à une loi d'habilitation en restreignant son champ d'application à des « situations » ou « matières » déterminées, est inévitablement imprécise et relative. Car des notions telles que « fin », « situation », « matières », ne sont pas des notions absolues. Par rapport au droit public, le droit civil est une matière « déterminée ». Mais, par rapport au droit civil, ce sont seulement le droit des obligations, le droit matrimonial, etc., qui peuvent être considérés comme des « matières déterminées ». Par ailleurs, il est évident que le législateur doit dire à quoi doit s'appliquer l'autorisation par lui accordée, sans quoi cette autorisation serait incompréhensible. Alors, lui demander une délimitation à des « situations ou matières déterminées », c'est exiger des répétitions tout-à-fait inutiles.

c) En réalité, la doctrine limitative n'est qu'un compromis entre deux doctrines, dont l'une déclare les délégations législatives inconstitutionnelles, tandis que l'autre les admet sans restriction aucune. Mais quand on conçoit la délégation législative comme permise — comme c'est le cas aussi de la théorie intermédiaire — il faut laisser au législateur le soin de dire à quoi elle devra s'appliquer. La limitation effective de son champ d'application résultera seulement de la situation qui rend nécessaire l'octroi des pleins pouvoirs. Pourquoi une loi d'habilitation est, le cas échéant, indispensable et quelle est, dès lors, sa portée — le législateur lui-même peut seul le dire.

4. — Le droit constitutionnel de l'Allemagne national-socialiste a passé outre aux problèmes soulevés par le concept de la loi, tel qu'il existe dans les régimes reposant sur le principe de la séparation des pouvoirs. La loi du 24 mars 1933 destinée à remédier à la détresse du peuple et du Reich allemands (*Reichsgesetzblatt*, 1933, I, p. 141) conféra au gouvernement du Reich le pouvoir d'édicter des lois, et des lois au sens formel du mot. Par cette loi, la nouvelle Allemagne amorça la suppression, sur son territoire, du principe de la séparation des pouvoirs législatif et exécutif. Du point de vue de la Constitution, il est vrai, la loi du 24 mars 1933 fut une loi modifiant radicalement la Constitution de 1919. Mais en même temps, elle prépara le terrain pour l'avènement d'un concept de la loi, qui ne s'inspirait plus du principe de la séparation des pouvoirs. La loi du 30 janvier 1934 sur la reconstruction du Reich (*Reichsgesetzblatt*, 1934, I, p. 75) consolida le terrain, en mettant hors de doute la capacité du gouvernement du Reich, dirigé par le Führer, d'édicter de nouvelles lois constitutionnelles. Ainsi a disparu la distinction, caractéristique de la Constitution de Weimar, entre les lois ordinaires et les lois modifiant la Constitution, dont l'établissement était soumis à des conditions plus lourdes que celui des lois ordinaires. La suppression de cette distinction a donné, à son tour, naissance à des concepts nouveaux de loi et de Constitution.

III. — CONCLUSION

Tous les Etats du monde sont aujourd'hui contraints d'inaugurer des systèmes de législation « simplifiée ». Ceux qui restent attachés au principe de la séparation des pouvoirs ne verront dans ce phénomène qu'un simple renforcement ou redressement du pouvoir exécutif. D'autres, plus hardis dans leurs conclusions, l'interpréteront comme la suppression de la séparation entre le législatif et l'exécutif, et cette interprétation est possible alors même qu'on reste partisan du constitutionnalisme libéral. René Capitant, qui s'est assigné la tâche de sauver le régime parlementaire français en lui appliquant des réformes raisonnables, déclare, dans son livre *La Réforme du Parlementarisme* (Paris, 1934) que le principe de la séparation des pouvoirs est « une idée fausse » et dépassée par les événements. Il considère à juste titre les décrets-lois comme de véritables lois, et pense que le recours à des pleins pouvoirs étendus est le seul moyen de sauver le parlement et le parlementarisme. « Gouverner, dit-il, c'est légiférer ». Cette formule, inspirée de Stuart Mill, fait très bien percevoir que nous nous sommes aujourd'hui débarrassés de la pensée constitutionnelle de Locke et de Montesquieu, et que nous revenons aux concepts de la tradition européenne antérieure au « constitutionnalisme ». Car un concept de la loi, qui repose sur la conviction que « gouverner c'est légiférer », se rapproche sensiblement des concepts de la loi établis par Aristote et par Saint Thomas d'Aquin. L'auteur de la *Summa theologiae* considérait, lui aussi, la législation comme la *ratio gubernativa*, et comme le *dictamen practicae rationis in principe qui gubernat aliquam communitatem perfectam* (*Summa* 1 a 2 quae. 90, 91 art. 1).

Bien qu'une pareille conception de la loi pose le problème des délégations législatives sous un jour nouveau, il est cependant indéniable qu'elle signifie un triomphe sur les concepts de loi et de constitution propres aux régimes de séparation des pouvoirs.

LA CONSTITUTION ESPAGNOLE DE 1812 ET LES DEBUTS DU LIBERALISME EUROPEEN

(Esquisse d'histoire constitutionnelle comparée)

Par B. MIRKINE-GUETZEVITCH

*Professeur à l'Institut des Hautes Etudes Internationales
de l'Université de Paris,*

*Vice-Président de l'Institut International d'Histoire constitutionnelle,
Secrétaire général de l'Institut de Droit comparé
de l'Université de Paris*

La Constitution espagnole de 1812, l'œuvre des Cortès de Cadix, point de départ de l'évolution politique de l'Espagne moderne, a joué un rôle important dans la naissance du libéralisme européen du XIX^e siècle.

Cette Constitution, qui a influencé toute une génération des différents pays, relève incontestablement de l'histoire constitutionnelle comparée, dont nous avons souvent exposé les méthodes et les principes ⁽¹⁾. Le droit constitutionnel comparé présume des connaissances des histoires constitutionnelles nationales. Pour faire de l'histoire constitutionnelle comparée, il est indispensable, en raison même de la nature du droit constitutionnel, d'appliquer simultanément la méthode historique et la méthode comparative. Il faut étudier les causes historiques et leurs effets juridiques. L'histoire constitutionnelle comparée doit s'appuyer sur deux formes de comparaison : 1^o comparaison des causes — histoire comparée des faits ; 2^o comparaison des effets — histoire comparée des institutions juridiques.

L'histoire constitutionnelle comparée est, comme nous l'avons dit, fondée sur l'application simultanée de deux méthodes : historique et comparative. Bien souvent l'histoire constitutionnelle nationale n'est point compréhensible en dehors de l'application de la méthode comparative : ses perspectives seraient erronées ; l'application de la méthode comparative n'est pas seulement un complément à la méthode historique, elle est

(1) Cf. notre étude *L'Histoire constitutionnelle comparée* dans les *Annales de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, II, Paris, 1936, p. 85 et suiv. Voir notre article *Propos de méthode* dans la *Revue d'Histoire politique et constitutionnelle*, 1937, p. 178 et suiv.

souvent un élément indispensable pour l'étude de l'histoire constitutionnelle nationale (2).

Quelle est donc la « philosophie politique » de la Constitution de 1812, quels sont ses principes, quelles sont ses sources intellectuelles ?

L'Espagne, réveillée par la lutte contre Napoléon, en l'absence de son roi Ferdinand VII, prisonnier en France, l'Espagne arriérée et somnolente, a étonné le monde par l'œuvre des Constituants de Cadix. Comment, par quel miracle, ce pays sans aucune expérience politique a-t-il pu opérer cette étonnante transition de l'ancien régime en décadence vers le constitutionnalisme libéral ? Comment a-t-on trouvé des hommes politiques capables de former une assemblée qui, par la tenue de ses débats (3), par la sagesse de ses discussions, étonnaient les témoins anglais déjà habitués aux vieilles traditions parlementaires ?

Dans l'Europe napoléonienne, sans libertés, sans parlements, dans cette Europe partagée entre l'absolutisme éclairé de Bonaparte et l'absolutisme demi-féodal de l'Autriche ou de la Prusse, l'Espagne seule se dresse contre la dictature et l'absolutisme. Elle seule rappelle au monde les principes de 1789. L'Europe, étonnée et inquiète, observe cette première révolution du XIX^e siècle. C'est ainsi qu'incomba à l'Espagne le noble privilège d'inaugurer le libéralisme du XIX^e siècle.

Dans les cadres limités de notre exposé, nous ne pouvons étudier en détail le texte de la Constitution de 1812, sa technicité juridique et toutes les dispositions de cette trop longue Constitution de 384 articles. Pendant plus d'un siècle ses idées et ses principes ont été controversés dans la littérature juridique espagnole. Certains auteurs espagnols prétendaient que l'Œuvre des Cortès de Cadix était originale et « nationale » et que le texte de 1812 n'a fait que moderniser les vieux principes du droit public de la monarchie espagnole. Martinez Marina, le commentateur contemporain de la Constitution de Cadix, une belle figure de philosophe, de patriote, de prêtre démocrate, de « moine-jacobin » a développé dans son livre classique (4) cette interprétation *nationale*. Martinez Marina et

(2) Cf. Nézard, *De la méthode dans l'enseignement du droit constitutionnel* (Mélanges Carré de Malberg), Paris, 1933, pp. 377 et suiv. Cet auteur affirme, contrairement à notre conception, que l'étude du droit constitutionnel doit être fondée non sur la comparaison, mais sur l'histoire politique de chaque peuple prise séparément (*op. cit.*, p. 391). Cf. Deslandres, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, I, Paris, 1933, pp. 2-4.

(3) Cf. le *Discours préliminaire* (1811) d'Aurustin Argüelles.

Rappelons, par exemple, cette motion votée à l'unanimité au début du travail des Cortès : « Aucun membre des Cortès n'a le droit de solliciter pour un autre, ou d'accepter pour lui, aucun emploi, pension, dignité, faveur du pouvoir exécutif ou de tout autre qui pourrait lui succéder. Si, à dater de ce jour, il a accepté quelque emploi ou faveur, sa nomination sera nulle de plein droit ». (Cette règle est encore plus sévère dans la rédaction définitive de l'art. 130 de la Constitution).

(4) *Teoria de las Cortes o grandes Juntas nacionales de los Reinos de Leon, y Castilla*, Madrid, 1813 ; la traduction française par Fleury : *Théorie des Cortès ou histoire des grandes assemblées nationales des royaumes de Castille et de Léon depuis l'origine de la monarchie espagnole jusqu'à nos jours*, I, II, Paris, 1822. Cette traduction est peu exacte et en partie elle n'est qu'une adaptation. La littérature espagnole sur Martinez Marina est riche. La meilleure étude en français sur la philosophie politique de Marina est due à la plume de M. Roman Riaza, *Les idées politiques de Martinez Marina et leur importance dans son œuvre scientifique* (La Révolution française, 1936, p. 340 et suiv.).

Argüelles ont su influencer plusieurs auteurs du XIX^e et même du XX^e siècle. Mais l'école moderne des publicistes et des historiens espagnols a formulé plusieurs réserves au sujet du caractère « national » de l'œuvre de Cadix.

L'éminent doyen de Madrid, Don Adolfo Posada ⁽⁵⁾, en réfutant cette interprétation traditionnaliste, a simplement rétabli la vérité historique : la Constitution de 1812 ne fut qu'une variante espagnole de l'œuvre de la Constituante française ⁽⁶⁾. La Constitution de Cadix a créé le même type politique : la même structure, la même « monarchie républicaine » de Mably ⁽⁷⁾, la même primauté du Législatif, le même affaiblissement de l'Exécutif. Plusieurs articles ne sont qu'une simple traduction ou périphrase du texte français. Plan général, institutions, répartition des compétences, tout a été emprunté à l'œuvre de la Constituante. En ce qui concerne le problème du gouvernement, à Cadix comme à Paris, on a rejeté le régime parlementaire : c'est ainsi qu'on préparait la catastrophe qui s'est abattue, malgré les avertissements de Mirabeau, sur les hommes de 1789 ⁽⁸⁾.

La partie institutionnelle de la Constitution ⁽⁹⁾ n'est que la répétition pure et simple des chapitres correspondants de celle de 1791 ⁽¹⁰⁾. Et toute

(5) Voir notamment son *Tratado de derecho politico*, II, Madrid, 1935, p. 258 et suiv. Cf. Posada, *La nouvelle Constitution espagnole*, préface de Joseph Barthélemy et Mirkine-Guetzévitch, Paris ; Comte de Toreno, *Histoire du soulèvement, de la guerre et de la révolution d'Espagne*, Paris, 1836, III-V ; Lagailarde, *La Constitution Espagnole et le régime parlementaire en Espagne*, Toulouse, 1906, p. 22 et suiv. ; Rosseeuw Saint-Hilaire, *Les Cortès espagnoles. La Constitution de 1812* (Académie des Sciences Morales et Politiques, 1879, p. 634 et suiv.) ; d'Ascoli, *La Constitution espagnole de 1931*, préface de Mirkine-Guetzévitch, Paris, 1932, p. 5 et suiv.

(6) M. A. Posada dit : « Le nouveau régime ne s'appuyait pas en Espagne sur des « précédents traditionnels », du moins immédiats ; et il obéissait surtout, par son plan, à l'influence expansive de la Révolution française. Il manquait donc un véritable enchaînement historique entre l'évolution traditionnelle de l'absolutisme et la formation du régime constitutionnel qui s'introduira, grâce surtout à une suggestion idéologique et aux circonstances favorables offertes par l'évidente désorientation nationale qui existait alors... » (*Tratado*, II, p. 264) « A côté du dessein restaurateur — qui puise son inspiration dans l'admiration raisonnée de traditions vénérées et qui reflète les idées des grands penseurs espagnols — on remarque dans le *Discours préliminaire*, l'influence du nouvel esprit et les tendances génératrices du nouveau régime » (*Op. cit.*, p. 275). « La Constitutin, malgré tout ce que l'on dit dans le « Discours préliminaire » et dans le « Préambule », est notoirement à caractère révolutionnaire, abstrait et aprioriste. Les influences qui s'exercèrent sur la Révolution française, avec, en plus, celle que représente la Révolution même, sont les mêmes dans l'œuvre des Cortès de Cadix. » (*Op. cit.*, p. 277).

(7) Cf. Aulard, *Histoire politique de la Révolution française*, 5^e éd., Paris, 1921, p. 8 et suiv.

(8) Voir notre *Gouvernement parlementaire sous la Convention* (*Cahiers de la Révolution française*, VI, 1937, p. 58 et suiv.).

(9) Pour son texte nous nous sommes servis de la réimpression de 1820 : *Constitucion politica de la monarquia española, promulgada en Cadiz a 19 de marzo de 1812. Reimpresa en la imprenta nacional de Madrid. año de 1820*. V. ce texte aussi dans *Constituciones y reglamentos*, Madrid, 1931, p. 35 et suiv. Traduction française dans Dufau, Duverger et Guadet, *Collection des Constitutions, chartes et lois fondamentales*, tome V, Paris, 1830, p. 84 et suiv.

(10) Les dispositions techniques des deux Constitutions ne sont pas identiques. L'exercice du veto royal, par exemple, n'est pas le même. Rappelons aussi les prérogatives du roi espagnol en matière de la politique étrangère, prérogatives refusées par la Constituante dans son célèbre décret du 22 mai 1790. Mais, dans notre exposé, nous laissons sciemment de côté les détails techniques de la Constitution de Cadix.

la philosophie politique française de l'époque se retrouve dans la Constitution de Cadix. Comparez l'article 3 — « la souveraineté réside essentiellement dans la nation » — avec la Constitution de 1791 : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation... » (art. 3 de la Déclaration des Droits, Constitution du 3 septembre 1791) ⁽¹¹⁾. Relisez l'article 13, qui dit : « l'objet du gouvernement est le bonheur de la nation, car le but de toute société politique n'est autre chose que le bien-être des individus qui la composent » ; et ce bel article 6 : « L'amour de la patrie est un des principaux devoirs de tous les Espagnols, ainsi que la justice et la bienfaisance »... L'article 110 condamne les députés des Cortès à la non rééligibilité et contient une disposition toute semblable à celle de la Constitution française de 91. Et ainsi de suite ⁽¹²⁾.

Quant aux éléments nationaux et traditionnalistes purement espagnols, on les rencontre dans ce texte à côté des emprunts étrangers. C'est en particulier dans le Préambule que se trouve cette conception traditionaliste, chère à Martinez Marina :

« Don Ferdinand VII, par la grâce de Dieu et la constitution de la monarchie espagnole, et, pendant son absence et sa captivité, la régence du royaume nommée par les Cortès générales et extraordinaires, à tous ceux qui auront connaissance des présentes, faisons savoir que ces Cortès ont décrété et sanctionné la constitution suivante :

Au nom de Dieu le Tout-Puissant, Père, Fils et Saint-Esprit, auteur et législateur suprême des sociétés,

Les Cortès générales et extraordinaires de la nation espagnole, bien convaincues, d'après un long examen et une mûre délibération, que les anciennes lois fondamentales de cette monarchie, modifiées par une organisation et appuyées d'une garantie, qui assure d'une manière stable et permanente leur entière exécution, rempliront le grand objet désiré, celui de la gloire, de la prospérité et du bien-être de toute la nation, décrètent, pour le bon gouvernement et la bonne administration de l'Etat, la constitution politique suivante... ».

Mais ces « anciennes lois fondamentales » ne sont qu'un élément purement déclaratoire. Les auteurs de la Constitution ont voulu établir la transition entre l'Espagne de l'ancien régime et l'Espagne révolutionnaire.

Parmi les autres éléments nationaux, il faut surtout citer l'article 12 : « La religion de la nation espagnole est et sera perpétuellement la religion catholique, apostolique, romaine, la seule vraie. La nation la

(11) Martinez Marina dit : « la souveraineté réside essentiellement dans la nation » (*Teoria*, VI, 1). Cf. Luis de Sosa, *Martinez Marina*, Madrid, 1934, p. 138.

(12) Voir la comparaison des différents passages de la Constitution de Cadix avec les passages correspondants de la Constitution française de 1791 chez Posada (*O. c.*, p. 278-279). Cf. Lagaillarde, *o. c.*, p. 33.

En ce qui concerne les élections, malgré le cens établi par l'art. 92 — « revenu annuel convenable, provenant de biens possédés en propriété » — l'art. 93 ajournait l'application de ce cens : « La disposition de l'article précédent demeure suspendue jusqu'à ce que les Cortès qui doivent se tenir à l'avenir déclarent l'époque où elle devra être mise à l'exécution, et qu'ils déterminent la quotité du revenu et la qualité de biens desquels il devra provenir ; ce qu'ils décideront alors sera regardé comme disposition constitutionnelle, de même que si cela eût été déterminé dans la présente constitution ».

protège par des lois sages et justes, et défend l'exercice de toutes les autres ». Ne nous étonnons pas à trouver dans cette Constitution avancée cette règle archaïque, excluant l'exercice de tous les cultes autres que catholique ⁽¹³⁾. C'est un élément singulièrement traditionnel ⁽¹⁴⁾.

Le reste du texte de 1812 est une adaptation de la Constitution de 1791. Les contemporains savaient très bien que la Constitution de Cadix, à part quelques rares dispositions, fut une œuvre d'imitation ⁽¹⁵⁾.

Et le roi Ferdinand VII usera de cet argument en annonçant la suppression de la Constitution de 1812 : « Cette forme de législation, si étrangère à la nation espagnole, fit oublier les lois qui l'avaient rendue, en d'autres temps, si heureuse et si respectée. En effet, toutes les bases de l'ancienne constitution monarchique furent renversées, et on copia les principes révolutionnaires et démocratiques de la constitution française de 1791. En renonçant à ceux de la constitution qui avait été commencée à Cadix, on sanctionne non les lois fondamentales d'une monarchie modérée, mais celles d'un gouvernement populaire, présidé par un chef ou magistrat qui n'est qu'un *commis*, et non un roi; on lui donne, il est vrai, le nom de roi, mais ce n'est que pour séduire et tromper les hommes imprévoyants et sans défiance » ⁽¹⁶⁾.

L'Espagne revient à l'absolutisme. La terreur règne. Les proscriptions s'abattent sur le parti constitutionnaliste. Les libéraux sont en prison, ou en exil. La vie constitutionnelle est étouffée.

La Constitution de Cadix a produit en Europe une impression considérable. Son prototype français, la Constitution de 1791, fut déjà oubliée. Le jeune libéralisme européen, tout en continuant l'œuvre de la Révolution française, ne cherche plus son programme constitutionnel dans les textes français. Il se tourne vers la Constitution espagnole qui, en son heure de célébrité, devient l'étendard de toutes les révolutions.

Le succès européen de la Constitution de Cadix atteint son apogée au moment de la révolution de 1820, de ce premier *pronunciamiento*.

(13) Le serment que les députés ont prêté à l'ouverture des Cortès comportait le passage suivant : « ... Jurez-vous de maintenir la sainte religion catholique, apostolique et romaine, à l'exclusion de toute autre ?... ». L'abolition de l'inquisition fut votée le 22 janvier 1813 par 90 voix contre 60. L'inquisition, rétablie en 1814, a été définitivement abolie en 1820.

(14) Rappelons, en passant, une institution purement nationale, celle de la *Députation permanente* (voir notre étude *Les pleins pouvoirs sous le régime parlementaire* dans les *Annales de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, III, 1937).

(15) Comme disait le marquis de Miraflores : « Nos Solons de Cadix... produisirent une contrefaçon de la constitution mal digérée de 1791 » (cf. Victor du Hamel, *Histoire constitutionnelle de la monarchie espagnole*, tome II, Paris, 1845, p. 299). Martinez Marina, parfois, reconnaissait lui-même l'influence prépondérante de la Constitution française de 1791 sur l'œuvre de Cadix (v. Riazar, *op. cit.*, p. 341).

(16) Manifeste de Valence du 4 mai, publié à Madrid le 15 mai. Voir du Hamel, *op. cit.*, p. 325 et suiv. C'est à Valence, rentrant en Espagne, que le roi reçut la délégation, connue dans l'histoire politique de l'Espagne sous le sobriquet pittoresque « Les Perses » ; l'adresse qui fut remise au roi commençait en effet par le passage suivant : « C'était un usage chez les anciens Perses de passer cinq journées entières dans un état d'anarchie après la mort de leur roi, pour que l'expérience des assassinats, vols et autres malheurs qu'ils avaient alors à supporter les contraignit à une fidélité plus grande envers le nouveau monarque. Pour rester fidèle à Votre Majesté, l'Espagne n'avait pas besoin de faire un essai semblable pendant les six années de votre captivité ». (Cf. Hubrard, *Histoire contemporaine de l'Espagne*, première série, T. I, Paris, 1869, p. 411 et suiv.).

Une nouvelle génération politique fait son apparition à Madrid. Les libéraux modérés, sortant de prison, revenant d'exil, sont remplacés par une équipe plus avancée. L'attitude du roi réactionnaire a contribué de beaucoup à animer ce souffle révolutionnaire. Ce ne sont plus les *liberales*, ce sont les *exaltados* qui sont au gouvernement ⁽¹⁷⁾. Et ces *exaltados*, divisés en plusieurs fractions — *comuneros*, *descamisados*, *zurriagistes* et autres — ont une attitude intransigeante envers le roi, l'Eglise, la propriété et la noblesse. Le radicalisme espagnol devient nettement anti-royaliste et anticlérical. En vain les représentants de la génération de Cadix luttent contre l'extrémisme. En vain un libéral, Martinez de la Rosa, clamait aux Cortès : « Je n'imagine pas la liberté sous les traits d'une furieuse bacchante, qui parcourt les rues parmi les torches et les hurlements ; je la vois, je la respecte et je l'adore, sous les traits d'une grave matrone, qui ne s'humilie pas devant le Pouvoir, mais qui ne se souille pas dans le désordre »... ⁽¹⁸⁾. Les événements se précipitent ⁽¹⁹⁾ ; survient l'intervention de la Sainte-Alliance, qui met fin au régime constitutionnel. Cette fois-ci, l'Espagne subira longtemps le régime absolutiste, avec sa terreur et ses cruautés.

Le *pronunciamiento* de 1820 n'a pu assurer à l'Espagne une vie constitutionnelle durable. Mais le mouvement dépasse les cadres de l'histoire espagnole. Si le texte de 1812 devint le programme constitutionnel du libéralisme européen, le *pronunciamiento* de 1820 fut la première révolution libérale en Europe faite au nom de l'application de ce programme. L'Europe libérale a suivi avec angoisse les péripéties sanglantes de cette révolution. Et dans la vie politique européenne du début du XIX^e siècle, le *pronunciamiento* de 1820 fut l'événement le plus important.

Ceux des constitutionnalistes et historiens espagnols qui n'appliquaient pas la méthode comparative présentaient toujours ce *pronunciamiento* comme phénomène purement national de la vie politique espagnole. Mais cette interprétation ne correspond pas à la réalité des choses.

En exposant l'histoire constitutionnelle de leur pays au XIX^e siècle, si mouvementée, si pittoresque, si riche en épisodes dramatiques de guerres civiles, les auteurs espagnols considéraient souvent l'aptitude de leur peuple aux révolutions militaires comme trait caractéristique de l'histoire nationale. Et c'est devenu lieu commun, même chez les auteurs étrangers, d'attribuer la pratique du *pronunciamiento* au caractère du peuple espagnol. Or, cette interprétation est contraire à la réalité historique européenne du début du XIX^e siècle. Le *pronunciamiento* de 1820 ne peut et ne doit pas être considéré comme phénomène purement espagnol ; il ne peut même être compris en dehors de l'histoire politique comparée.

Le *pronunciamiento* était considéré en 1820, par les libéraux de cette époque, comme forme nécessaire du progrès. Le peuple, privé d'instruction,

(17) Voir l'excellent ouvrage de M. Jean Sarraïeh, *Un homme d'Etat espagnol : Martinez de la Rosa (1787-1862)*, Paris, 1930, p. 101 et suiv.

(18) Sarraïeh, *op. cit.*, p. 109.

(19) Voir l'ouvrage de M. Jean Sarraïeh, *La contre-révolution sous la Régence de Madrid* (mai-octobre 1823), Paris, 1930, p. 73 et suiv.

profondément attaché à l'Eglise et à la dynastie, n'aspirait nullement à la liberté ⁽²⁰⁾. Seule la révolution militaire, cet acte de violence d'une minorité éclairée, pouvait donner la liberté politique à l'Espagne. Telle était la philosophie politique de ces libéraux qui, en 1820, avaient décidé de forcer le peuple espagnol à être libre.

Cette attitude, cette mentalité fut-elle spécialement espagnole ? Ne fut-elle propre qu'aux officiers de Cadix ? Il suffit de rappeler qu'à la même époque, sous l'impulsion de Santa Rosa, le groupe des officiers libéraux a fait le même *pronunciamiento* à Turin. Les officiers et les nobles, conduits par Pepe, font un *pronunciamiento* à Naples. Et même à Saint-Petersbourg, les officiers nobles, les *Décabristes*, tentent, après avoir préparé un projet de Constitution libérale, une insurrection, qui dure quelques heures à peine (14/26 décembre 1825). Même en France, à cette époque, les militaires libéraux complotent et organisent de temps à autre des insurrections. L'affaire des quatre sergents de La Rochelle, par exemple, n'est qu'un *pronunciamiento* à l'espagnole, avec cette seule différence qu'il n'a pas réussi.

Ainsi, dans tous les coins de l'Europe, il existait dans les années 1820 des facteurs et des mouvements identiques. Santa Rosa à Turin, Capodistria en Moldavie ou les *Décabristes* à Saint-Petersbourg, sont les mêmes hommes romantiques, avec la même foi, la même croyance en la nécessité de la force pour libérer le peuple qui ne désire pas sa libération.

Toutes ces révolutions romantiques ont un caractère commun ; sous le soleil de Cadix ou dans les neiges de Saint-Petersbourg ⁽²¹⁾, les hommes se ressemblent comme des frères. Ils appartiennent à la même classe sociale : ce sont des nobles et des militaires. A cette époque, les militaires représentent la classe instruite ; les guerres napoléoniennes, les voyages, les campagnes leur ont donné en outre des connaissances variées dans le domaine politique. Le *pronunciamiento* fut donc, au début du XIX^e siècle, une forme commune aux divers peuples de l'Europe.

En Espagne, la Constitution de 1812 ne termine pas son existence politique avec la réaction de Ferdinand VII ; cette Constitution demeure le symbolique drapeau des libéraux dans leur lutte contre l'absolutisme.

Le retour au constitutionnalisme se fait avec le Statut royal de 1834. C'est une Charte octroyée, inspirée en partie, sous l'influence de Martinez de la Rosa ⁽²²⁾, par la Charte française, et en partie par le pseudo-constitutionnalisme allemand de cette époque ⁽²³⁾. Mais une révolution militaire éclate dans le palais de La Granja, et le Statut est remplacé par la Constitution de 1837. Cette nouvelle Constitution, tout en étant fidèle à l'idéal

(20) M. Angel Marvaud, dans son ouvrage connu, *L'Espagne au XX^e siècle. Etude politique et économique*, 2^e éd., Paris, 1922, p. 29, cite ces paroles d'un historien espagnol : « Tandis qu'en 1808, l'escadre se soulevait à Cadix au nom de la liberté, le peuple, lui, prenait tranquillement le chemin de la *plaza de toros*... ».

(21) V. notre article *Les idées politiques du Décabriste et l'influence française* (Le Monde Slave, 1925, p. 374 et suiv.).

(22) Sarraïeh, *op. cit.*, p. 183 et suiv.

(23) Voir notre étude *Les origines françaises du régime parlementaire* (« Séances et Travaux de l'Académie des Sciences morales et politiques », juillet-août 1932, p. 32 et suiv.).

libéral de Cadix, reproduit le type de la monarchie parlementaire belge. A partir de l'année 1837, sous l'influence directe de la Constitution belge, la Constitution de Cadix revêtit une forme modernisée. Pendant les années qui suivent, les révolutions et les prononciamientos troublent la vie politique espagnole. Dans cette longue lutte, le camp modéré et le camp progressif ont, chacun, leur propre programme constitutionnel ; la droite tend vers le Statut de 1834, la gauche tâche de continuer la tradition constitutionnelle de 1812-1837. Ainsi la Constitution de 1845 n'est qu'un retour au pseudo-constitutionnalisme du Statut, tandis que la Constitution démocratique de 1869 continue l'application des idées de Cadix, en modernisant à nouveau sa tactique juridique. Pendant un demi-siècle, toute la vie constitutionnelle de l'Espagne oscille entre les deux types constitutionnels. Les historiens et les juristes espagnols considèrent ce phénomène comme spécifiquement national. Est-il propre seulement à l'Espagne ? Nullement. Ce balancement du pendule tantôt à droite, tantôt à gauche, c'est toute l'histoire constitutionnelle de l'Europe entière jusqu'à 1914 : absolutisme, pseudo-constitutionnalisme d'une charte octroyée, parlementarisme. Tous les pays ont connu ces mêmes phases ; seules, les dates diffèrent. La France a une Charte octroyée déjà en 1814 ; l'Espagne n'en sera dotée que vingt ans plus tard ; l'Autriche ne la recevra définitivement qu'en 1867 et la Russie en 1906 seulement ⁽²⁴⁾.

La Constitution de Cadix, avec son complément politique — le pronunciamiento de 1820 — a influencé tous les mouvements libéraux de l'Europe ⁽²⁵⁾. La Constitution de 1812 devint un programme, un mot d'ordre.

C'est au nom de cette Constitution que l'on fait la révolution de 1820 à Naples, et la Constitution de 1812 est proclamée Constitution napolitaine. Et quand, en 1821, les patriotes se révoltent à Milan, on y proclame cette même constitution espagnole.

Ce texte a été considéré partout comme une véritable charte de la liberté. A Naples ou à Milan, au lieu de convoquer une Constituante et chercher les formes nationales de la vie constitutionnelle, on promulgue le texte de 1812. La Constitution de Cadix fait le tour de l'Europe méridionale ; elle a impressionné l'Europe entière.

Proclamée à l'heure sombre en Europe sans liberté, cette Constitution a joué — fait curieux — un rôle plus important que les souvenirs de la Révolution française, affaiblis par des années de l'Empire. La Révolution espagnole avait ce caractère national et romantique qui correspondait à la mentalité du début du XIX^e siècle. Première dans cette série de révolutions romantiques, la révolution espagnole fut plus près des cœurs des libéraux européens que les constructions classiques de la France révolutionnaire. Mais les idées politiques étaient les mêmes. Les Cortès de Cadix ont pris

(24) V. notre livre *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, 1936. V. notre article *Evolution du régime représentatif* (« Bulletin Interparlementaire » 1936, p. 1-11).

(25) Cf. Seignobos, *Histoire politique de l'Europe contemporaine*, 7^e éd., Paris, 1924, I, p. 357 et suiv., 409 et suiv. Georges Bourgin, *La formation de l'unité italienne*, Paris, 1929, p. 72 et suiv.

la Constitution française de 1791 et l'ont adaptée aux circonstances. Cette Constitution, toute française qu'elle soit par ses origines, a été adoptée par un peuple luttant contre Napoléon, ce qui a donné un prestige particulier à ce texte. C'est là qu'il faut chercher le secret de cette influence, de cette fortune inattendue que l'œuvre de Cadix a gagnée en Europe.

Dans la Constitution de Cadix, dans le premier pronunciamiento de 1820, l'Europe a trouvé le type de la révolution libérale, qui reste dominant jusqu'en 1830. La révolution de juillet et surtout la Constitution belge de 1831 établissent le régime parlementaire et créent un autre type de l'Etat, plus conforme aux besoins de la vie moderne.

L'œuvre de Cadix correspondait aux aspirations du romantisme politique des années 1820, au libéralisme naissant du XIX^e siècle. Ces aspirations ne demandaient pas encore une technicité constitutionnelle parfaite. C'est pourquoi le succès politique de la Constitution espagnole a dépassé de beaucoup ses qualités techniques plus que médiocres. Mais pour l'histoire constitutionnelle comparée, l'œuvre de Cadix présente une réelle importance : le constitutionnalisme libéral du XIX^e siècle commence à Cadix.

SECTION II

FORMATION ET TRANSFORMATIONS DES ETATS

JARRA, *La concorde civique et la Constitution de la République de Pologne.*

DUBOIS-RICHARD, *La résurrection d'un Etat : L'Egypte des Mohamed-Alis.*

LEVY-BRUHL, *Le concept juridique de Révolution.*

LA CONCORDE CIVIQUE ET LA CONSTITUTION DE LA REPUBLIQUE DE POLOGNE

Par Eugène JARRA

*Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Joseph Pilsudski
de Varsovie (*)*

I

La loi constitutionnelle polonaise de 1935 contient, en plus de la partie dispositive, une Déclaration qui renferme en dix articles les principes fondamentaux du régime polonais. L'un de ces articles, le neuvième, déclare que « l'Etat tend à unir les citoyens dans une collaboration harmonieuse au profit de l'intérêt commun ». Cet article nous amène à poser le problème de l'intégration sociale de l'universalisme, de la concorde civique.

La question de la concorde civique est devenue particulièrement actuelle après la guerre, tant dans la théorie que dans la pratique du droit.

Nous la rencontrons par suite chez les théoriciens de tous les pays, comme *Carré de Malberg*, qui a parlé ici « de la poursuite unanime de certains buts communs de la même nation », comme *Harold Laski*, traitant de « l'harmonie raisonnable et continue », comme *Giorgio del Vecchio*, la nommant « la concorde civile ou l'unité parfaite », comme encore : *Spann*, *Koellreutter*, *Mentzel*, *Swoboda*, et beaucoup d'autres ; ajoutons que d'ordinaire cette idée se présente en liaison avec une deuxième idée parallèle du régime politique, celle du bien commun.

Son rôle dans la pratique n'est pas moindre. La loi fondamentale de l'Etat fasciste, la Charte du Travail de 1927, dans son point premier et principal déclare que la Nation Italienne est un organisme ayant des fins et moyens d'action supérieurs à ceux des individus, qu'elle est une unité morale, politique et économique, et le créateur du Fascisme rejetant la conception individualiste de l'Etat, voit dans l'unité des citoyens son caractère essentiel. C'est l'Etat qui instruit les citoyens dans la vertu civique, leur donne la conscience de leurs missions, les pousse à l'union, harmonise leurs intérêts dans la justice, leur transmet les conquêtes de la pensée, dans la science, dans les arts, dans le droit, dans la solidarité humaine. Le mot d'ordre énoncé par Mussolini : Tout pour l'Etat, rien contre l'Etat, rien hors de l'Etat ! donne l'expression la plus nette de l'homogénéité de l'Etat fasciste.

(*) Ce travail paraît simultanément sous une forme élargie dans la *Thémis Polonaise*, Varsovie, 1937.

C'est également la concorde civique que se propose pour but le régime national-socialiste, différent cependant du fascisme en ce qu'il reconnaît comme incarnation de cette concorde non l'Etat, mais la Nation, l'Etat ne devant servir que comme moyen d'atteindre ce but. Selon Hitler, « l'Etat est un moyen vers le but. Son but c'est de maintenir et d'appuyer la communauté d'êtres identiques physiquement et spirituellement ». En développant cette thèse, les commentateurs officiels des principes nationaux-socialistes voient le « totalitarisme » de l'Etat allemand dans la parfaite pénétration de toute la vie de la Nation et de l'Etat par une conception politique fondamentale unique, en opposition avec le « pluralisme » de l'état libéral neutre, qui admet de multiples conceptions du monde.

Le postulat de la concorde civique au nom du bien commun, postulat admis par les auteurs de la Constitution de la République de Pologne, est né en toute indépendance des modèles étrangers et possède son caractère propre.

Il apparaît tout d'abord avec force et constance chez Joseph Pilsudski; dans ses écrits, ses discours, ses ordres à l'armée, ses exposés et ses interviews, il critique le manque d'unanimité dans la Pologne d'avant les partages, il condamne les querelles, les disputes, les inimitiés partisans, réclamant l'amour entre les frères, qui crée les liens les plus puissants : au nom de l'unanimité, il réclame la collaboration harmonieuse et loyale des hommes, des partis, des institutions en un seul front pour la reconstruction de la Patrie renaissante ; il réclame l'union la plus étroite et une solidarité telle qu'elle soit un devoir pour tous ceux qui font partie du groupe, et en même temps la collaboration si difficile à atteindre des partis, qui devraient sacrifier leur individualité au but commun.

Par suite, la Constitution polonaise, adoptant par le principe de la concorde civique une position d'universalisme conforme à la conception moderne de cette notion, n'anéantit pas l'individu, mais bien au contraire le reconnaît et le soutient, puisqu'elle reconnaît son action créatrice comme « le levier de la vie collective » et lui assure la « possibilité de développer ses vertus personnelles » (points 1 et 2 de l'art. 5) ; avec cette réserve toutefois que, s'opposant à la doctrine de l'individualisme excessif, elle dote de droits l'individu, non eu égard à lui-même, mais eu égard au bien public, en décidant que les droits des citoyens à exercer une influence sur les affaires publiques seront mesurés d'après la valeur des efforts et des mérites dont ils auront fait preuve dans l'intérêt commun (1 art. 7).

Les directives de l'article 9, concernant la concorde civique, servent de point de départ pour d'autres décisions de la Constitution polonaise ; elles motivent également avec clarté l'abandon dans cette constitution de prescriptions que ce point de vue rend inutiles.

D'une part donc le représentant des citoyens, en tant qu'individus, et de leurs groupes est l'organe suprême de l'Etat : le Président. La tâche de la représentation nationale est d'exprimer non seulement la diversité des intérêts et des tendances qui pénètrent la population, mais également leur solidarité qui est le ciment de l'Etat ; le serment prêté par les députés avant de commencer à exercer leur mandat leur impose « comme premier devoir le souci de l'unité de l'Etat » (1, art. 39).

D'autre part, on comprend l'absence dans la constitution polonaise de

prescriptions abolissant les droits et privilèges attachés à des titres héréditaires, ainsi que ces titres eux-mêmes, et cela, non pas parce qu'ils avaient été abolis formellement par la précédente Constitution de 1921, mais en vertu du principe même de la concorde civique, que contredisent d'une manière choquante les prétentions de la naissance.

Où faut-il chercher la genèse de cette idée de la philosophie du droit, de l'idée de la concorde civique, qui occupe une place si éminente dans la doctrine contemporaine et dans les régimes des États ? Les créateurs et les commentateurs de la constitution polonaise indiquent comme source immédiate l'idée de la solidarité sociale, et en particulier les travaux de *Duguit* et d'*Hauriou*.

Tout en relevant avec la plus grande estime les mérites de ces deux savants en ce qui concerne le fondement théorique de l'idée de la concorde civique, il convient cependant d'affirmer que cette idée possède un passé bien plus lointain et respectable que la théorie de la solidarité : ce passé, elle le possède en général dans l'histoire universelle de la philosophie du droit, et en particulier dans l'histoire de la pensée politique polonaise. C'est à montrer le développement de cette idée dans ces deux directions que nous allons maintenant nous attacher.

II. — SOURCES CLASSIQUES

L'idée de la concorde civique est née en Grèce : elle y atteint déjà un haut degré de formation, et c'est de là qu'elle a ensuite exercé son influence sur la littérature politique européenne.

Dans les plus anciens monuments de la pensée grecque, chez *Homère* et *Hésiode*, la concorde apparaît comme l'idéal de la plus petite cellule sociale, sous la forme d'un accord chaudement recommandé : Concorde conjugale, familiale, domestique. Mais c'est bien par contre la concorde civique que nous rencontrons expressément au V^e siècle, dans les régimes de Sparte, de Crète et d'Athènes, dont le « *nomos* », la loi, devait être le facteur d'union de la communauté de l'État. La concorde civique commence aussi à occuper une place sans cesse plus importante dans les réflexions des penseurs présocratiques : on l'appelle d'un terme spécial : *ὁμόνοια*, d'après la déesse de ce nom, symbole de la concorde dans l'État ⁽¹⁾.

C'est ainsi qu'on peut déjà constater l'idée de l'harmonie sociale chez les Pythagoriciens, comme en témoigne *Archytas* de Tarente (Diels, *Fragmente*, I, 1922, 336), chez *Héraclite* d'Ephèse (Diels, n^{os} 8, 10, 50, 51, 54, 114) et surtout chez *Démocrite* d'Abdère, qui considère la concorde civique comme le complément d'un bon régime politique et par suite comme le but de toute éducation et de toute science ; c'est seulement quand ils possèdent cette concorde que les États peuvent se permettre l'accomplissement de grandes œuvres, comme la conduite des guerres. L'unanimité des citoyens a pour but l'intérêt commun, et, du moment que « tout est

(1) Kramer H. *Quid valeat ὁμόνοια in litteris graecis*. Diss., Gottingae 1915 ; Mühl Max, *Untersuchungen*, Klio, 1933, p. 43 ; Kaerst, *Gesch. der Hellenism*, I, 1917, p. 7 à 22 ; Meyer Ed., *Forschungen*, I, 1892, pp. 215, 235 ; Dittrich, *Gesch. der Ethik*, I, 1926, p. 135 sqq.

contenu dans l'Etat », son intérêt doit être considéré comme l'intérêt suprême (Diels, *Fragmente*, II, 1922, n^{os} 34, 191, 186, 90, 249, 33, 250, 255, 248, 252).

La théorie universaliste de la concorde civique a été développée dans l'enseignement de *Socrate*, de *Platon* et d'*Aristote*, et cela dans un temps dont *Thucydide* nous dit (III, 83) que l'intérêt privé y avait pris la première place, et par suite la disposition à faire peu de cas des buts de l'Etat, et à se servir de ce dernier pour la réalisation des caprices personnels. Dans ce temps les sophistes eux-mêmes, comme *Gorgias* (Diels, II, 1922, p. 249), *Thrasymaque* (Diels, II, p. 279), *Antiphon* ⁽²⁾, poussés, il est vrai, non par l'impulsion du bien commun, mais par le motif de l'intérêt personnel de l'individu, conseillent aux citoyens d'une même cité d'abandonner leurs querelles et de s'unir dans une conformité d'opinions ; les orateurs publics, comme *Isocrate* et *Démosthène*, condamnant la lutte des partis, prônent la concorde civique pour les avantages qu'elle apporte à l'Etat tout entier et pour la gloire immortelle qu'elle assure à ses nobles réalisateurs (*Démosthène*, *Ἐπιστολὴ* 1,5 (1464) ; *Ἀνδρότ.* XXII, 77 (618) ; *Τίμοκρ.* XXIV, 185). La tragédie enfin, qui est dans tous les temps le sensible écho du milieu où elle naît, dans la Grèce du V^e siècle et du IV^e siècle, par la bouche d'*Eschyle*, de *Sophocle* et d'*Euripide*, lance un haut et clair appel à la concorde civique : « Et que jamais, dans cette ville, ne gronde la Discorde insatiable de misères ! Que la poussière abreuvée du sang noir des citoyens ne se paye pas, en sa colère, du sang de ces représailles qui font la ruine des cités ! Que tous entre eux n'échangent que des joies, remplis d'un mutuel amour et haïssant d'un même cœur ! A bien des maux humains il n'est pas d'autre remède ». (*Euménides*, v. 976-987).

Au milieu de ces appels unanimes à l'union et à la concorde civique, *Socrate* proclame le même mot d'ordre. Il réclame donc l'harmonisation dans l'individu de la morale individuelle avec la morale sociale ; il approuve le droit grec qui impose aux citoyens le serment de conserver l'unanimité ; enfin il ne passe pas sous silence cette vérité que la parfaite concorde civique coïncide avec le bien commun, puisqu'elle ne laisse subsister qu'une seule conception du bien, qui par la même cesse d'être individuel pour devenir général ⁽³⁾.

Platon est le premier philosophe qui ait donné une théorie systématique de la concorde civique, et, l'ayant incorporée dans la construction de son Etat idéal dont elle est le lien essentiel, il est devenu à jamais le représentant-type de la doctrine de l'universalisme politique. La concorde civique résulte chez lui de la conception fondamentale de l'Etat, considéré comme un individu, comme un homme agrandi, comme un organisme. A l'harmonie de l'âme humaine doit répondre l'unité de l'âme de l'Etat, c'est-à-dire l'unanimité dans les âmes des citoyens qui le composent. Elle repose sur l'accord unanime dans la matière dont toute la communauté d'un Etat donné considère tous les principes de sa vie commune, sur un état de choses où le gouvernement a à faire avec l'activité homogène des

(2) Jacoby E., *De Antiphontis sophistae περί δημοκρατίας libro*, Diss. Berolini, 1908, p. 19, 41, 47 ; Jarra E., *L'idée de l'Etat chez Platon et son histoire*, 1918, pp. 66-67.

(3) Jarra E., *op. cit.*, 1919, p. 92.

citoyens, fondée sur l'harmonie des conceptions fondamentales et des sentiments réciproques. L'Etat, en tant qu'incarnation de l'idée de Souverain Bien, doit créer les méthodes de sa connaissance, proclamer par l'intermédiaires de ses organes les principes objectifs et absolus de la Vérité, et, en accord avec ces principes, diriger les citoyens, en formant leurs conceptions par l'éducation. La suppression de la famille individuelle et de la propriété privée dans la classe des dirigeants et dans celle des guerriers se fonde aussi sur le désir d'assurer à l'Etat l'unité.

La concorde civique postulée de cette manière est le moyen d'atteindre le but supérieur, final, de l'Etat idéal, but qui est le bien de l'ensemble. « Nous ne fondons pas l'Etat, dit *Platon*, pour assurer le bonheur d'une classe par-dessus tous les autres hommes, mais pour assurer autant que possible ce bonheur à la totalité sociale de l'Etat. » (Rép. IV 420 B).

Le principe énoncé du primat du bonheur commun ne s'oppose pas cependant aux droits de l'individu au bonheur, mais le bonheur de l'individu ne sera pas réglé par une norme subjectivement individuelle, arbitraire, mais bien par une norme objectivement individuelle, c'est-à-dire correspondant à un individu donné ou à sa situation. Chacun recevra ce qui lui convient, et ainsi le tout sera beau. Les points de vue individuel et universel, appuyé sur des prémisses identiques, se rejoindront ⁽⁴⁾.

Aristote, lui aussi, tout en rejetant les excès de l'universalisme de *Platon*, comme la communauté des femmes et des biens, reconnaît comme *Platon* dans le citoyen une partie constituante de l'Etat, dont le principe fondamental est la concorde civique. Cela résulte indirectement de la définition de l'Etat comme une communauté parfaite, et par là même s'appuyant sur l'union de ses éléments et non sur leur divergence (Polit. 1, 2, 1252 b, 27 sqq). Cette interprétation trouve une confirmation directe dans le texte de la Politique, selon lequel l'union des dirigeants et des dirigés, et donc l'Etat, doit se présenter comme une totalité homogène formée de multiples parties (1, 5, 1254a, 27-31). Toutefois la concorde civique dans son rapport avec l'Etat possède également chez *Aristote* une définition concrète et même exhaustive : elle est dite un genre d'amitié qui signifie l'unanimité des citoyens dans la question des intérêts communs, l'aspiration vers les mêmes buts et la réalisation des décisions prises en commun (Eth. ad Nic. IX, 6, 1167a, 26sqq ; VIII, 1, 1155a, 22). Chez *Aristote*, comme chez *Socrate* et *Platon*, la concorde civique est au service du bien commun, but supérieur de l'Etat (Pol. I, I, 1252a, 1 sq ; Eth. N. VIII, 11, 1160a ; I, I, 1094b, 8 et 20 sqq).

Le stoïcisme grec, tout imprégné des idées de l'unité de l'esprit, de la nature, du logos, créait des conditions favorables à la construction de la théorie politique de la concorde civique. Parmi ses représentants romains, *Cicéron* admet que, comme dans l'harmonie de la musique, ainsi dans l'Etat, la concorde civique est le lien le plus sûr de l'ensemble (Rep., II, 42, 69) ; *Marc Aurèle*, admettant le principe de l'unité métaphysique de l'univers, en fait découler l'unité entre les citoyens d'un Etat donné, et aussi entre toutes les personnes raisonnables de l'espèce humaine ⁽⁵⁾.

(4) Jarra E., *op. cit.* 1919, pp. 140-145 ; Wilamowitz-Moellendorff, *Platon* I², 1920, p. 443 ; II, 1919, p. 210.

(5) Jarra E., *Marco Aurelio, Filosofo del Diritto*, Rivista intern. di Filosofia del Diritto, 1932.

III. — L'ENSEIGNEMENT DE L'EGLISE.

Tandis que le monde antique mettait l'accent sur un seul facteur du développement social : la collectivité, l'ensemble, l'Etat, le christianisme élève indiscutablement la valeur de l'individu, valeur résultant de sa relation individuelle avec Dieu. C'est dans ces limites qu'est acceptée et que continue à se développer la théorie traditionnelle et universaliste du monde classique en ce qui concerne la concorde civique et le bien commun.

La source principale du christianisme, *les Evangiles*, bien que portant peu d'attention au domaine juridico-politique, trouve des mots expressifs qui montrent les effets menaçants pour l'Etat des querelles, et qui par là même recommandent l'union et la concorde civique : « Tout royaume divisé contre lui-même sera désolé, et toute ville ou maison divisée contre elle-même ne pourra subsister ». (Math. XII, 25; Luc XI, 17). L'unité sur terre et aussi au-dessus de la terre doit lier les membres de la communauté chrétienne (*ut omnes unum sint*, Jean XVII, 11 ; 20-23). *Saint Paul* continue à énoncer le principe de l'unité de tous les chrétiens, et condamne les disputes et querelles entre eux (Galates III, 28; Rom. XII : 4-5; Cor. II, XII, 20).

La patristique, développant systématiquement les principes du christianisme, accorde une place d'honneur à l'idée de la concorde civique. Son plus illustre représentant, *Saint Augustin*, reconnaissant que la nation constituant l'Etat est l'association du groupe raisonnable, uni par la concorde unanime (*concordi communione*) dans les choses qu'il aime (Civ. Dei XIX, 24 et 17), introduit l'élément de la concorde civique dans sa définition de l'Etat. Cette concorde marque l'union des volontés humaines dans les affaires de la vie temporelle et doit toujours exister, si l'on veut qu'existe l'Etat. L'amour du bien commun, du bien de l'Etat, est une condition nécessaire du maintien de la concorde civique. Cela ne signifie cependant pas que, pour Saint Augustin, l'Etat puisse être un but en soi, qu'il puisse absorber l'individu ; au contraire, son but est la prospérité matérielle et morale de l'individu (Op. cit., XIX, 13, 14 et 16).

Le haut moyen-âge, en face de deux faits historiques : la papauté universelle et l'empire universel, donne de la concorde civique une conception qui dépasse le cadre de l'Etat, et se rapproche de celle des stoïciens. De l'unité de la raison divine, du logos, on fait découler l'unité du genre humain, « corpus mysticum », dont les deux pouvoirs, *regnum* et *sacerdotium*, incarnés dans la seule Eglise, constituent un tout homogène, représenté par le Pape, en tant que vicaire du Christ. « Unum in terris caput esse tantummodo ». Cette idée est formulée par *Hugues de Saint-Victor*, *Innocent III* et même en plein XIV^e siècle, par *Jean XXII* ⁽⁶⁾.

Celui qui exprime le mieux la doctrine de cette époque, et est en même temps le créateur d'un système encore actuel, *Saint Thomas d'Aquin* unit dans sa théorie de la concorde civique des éléments aristotéliens aux éléments chrétiens. Il y a dans ce monde une unité suprême (*unitas*

(6) Schneider W.-A., *Geschichte und Philosophie bei Hugo v. S. V.* Diss. Münster, 1933 ; Meyer Er. W., *Staatstheorien Papst Innocenz' III*, Jenaer Hist. Arb., Bonn, 1920 ; Frotsher G., *Die Anschauungen von Papst Johann XXII*, etc., Jena, 1933.

principalis) à laquelle toutes les autres sont subordonnées, sans en excepter les Etats : c'est l'Eglise, communauté d'ordre supérieur. L'Etat est la communauté terrestre parfaite : son constituant, l'homme, lui appartient par nature et lui est complètement subordonné (*totus homo*) comme à sa fin dans le domaine strictement terrestre. (S. T. II, 11, 61 et 65; De reg. princ. I, 1). La division des volontés peut toujours introduire ici le désaccord, si néfaste au groupe humain. Plus la vertu s'appuie sur l'unité, et plus elle est forte : plus elle cède aux querelles (*discordiae*), et plus elle est faible. (De reg. princ. I, 15; S. T. II, 11, 29, 1; II, 11, 37, 2). Une éducation civique organisée par des prescriptions législatives appropriées est le moyen pour l'Etat d'arriver à l'unité. C'est le bien commun, et non le bien de l'individu, qui est la fin suprême. En accord avec ce principe, le citoyen doit se subordonner au bien de l'Etat, qui est le bien d'une communauté parfaite. (S. T. II, 11, 26, 3; 39, 2; 68, I; I, 11, 90, 3).

Les modèles grecs cèdent la place chez Saint Thomas quand ils se rencontrent avec les principes de la doctrine de l'Eglise, disant que l'homme n'existe pas seulement pour l'Etat et que le bien de l'âme ne peut être subordonné à aucun autre. Par suite, selon ce maître de la scholastique, les relations juridiques de l'Etat avec l'individu ne concernent que le domaine terrestre : et le bien commun doit céder en face du bien de l'âme, puisqu'ils ne sont pas l'un et l'autre de la même espèce, « *eiusdem generis* ». (S. T. II, 11, 47, 10, 58 et 7) (7).

La théorie de Saint Thomas a été continuée par l'école scholastique jésuite du XVI^e siècle à laquelle appartiennent *Suarez*, *Molina*, *Bellarmin*. Ainsi est née la « *philosophia politica perennis* », sans cesse proclamée par l'Eglise, en particulier dans les questions de la concorde civique et du bien commun. Nous la retrouvons dans les déclarations de *Léon XIII* (8) et en particulier dans l'Encyclique de *Pie XI* « *Quadragesimo anno* » (1931). Condamnant le libéralisme et l'individualisme destructeurs de l'Etat, celle-ci reconnaît comme régime normal de la communauté celui qui lie d'un fort lien d'unité (*animorum concordia*, II, 1, 5) la multitude des membres de l'organisme social, et garantit ainsi la paix sociale et la collaboration humaine. Le but que doit éclairer la réconciliation sociale, c'est le bien commun, et les moyens pour l'atteindre sont la justice et la charité (III, 36). Ici aussi il est remarqué, en accord avec la position fondamentale de l'Eglise, qu'il ne faut pas attendre de l'activité de l'Etat le « salut universel » (II, 5), et l'on demande, aussi bien pour les citoyens individuellement que pour leurs familles, une juste liberté d'action, avec cette réserve qu'elle n'entrera pas en conflit avec les exigences du bien public et ne causera de tort à personne (I, 2).

IV. — LA RENAISSANCE.

La période de la Renaissance, toute pénétrée d'humanisme, doit par là même contenir bien des échos fidèles de la science antique dans tous les

(7) Travaux de : Renard R.-G., Kurz Ed., Wiegand H., Baumann I.-I., Grabmann M. Wittmann M., Schilling O., Rommen H.

(8) Tischleder P., *Die Staatslehre Leos XIII*, 1927.

domaines de la philosophie du droit, et en particulier sur le problème de la concorde civique. Ce mot d'ordre est déjà celui des précurseurs de la Renaissance au Moyen-Age. Ainsi chez *Dante*, la concorde civique (*concordia*) trouve son fondement et sa justification dans le bien de la patrie, auquel tout citoyen doit se sacrifier (*De Monar.* I, 6; 15; II, 8). *Marsile de Padoue*, se référant aux paroles de l'Evangile, reconnaît qu'un royaume divisé (*regnum divisum*) est facilement anéanti, mais en s'appuyant sur l'autorité d'Aristote, il réfute les prétentions des évêques de Rome à la *plenitudo potestatis*, prétentions qui introduisent dans l'Etat une différenciation, une désintégration (*Defensor pacis* I, 19, 3-4; *ibid.* 11-12; III, 1).

François Patrizi, de Sienne, qui est déjà un représentant de l'humanisme, appelle la concorde civique la souveraine et la reine des Etats (*concordia-urbium domina ac regina*) (*De regno* VIII, XIV, pp. 511-512). *Machiavel*, en accord avec son réalisme, montre les dangers terribles qui menacent un groupe dissocié et privé de chef : divisé par l'inimitié, il est incapable d'aucune résistance; l'égoïsme de ses membres est pour lui plus nuisible que la rapacité de ses ennemis (*Discorsi* I, 57; *Istor. Fiorent.* V, 8). Le but de la concorde civique est le bien commun; puisque ce bien commun décide de la puissance de la Patrie, tout doit lui être subordonné; quand il exige, on ne doit se laisser arrêter par aucun égard (*Discor.* II, 2; III, 16 et 41; I, 9). C'est ainsi que chez *Machiavel* l'Etat retrouve la valeur absolue qu'il avait dans la philosophie antique.

Le créateur de la science moderne de l'Etat, *Jean Bodin*, reconnaît comme une tâche de l'Etat l'établissement sur tout son territoire de la concorde civique (*concordia*), par laquelle il entend l'unité de convictions et de volonté chez tous ceux qui sont unis par cette concorde (*De Rep.* III, 330A). A cette tâche doivent concourir les lois et la concorde entre les pouvoirs administratifs, à l'exception des fonctionnaires subalternes, dont les querelles sont dans tout Etat profitables aux citoyens (IV, 447C). La crainte de Bodin devant les effets de la sédition va si loin que, bien qu'il pose en principe que la concorde civique a pour but le bien commun (*communis omnium utilitas*), il admet à titre de compromis que l'Etat soit gouverné par un petit groupe d'individus unis par une cordiale entente : leur gouvernement disposant de grands moyens et de la force, même s'ils devaient servir exclusivement des buts et des intérêts particuliers, est moins nuisible que la discorde (IV, 449C).

V. — PÉRIODE DU DROIT NATUREL.

Cette tendance, qui fait découler la société et l'Etat de l'autonomie de l'individu, de son libre consentement, d'un contrat avec les autres individus, tendance foncièrement individualiste, ne reste pas en arrière par rapport aux principaux défenseurs de l'universalisme en ce qui concerne le postulat de la concorde civique.

Ainsi *Hugo Grotius* reconnaît comme un caractère essentiel de l'Etat l'union par l'accord unanime (*concordi communione*. *De iure b. ac p.* I, 2, I, 5 et III, 3, 2, 2) et par la communauté d'intérêt (*communi utilitate*, I, 1, 14). *Althus* reconnaît la concorde civique (*concordia*) comme indispensable à l'Etat, et par suite il recommande aux pouvoirs administratifs d'éli-

miner et faire disparaître toutes causes de luttes de partis et de séditions, et cela au nom de la fin dernière de l'Etat, le bien public (*Politica*), XXXI : *De studio concordiae conservandae*). *Hobbes*, chez qui M. René Capitant a récemment relevé si justement certains traits de libéralisme ⁽⁹⁾, *Hobbes* exige cependant des citoyens non seulement l'accord de nombreuses volontés en vue d'un but unique, mais bien une seule volonté (*una*) de tous, volonté qui crée précisément l'Etat. (*De cive*, V, VI). Un tel Etat peut, par la peur de son pouvoir, contraindre la volonté des individus à l'accord et à l'unité, et empêcher qu'ils se séparent de l'Etat quand leur intérêt privé se trouvera en contradiction avec le bien commun, eu égard auquel ils se sont unis (*De cive*, V : VIII, IV, VI ; *Leviathan*, XVII, p. 85).

Locke reconnaît comme l'essence et l'union de la société le fait qu'elle possède une volonté unique; elle s'exprime par le pouvoir législatif, et par suite celui qui opposerait la force aux lois, serait un séditieux, réintroduisant l'état de guerre. Le bien public (*public good*), c'est le bien de chaque membre de la société dans les limites imposées par la concorde civique, qui force chaque individu à se soucier du bien de l'ensemble. (*Of Govern*, II, XIX, 212, 226, I, IX, 92, 93). Selon *Spinoza*, le meilleur Etat est celui dans lequel les hommes passent leur vie dans la concorde (*concorditer*) et observent les lois. Puisque seul est libre l'homme qui vit selon les indications de la raison, la paix et la concorde doivent être gardées, non par inertie, dans un esprit servile et animal, mais pour des motifs raisonnables, c'est-à-dire librement et avec confiance. La concorde (*concordia*), c'est l'accord raisonné et libre des citoyens dans les affaires de l'Etat. *Spinoza* l'identifie avec le bien de l'ensemble, avec sa prospérité. (*salus communis*. Tr. p. III, 10; V, 2, 4-6; Tr. t. p. XVI, 180, 10; *Eth.* IV, c14-16).

Rousseau, enfin, ce défenseur radical de la démocratie, reconnu cependant dans ces derniers temps comme un représentant de l'étatisme, du centralisme ⁽¹⁰⁾, donne une justification à cette opinion surtout par sa doctrine de la concorde civique. L'essence du contrat social est pour *Rousseau* l'abandon par chaque individu, en commun avec les autres, de sa personne et de toute sa puissance à la direction supérieure de la volonté générale. Ainsi chaque membre devient une partie d'un tout indivisible : à la place de la personne isolée de chaque contractant, naît un corps moral et collectif, naît « l'unité ». La vie de l'Etat, c'est l'union de ses membres. Et quand l'intérêt commun est ébranlé, quand les intérêts particuliers se font sentir dans les influences des petits groupes, quand le nœud social commence à se relâcher, alors aussi l'Etat commence à s'affaiblir. (*Contrat soc.* II, 1, 3, 4; IV, 1). Il est difficile de formuler d'une manière plus nette l'idéal de la concorde civique.

VI. — KANT ET HEGEL.

Nos réflexions sur l'histoire de la concorde civique dans la philosophie générale du droit vont se terminer par l'examen des conceptions de deux

(9) *Archives de philosophie du droit*, etc., 1936, pp. 46-75.

(10) Duguit : *J.-J. Rousseau, Kant et Hegel*, *Rev. du droit public et de la science polit.* en France et à l'étranger, 1918, p. 17 ; Gurvitch : *L'idée du droit social*, 1932, p. 269.

penseurs dont l'influence se fait profondément sentir dans les systèmes juridico-politiques de l'heure présente.

Kant, que l'on a dans ces derniers temps mis en dehors du libéralisme et de l'individualisme ⁽¹¹⁾, manifeste sa position universaliste particulièrement dans sa doctrine de la concorde civique. C'est pour lui une idée *a priori*, que, dans l'état d'absence de droit, aussi bien les individus que les Etats ne pourraient être assurés contre les violences réciproques. La première affaire donc, dans laquelle chacun a dû prendre une décision, à moins de renoncer à toutes conceptions juridiques, c'a été le principe de sortir de l'état de nature, dans lequel il se dirigeait par son jugement propre, de s'unir avec tous les autres, et de se soumettre à la contrainte extérieure et publique des lois. Le tout qui naît ainsi, c'est l'Etat, c'est-à-dire un être commun (*res publica*), uni par l'intérêt commun de tous. (Metaph. Anfangsgründe der Rechtslehre, §§ 43-45). Deux idées éclairent toute cette déduction, ainsi que la définition qui la clôt : celle de la concorde et celle de l'intérêt commun des hommes unis. La concorde civique (*bürgerliche Eintracht*, *op. cit.*, Allg. Anmerkungen, 153, 327), traduite par M. Duguit comme « la volonté concordante », est reconnue par Kant comme le fondement de l'Etat et peut être réalisée par ce dernier même en employant des moyens de contrainte, de police. Cela se justifie par l'intérêt commun de tous, au service duquel se trouve l'ensemble des relations entre les citoyens unis dans l'Etat.

Chez *Hegel*, la société civile est le champ de bataille de l'intérêt privé de chaque individu avec les intérêts privés de tous les autres individus ; mais appuyer les différences sur la base de la généralité, de la totalité (*Totalität*), c'est là ce qui constitue le fond et la force de l'Etat, et par suite aussi sa tâche. Car l'Etat c'est la réalité de la volonté substantielle, qu'il possède par l'élévation de la conscience individuelle au degré de généralité. L'Etat est donc en dernier ressort l'union puissante de l'indépendance individuelle et de la substantialité générale, c'est un tout organique et avant tout une unité spirituelle. (*Grundl. d. philos. d. Rechts* §§ 289, 258, *Zusätze*, p. 296).

De la conception hégélienne de l'Etat découle la conception du bien commun. La liberté de l'individu, réalisée par son existence dans l'Etat, consiste en ce que l'individu et ses intérêts particuliers ne possèdent leur entier développement et ne sont reconnus que quand ils passent dans l'intérêt général et le reconnaissent comme leur propre esprit substantiel, et quand ils agissent pour cet intérêt comme leur fin suprême. De cette manière l'intérêt privé et l'intérêt général se trouvent indissolublement liés, et la théorie de Hegel rejoint la conception antique de l'Etat (*op. cit.* § 260).

VII. — LES TRADITIONS POLONAISES.

Nous finissons par où nous avons commencé. La Pologne, tâchant de se tenir à la hauteur des courants de l'Occident, a, depuis des siècles, con-

(11) Duguit, *op. cit.* p. 33 ; Gurvitch, *op. cit.*, p. 270 ; Swoboda : *Die Neugestaltung des bürg. R.* 1935, pp. 47 et 54.

sacré dans sa littérature politique une place étendue au problème de la concorde civique, qui par suite possède chez elle sa tradition propre, indigène. Pour l'illustrer, nous allons caractériser ici ceux seulement de ses auteurs qui ont rencontré l'écho le plus notable dans la littérature de l'Occident.

C'est *André Fricius*, un auteur du XVI^e siècle, qui mérite d'abord d'être nommé : Bodin se réfère à lui sous le nom déformé d' « *Andreas Riccius* » (12). Il est aussi mentionné par Burle Real de Curban, l'auteur de l' « *Histoire de la pensée politique à partir de Socrate jusqu'à Rousseau* » (13), qui lui assigne une place à côté d'autres écrivains polonais dont il fait mention : Goślicki, Olizarowski, et le roi Stanislas Leczinski. Son œuvre principale, intitulée « *De Republica emendanda* », constitue un ample système d'une théorie générale de l'Etat (1^{re} édit. Cracovie 1551. 2^e édit. Bâle 1554, 3^e édit. Bâle 1559) : elle a été très vite traduite en français, en allemand et en espagnol à cause de ses idées humanistes. L'auteur définit l'Etat « comme un (*unum*) corps animal, dont aucun membre n'est au service de soi-même, mais dont tous les membres délibèrent en commun (*commune*), et utilisent leurs dons propres afin que le corps entier (*toti*) soit prospère ». Dans cette définition, il donne déjà une expression appropriée aux éléments qui nous intéressent de la concorde civique et du bien commun. De là résulte pour le citoyen le devoir de lutter contre l'individualisme inné chez l'homme, de triompher des désaccords et des querelles, d'atteindre à l'unité et à l'amour. La concorde civique a pour but le bien et l'intérêt de l'Etat, qui est comme une barque transportant tout les citoyens. (I, 1, 10; I, XI, 46-47; II, X, 124; I, XXVIII, 106).

Au même siècle appartient *Laurent Goslicius* (14) dont le livre, sous le titre « *De optimo Senatore* », (1^{re} édit. Venise 1568, et ensuite Bâle 1593) comporte principalement une théorie de politique générale et a obtenu un tel succès en Angleterre qu'il a été traduit plusieurs fois depuis 1607. Cet auteur considère la concorde civique (*concordia*) en toutes choses comme le seul moyen de conservation de l'Etat. Elle repose sur l'accord de toutes les classes de l'Etat en ce qui concerne le maintien de la liberté, des lois, de la justice, de la foi, de la religion et de la paix de tout l'Etat. Le moyen le plus efficace d'y atteindre, c'est l'amour de la Patrie. Dans sa construction de l'Etat idéal, Goslicius accorde une place de premier plan au Sénat, institution devant maintenir l'équilibre entre les tendances : du roi à la tyrannie, de la nation à l'arbitraire et à l'anarchie. Le Sénat doit donc être par son activité le défenseur du bien commun.

Au XVII^e siècle, dans la période de rapprochement politique et culturel de la Pologne avec la France, une chaire à la Faculté de Droit de l'Université de Wilno est occupée par Alexandre *Olizarowski*, dont l'œuvre, intitulée « *De politica hominum societate libri tres* » (1651), représente un système de philosophie sociale et propage d'une manière critique la science de Jean Bodin (15). Olizarowski voit la garantie du régime politique dans la

(12) Par ex. *De Rep.* VI, 762.

(13) *La science du gouvernement*, v. VIII, p. 759.

(14) Jarra E., *Wawrzyniec (Laurent) Goslicki, un philosophe polonais du droit au XVI^e siècle*, *Thémis polonaise*, Varsovie 1931 (en pol. et en franç.).

(15) Jarra E. : *Le bodinisme en Pologne au XVII^e siècle*. *Arch. de phil. du dr. et de sociol. jurid.* 1933, p. 120 sqq.

concorde, c'est-à-dire dans le jugement collectif unanime de tous les éléments constitutifs de ce régime, nommément : les représentants des familles méritantes, du Sénat, de la chevalerie, des universités, des écrivains de talent, des orateurs, des poètes, et — dans la conception la plus large — dans l'amour de la Patrie chez tous les citoyens. Convaincu que ce principe n'admet aucune exception, il s'oppose à l'opinion de Bodin considérant que la discorde entre les charges inférieures est pour les citoyens un fait favorable.

Au XVIII^e siècle, c'est le roi *Stanislas Leczinski* (1677-1766) qui se trouve à la tête des théoriciens en Pologne de la concorde civique. Elle est chez lui, à côté de la raison et des lois, le frein de la liberté effrénée et la condition d'un excellent régime de l'Etat ⁽¹⁶⁾. De même que dans la nature les éléments contraires concourent à sa vitalité, de même dans l'Etat l'accord des contrastes (*concordia discors*) peut obtenir de grands résultats. Le plus grand obstacle à la concorde est l'intérêt privé, contraire au bien commun, et qui prend sa source dans l'égoïsme (*Głos wolny, wolność ubezpieczający*, en pol. édit. 1903, p. 3, 7, 8, 111-112).

Vient enfin un penseur du XIX^e siècle, qui nous relie au présent, Auguste *Cieszkowski* (1814-1894), qui a écrit en français : « Du crédit et de la circulation », « De la pairie et de l'aristocratie moderne », et qui est surtout connu pour son système de philosophie sociale, intitulé « Notre Père » et dont les volumes II, III et IV ont été si bien rendus en français par M. Paul Cazin (1927-29). La concorde civique possède ici sa source pratique dans l'amour de l'espèce, c'est-à-dire dans le fait de reconnaître son moi dans les autres; dans le domaine métaphysique, elle signifie la préparation de l'esprit humain à la qualité de citoyen et de la société de l'Esprit absolu, dans laquelle se concentreront toutes les voies de l'Esprit : les arts, les sciences, les institutions sociales, à la fois distinctes et libres, et pourtant liées entre elles dans une saine unité.

Se rapprochant de Hegel dans son enseignement de l'Esprit Absolu unificateur, Cieszkowski s'oppose résolument au totalisme étatique de ce philosophe, en reconnaissant qu'aucun état de choses, fût-ce le plus idéal, s'il est imposé par les gouvernants, ne peut conjurer la fermentation dans la société, qui sent le besoin de sa collaboration appropriée dans les affaires publiques, car l'action propre est ici indispensable, ou tout au moins la contribution des gouvernés dans la mesure de leur situation, de leurs capacités, de leurs mérites. Donnant à l'individu, en opposition avec Hegel, sa valeur propre, notre auteur ne voit pas dans l'Etat la réalisation de l'individu, mais considère l'individu comme un élément composant de l'Etat.

De cette conception de Cieszkowski, qui harmonise l'individualisme et l'universalisme, est bien proche la pensée directrice de la Constitution de la République de Pologne, qui assure la possibilité du développement de l'individu dans les limites du bien commun et qui mesure les droits du citoyen dans le domaine public selon la valeur de son effort et de ses mérites pour ce bien.

Arrivé ainsi au terme de nos réflexions, nous nous croyons autorisé

(16) Jarra E. : *L'idea dell'Assoluto nella filosofia giuridica polacca*. Studi filosofico-giuridici, dedicati a Giorgio Del Vecchio, Modena, 1930.

à affirmer que la Pologne, en introduisant dans sa Loi fondamentale le principe de la concorde civique et du bien commun, n'avait pas besoin de suivre et n'a pas suivi la trace de modèles étrangers contemporains, mais que, comme nous l'avions énoncé dans notre introduction, elle a pris ces principes dans son ancien et méritant héritage d'idées.

LA RESURRECTION D'UN ETAT : L'EGYPTE DES MOHAMED-ALIS

Par DUBOIS-RICHARD,

*Professeur à la Faculté Royale de Droit du Caire,
Professeur à la Faculté de Droit de Poitiers.*

Les phases décisives de la vie des Etats s'offrent si rarement à l'observation dans des conditions convenables, qu'on ne saurait négliger de suivre avec soin le processus de la naissance ou plutôt de la « résurrection » d'un Etat, lorsque ce phénomène se produit de notre temps, dans des conditions de visibilité favorable ; c'est dans cet esprit de recherche sociologique que nous nous proposons d'étudier les faits typiques de l'histoire d'Egypte entre 1798 et 1937.

L'année 1798, c'est le début de l'expédition de Bonaparte; l'année 1937, c'est l'an I^{er} de l'indépendance véritable; le choix de ces deux dates s'impose. A vrai dire, en 1798 l'Egypte contemporaine n'est pas née, mais c'est à cette époque que commencent, avec l'expédition de Bonaparte, les événements qui préparent l'apparition du nouvel Etat dont le jour de naissance doit être fixé au 10 juin 1841.

C'est ce jour-là, en effet, que le Sultan de Turquie accorda une hérédité véritable à Mohamed-Ali et à ses descendants ; il faut ajouter que cette naissance a été enregistrée sur l'état-civil de la Société internationale le 13 juillet 1841, quand l'Autriche, la France, la Grande-Bretagne, la Prusse, la Russie, la Sublime-Porte signèrent la Convention de Londres qui prend acte du Hatti Chérif du 10 juin et lui donne sa portée internationale.

Mais si le nouvel Etat égyptien est né en 1841, il a été conçu plus tôt, et c'est dans la période qui s'étend entre 1798 et 1841 que sa gestation s'est poursuivie, marquée par une série de phénomènes que nous devons d'abord observer.

Avant même de suivre cette première phase de l'évolution, il convient de rappeler succinctement les circonstances de lieu et de temps qui ont conditionné les événements.

La vallée du Nil est si propice au développement de la vie sociale que c'est, sans doute, sur son terrain fertile, qu'est apparu, pour la première fois dans le monde, un véritable Etat. Ailleurs, il s'est formé des clans, des tribus, des cités; en Egypte, la richesse du sol, la facilité des communications, la sûreté de la plupart des frontières maritimes ou désertiques, la

densité et les qualités de la population ont permis aux premiers Pharaons trois mille ans avant notre ère de se faire obéir et de créer des services publics sur un territoire de 1.200 kilomètres d'étendue linéaire.

Le conditionnement géographique des régions Nilotiques a provoqué un autre phénomène, en quelque sorte complémentaire du premier : c'est la renaissance d'un nouvel Etat égyptien, chaque fois que l'Etat précédent s'est trouvé dissocié. L'Egypte a été conquise bien des fois, mais aucun conquérant ne l'a conservée indéfiniment sous son joug ; ni les rois asiatiques, ni Alexandre de Macédoine, ni les califes de Bagdad, ni les sultans de Constantinople n'ont pu se fier à leurs gouverneurs. L'Egypte postule son indépendance et suscite les dissidences de ceux qui la gouvernent au nom d'autrui. Mohamed Ali n'a fait que suivre des exemples maintes fois répétés au cours des temps.

Or, les événements historiques, les faits économiques et sociaux qui marquent la fin du XVIII^e siècle devaient normalement susciter la résurrection de l'Etat disparu depuis la conquête ottomane en 1517.

Dans la lutte acharnée que se livraient alors les deux grandes nations occidentales, la France et l'Angleterre, l'Egypte apparut comme un point stratégique de première importance et plus encore comme un centre de ravitaillement nécessaire. La Révolution française venait, en outre, propager dans le monde des idées d'égalité et de progrès ; son esprit humaniste affirmait les droits de l'homme dont tous les peuples devaient bénéficier, suivant la mystique nouvelle, et cela explique l'équipement scientifique extraordinaire de cette armée d'Egypte qui avait, entre autres missions, celle de promouvoir d'urgence les progrès d'une société en retard.

De telles circonstances devaient nécessairement mettre un terme à la situation lamentable de ce pays prédestiné que la Sublime Porte exploitait comme une ferme, sans aucun souci de service public. Dans toute la vallée, les malheureux fellahs, réduits à la vie la plus primitive et la plus précaire, subissaient un double joug, celui des Turcs, et celui, plus odieux, des seigneurs mamelouks, anciens maîtres du pays, que Constantinople avait maintenus afin de diminuer le pouvoir de ses propres valis dont on redoutait l'esprit d'indépendance.

Il semblait inévitable qu'un pays aussi riche, pareillement abandonné, à proximité des grands Etats européens, tombât sous leur dépendance, et il a fallu tout le génie d'un Mohamed-Ali, toute la persévérance éclairée de ses successeurs, toutes les qualités de la nation égyptienne, pour qu'il en fut autrement.

**

Les circonstances de temps et de lieu étant ainsi définies, essayons d'analyser les différents facteurs qui ont provoqué la « *résurrection d'Etat* » que nous observons.

Le premier levain qui ait agi sur ce territoire favorable, à ce moment propice, c'est l'activité scientifique de l'expédition d'Egypte et l'esprit organisateur de Bonaparte.

Les Français de ce temps ont préparé, de plusieurs manières, l'œuvre décisive de Mohamed-Ali. Bien entendu, nous supposons les faits connus, nous nous contentons de noter ce qui, dans cette entreprise militaire manquée, a servi la cause de l'indépendance égyptienne.

Ce fut d'abord le coup porté par la victoire des Pyramides à la puissance des Mamelouks dont la tyrannie seigneuriale rendait impossible toute réorganisation sérieuse du pays; ce fut ensuite l'apport scientifique considérable laissé par les savants de l'expédition : ceux-ci ont accompli en effet tout le travail préparatoire qu'exigeait la mise en valeur du pays; ils ont inventorié, dans tous les domaines, le potentiel de ces régions aussi riches en puissance qu'elles étaient abandonnées, en fait, ils ont dressé un grand nombre d'avant-projets permettant d'entrer directement dans la voie des réalisations, enfin ils ont prouvé qu'il suffisait de changer les méthodes pour obtenir des résultats surprenants dans un temps très court.

Qu'on ajoute à cela l'exemple d'une administration civile régulière centralisée et hiérarchisée, telle qu'elle devait être instituée en France par les lois de l'an VIII, telle que Mohamed-Ali l'appliqua lui-même en Egypte, et on se rendra compte de l'efficacité initiale de cette première collaboration européenne qui préface l'œuvre décisive du Prince fondateur de la dynastie régnante.

I

C'est précisément, en effet, à l'heure où Bonaparte s'efface, qu'apparaît Mohamed-Ali et c'est, dès lors, la personnalité puissante de cet homme de génie qui domine la première phase de la résurrection de l'Etat, c'est grâce à elle que l'hérédité est conquise.

Essayons, d'abord, de comprendre l'homme avant de montrer les moyens qu'il a mis en œuvre et les conséquences sociologiques de son apparition dans l'histoire.

Mohamed-Ali n'a pas eu, comme Alexandre, son compatriote macédonien, Aristote pour précepteur, il n'est pas un orateur cultivé à la manière de César, il n'a pas même reçu, comme son contemporain Bonaparte, l'éducation technique d'une école militaire, son savoir est rudimentaire, comme celui des dictateurs d'à présent, mais il réunit au plus haut point les traits qui constituent le génie politique et le premier de tous, l'inspiration : Mohamed-Ali a l'inspiration de ce qu'il peut devenir et il perçoit en même temps les destinées de l'Egypte. Comme les grands créateurs d'Empire, il est doué d'une sorte de divination, grâce à elle, il nous apparaît comme un de ces hommes représentatifs dont parle Emerson : l'Egypte s'incarne en lui, ses intérêts et ceux du peuple se confondent. En instituant la dynastie, il crée l'Etat.

C'est à cette intuition exceptionnelle, sinon miraculeuse, qu'il faut attribuer la sûreté de jugement dont il a fait preuve à toutes les heures de sa carrière : s'agit-il de discerner le meilleur point d'appui pour une ascension prochaine, le meilleur procédé pour une réalisation urgente, Mohamed-Ali ne se trompe pas et il est aussi un grand diplomate, un grand organisateur d'armées, un grand administrateur civil.

Enfin, qualité plus rare encore chez les hommes de cette envergure, Mohamed-Ali est prudent : il exige l'indispensable, mais il se garde de risquer ce qu'il tient pour tenter d'avoir davantage. C'est cet ensemble de qualités et, en particulier, la dernière, qui ont permis au modeste officier de Cavalla de fonder une dynastie égyptienne, tandis qu'Alexandre et que Napoléon n'ont laissé derrière eux qu'une réputation glorieuse.

Tel est l'homme, voyons maintenant le mécanisme de son action créatrice.

Pour transformer en quelques années une province ottomane, en situation d'anarchie, en une Puissance armée capable de dominer la Porte et d'inquiéter l'Europe, il est bien évident que c'est aux méthodes d'autorité qu'il fallait d'abord recourir. Pour couler dans le moule « Etat » tant de forces vives mais inorganiques, une énergique compression était nécessaire : la main de Mohamed-Ali a su l'exercer. C'est un gouvernement autoritaire, une administration centralisée, une économie dirigée, pour ne pas dire absorbée, qu'il impose aux régions qui lui sont soumises. Mais ayant ainsi procédé, l'anarchie se résout, les Mamelouks sont définitivement éliminés, la voix du maître, qui est déjà celle de l'Etat, se fait entendre et obéir dans toutes les provinces, administrées militairement par les Moudirs et les Mahmours, comme le sont les départements français par les préfets du Consulat.

L'unité du territoire et l'ordre public étant dès lors assurés, on peut améliorer la justice, jeter les bases d'une fiscalité moins irrégulière, commencer l'instruction des élites et du peuple. Mais deux réalisations sont immédiatement indispensables : il faut des soldats et de l'argent.

Mohamed-Ali n'est pas un général, bien qu'il ait été militaire de carrière, c'est mieux qu'un général, c'est un créateur d'armées : des mercenaires étrangers, il n'en veut plus ; ce sont les jeunes fellahs de la vallée du Nil, craintifs parce qu'ils ont toujours subi l'oppression, qui vont devenir les valeureux soldats d'Ibrahim et les vainqueurs de Nézib, mais pour réaliser cette métamorphose on usera d'un recrutement autoritaire et de cadres étrangers. Le nom du colonel Sève, devenu Soliman Pacha, est étroitement lié à celui d'Ibrahim Pacha et à la création de la première armée nationale.

Restait à tirer parti rapidement des richesses naturelles du territoire pour le financement des opérations de guerre et la réorganisation du pays. Mais comment stimuler une production agricole ruinée par l'incurie, comment assurer la répartition des récoltes, la vente des excédents ? Fallait-il s'en rapporter aux initiatives individuelles, aux libres concurrences ? Le résultat eût été nul dans un pays où la propriété privée n'avait encore aucune assise solide et où l'agitation endémique avait empêché la formation d'un commerce régulier. Mohamed-Ali a employé le seul moyen qui fut efficace : il a suppléé aux carences des activités individuelles ; il a, comme les dictateurs actuels, institué une économie dirigée, améliorant les productions et réglementant les ventes afin que le Trésor eût son compte.

Ainsi, autour de la personnalité du Pacha, se crée le centre d'autorité de l'Etat, tandis qu'une force s'institue qui va défendre l'Egypte naissante contre les résistances extérieures.

Pour qu'un nouvel Etat obtienne sa reconnaissance en droit, il faut qu'il prouve surabondamment son existence en fait, et qu'il use en outre de diplomatie.

Or, Mohamed-Ali a mis en œuvre tous les ressorts de la diplomatie la plus habile : tantôt il va s'appuyer sur les combinaisons d'intérêts qu'il sait provoquer, tantôt il va invoquer les services rendus, les promesses faites, les droits reconnus, tantôt il soutiendra ses revendications par la force, toujours il saura tirer profit des dissensions d'autrui et toujours aussi il saura se contenter de ce qu'il peut obtenir.

Pour franchir la première étape de sa carrière publique qui le porta

en cinq ans du rang de capitaine à celui de vali d'Égypte, Mohamed-Ali sut jouer sur le clavier des influences, avec une virtuosité insurpassable ; entre Bardisi et l'Elfi, entre les Albanais et les Mamelouks, entre la France et l'Angleterre, entre l'autorité du sultan et les aspirations populaires, l'officier macédonien chemina vers le pouvoir avec une sûreté de jeu telle qu'il gagna en un tour de main une première partie que tout autre aurait perdue.

Dès qu'il est installé au pouvoir, dès que son armée peut entrer en campagne, il s'empresse de se mettre à la disposition de la Sublime Porte, voulant justifier l'autorité qu'il a prise par la grandeur des services qu'il rend : ce sont ses soldats, sous la conduite de ses fils, qui triomphent des Wahabites dont le fanatisme rendait impossible le pèlerinage de La Mecque, ce sont eux encore qui reculent les frontières de l'Empire par la conquête du Soudan ; quand la Grèce se révolte, soutenue par l'Europe, c'est l'Égypte qui sauve l'honneur de l'Islam.

Mais pour prix de semblables concours, le Sultan Mahmoud II a fait des promesses, celle notamment du gouvernement de Syrie. Or, il ne veut pas les tenir, bien plus, il se prépare à destituer le Pacha. Mohamed-Ali prend les devants, le bon droit est de son côté, et c'est ainsi que l'armée d'Ibrahim pénètre en Syrie et occupe Saint-Jean-d'Acre, qui avait arrêté Bonaparte ; les routes du Nord et de l'Est sont ouvertes à l'Égyptien comme au temps de Toutmès III, créateur de l'Empire thébain.

Par deux fois, après la victoire de Konieh en 1832, après celle de Nézib en 1839, Ibrahim est en situation de franchir le Bosphore et d'instituer un Califat égyptien ⁽¹⁾. La Sublime Porte vaincue par son puissant vassal ne peut plus s'opposer à ses ambitions.

Mais alors l'Europe intervient, alertée par Palmerston ; cette fois l'adversaire dispose de forces incomparablement supérieures, il ne s'agit donc plus de lutter, mais de négocier et de transiger.

Or, à ce moment, par bonheur pour l'Égypte, deux tendances apparaissent parmi les grandes puissances, il s'agit d'en tirer parti.

La plupart des chancelleries prévoient la dislocation de l'empire ottoman, dès que l'accord sur le partage des dépouilles aura pu se réaliser ; elles ne veulent pas entendre parler de l'installation sur les rives du Bosphore, ou même sur les bords du Nil, d'un nouvel empire avec lequel il faudrait compter.

La France, au contraire, envisage favorablement la renaissance d'une grande Égypte avec laquelle elle entretiendrait des relations amicales, d'ordre commercial et intellectuel.

Telle est la répartition des jeux, Mohamed-Ali la connaît et la comprend. Il y a bien deux tendances européennes, dont l'une lui est favorable, mais ces tendances ne sont pas également agissantes et elles ne sont pas soutenues par des forces équivalentes.

L'Angleterre croit avoir, à ce moment, un intérêt majeur à ce qu'un Etat fort n'occupe pas un point essentiel de la route impériale, la plus courte en direction des Indes ; c'est pour le cabinet de Londres un axiome

(1) Huit jours après l'écrasement de l'armée turque à Nézib, Mahmoud II expirait, laissant l'empire à un enfant, quelques semaines plus tard le Capitain Pacha venait livrer la flotte ottomane à Mohamed-Ali dans le port d'Alexandrie, si les deux adversaires étaient restés seuls en présence, l'issue de la lutte ne pouvait être douteuse.

diplomatique d'importance capitale. La Russie raisonne de même en ce qui touche les rives du Bosphore; enfin, l'Autriche ne tient pas au voisinage d'un grand Etat musulman rénové, elle aime mieux trouver autour d'elle une poussière d'Etats. En réalité, la coalition qui va se former est basée sur des intérêts primordiaux soutenus par des flottes, par des armées, par des ressources, qui ne peuvent pas être contrebalancées par l'Egypte seule, ou même par une alliance franco-égyptienne.

Au surplus, si la France marque une préférence pour la création et le développement d'un Etat égyptien solide, elle n'y a pas un intérêt vital, ayant franchement renoncé, depuis l'échec de l'expédition d'Egypte, à la prééminence dans le proche Orient; dès lors, il n'est pas concevable qu'elle entreprenne une guerre contre une coalition redoutable pour maintenir une orientation, somme toute, secondaire de sa diplomatie.

Le point d'appui que rencontre Mohamed-Ali à Paris n'est certes pas négligeable, sa valeur s'accroît même singulièrement à partir du moment où la France, consciente d'être trompée et évincée par Palmerston, s'apprête à entrer en guerre, mais pour les uns et pour les autres, le mieux est de transiger.

C'est peut-être dans le rejet du hattî-cherif du 13 février 1841 et dans l'acceptation du hattî-cherif du 10 juin 1841, qu'apparaît le mieux cet esprit de discernement et de prudence qui est l'un des traits les plus typiques du génie de Mohamed-Ali. Le premier de ces actes, en effet, n'aurait pas donné naissance à un Etat égyptien; avec le second, au contraire, l'Egypte contemporaine est née.

La différence des deux textes est, en effet, capitale : d'après le hattî-cherif du 13 février, c'est le Sultan qui choisit parmi les enfants du Pacha celui qui doit lui succéder ; or, cela n'est pas une hérédité véritable, c'est une source d'intrigues constantes entre frères et entre parents, c'est la primauté de la Sublime Porte assurée par l'intrigue et c'est le désordre perpétué en Egypte.

Dans le hattî-cherif du 10 juin, au contraire, l'hérédité est reconnue par droit d'aînesse dans la descendance de Mohamed-Ali, en ligne directe (2). Cela c'est l'institution d'une hérédité objective, fixée selon des règles précises, c'est la fondation d'une nouvelle dynastie.

Or, pour réaliser de grandes choses dans un pays oriental où rien n'apparaît jamais comme urgent, une vie humaine ne suffit pas, c'est autour de ses dynasties que l'Egypte a vécu les grandes périodes de son histoire.

C'est donc bien le hattî-cherif du 10 juin 1841, intégré dans le traité de Londres du 13 juillet de la même année, qui fait entrer l'Egypte dans le monde des Etats. Elle n'est point à cette date pleinement indépendante, elle est encore loin de sa majorité, elle ne se gouverne pas librement, mais vassale ou non, c'est un Etat, ce n'est plus cette province ottomane plus ou moins autonome en fait, mais non point en droit, d'ailleurs totalement anarchique, que nous avons rencontrée au début de cette étude.

(2) Le hattî-cherif du 10 juin à d'autres avantages pour l'Egypte, en dehors de l'hérédité véritable : il fixe le tribut à une somme fixe tandis que le hattî-cherif du 13 février le calculait d'après un pourcentage sur les recettes brutes, ce qui justifiait la présence de contrôleurs ottomans; il réserve la nomination des officiers au Pacha jusqu'au grade de colonel, ce qui ne lui avait pas été accordé dans le premier texte.

L'Égypte contemporaine se reconstitue autour d'une nouvelle dynastie instituée par un grand homme.

II

En 1841, l'Égypte contemporaine est donc née, mais elle est étroitement ligotée et menacée de grands périls; il nous reste à voir comment elle s'est libérée de ses entraves et préservée des dangers qui pouvaient compromettre son existence.

Cette deuxième phase d'évolution est beaucoup plus difficile à présenter que la première, au moins d'une manière synthétique : l'histoire de l'Égypte de 1800 à 1841 c'est celle d'un homme, de Mohamed-Ali, c'est autour de lui que s'ordonnent les événements, et sa personnalité assure l'unité du récit. De 1841 à l'avènement de Farouk I^{er}, huit princes se sont succédés sur le trône d'Égypte, pachas, vice-rois, khédives, sultans, rois, et ils ont eu, sous ces titres divers, des politiques apparemment différentes, avec le concours de ministres, qui ont parfois fortement influencé les destinées de leur pays.

Il n'est donc plus possible de fixer l'attention, de susciter la compréhension synthétique des événements en se contentant de rappeler les activités d'un grand homme.

Qu'on veuille bien désormais se représenter une partie de cartes, de cartes diplomatiques dans laquelle quatre joueurs s'affrontent : l'Égypte, l'Empire ottoman, les puissances capitulaires et enfin l'Empire britannique. Les joueurs malheureux ou maladroits sont évincés, le gagnant est celui qui reste le dernier au jeu.

Actuellement, l'Empire ottoman et les puissances capitulaires ont perdu leur mise, l'Empire britannique et l'Égypte restent en tête à tête, en cordial tête à tête, car ils ont eu jusqu'à présent partie liée en ce qui touche, du moins, l'éviction des autres joueurs.

C'est la Sublime Porte qui fut écartée la première; son incurie, sa mauvaise foi, sa maladresse justifiaient depuis longtemps son exclusion des affaires d'Égypte : toujours prête à céder du terrain contre des promesses d'argent, toujours prête aussi à le regagner dès qu'elle se sentait appuyée, elle a pu croire sa position renforcée quand, le 26 juin 1879, elle s'est vue autorisée à destituer le khédive Ismaïl; mais quand, en septembre 1882, les Anglais occupèrent militairement l'Égypte, elle n'eut pas de peine à comprendre que sa partie était singulièrement compromise. Une dernière erreur de jugement acheva sa perte, dans le grand conflit de 1914 l'Empire ottoman se mit du mauvais côté, l'Angleterre et les puissances alliées déclarèrent, en conséquence, sa suzeraineté sur l'Égypte définitivement abrogée, et il dût accepter lui-même sa propre déchéance à la signature de la paix.

Le sort des Etats capitulaires fut plus long à se décider, mais il l'est depuis que les accords de Montreux ont été signés le 8 mai 1937. Les atouts qu'ils avaient en mains ne leur ont pas servi, sans doute parce qu'ils ont manqué d'habileté mais surtout parce que la raison d'être de leur intervention disparaissait à mesure que l'Égypte se civilisait davantage.

Le droit capitulaire d'intervention législative fiscale, judiciaire et poli-

cière pouvait se comprendre au temps des Mamelouks, il ne fut guère gênant pour l'Égypte avant le règne d'Ismaïl et le développement des affaires, mais il apparaissait comme une injuste humiliation sous le règne de Fouad I^{er}. Cette immixtion collective était au surplus très peu sympathique aux Anglais, bien qu'ils en fussent eux-mêmes bénéficiaires, depuis que, par l'occupation militaire et le protectorat déguisé, ils avaient acquis un moyen d'action exclusif et suffisamment efficace, ainsi que nous le montrerons ci-après. Il faut ajouter que cette sujétion historique apparaissait comme une injustice flagrante à l'égard de l'Égypte, depuis que des pays moins civilisés en avaient été libérés.

Dans de telles conditions, beaucoup de modération et de tact s'imposaient aux chancelleries, si elles voulaient avoir quelque chance de maintenir ce qui méritait de survivre.

Mais loin d'être habiles et prudentes, les puissances capitulaires accumulèrent les fautes : beaucoup de tribunaux consulaires se montrèrent au-dessous de leur tâche ; de plus, quand le gouvernement égyptien proposa des réformes utiles, et souvent excellentes, telles que la création des tribunaux mixtes en 1875, les chancelleries européennes firent preuve d'un conservatisme obtus, exclusif de toute compréhension ; les juges, de leur côté, au lieu de se montrer réservés quant à l'appréciation de leur compétence, s'employèrent à inventer des théories d'un jurisme trop subtil en vue d'attirer à leur tribunal des conflits où dominait évidemment l'intérêt local.

Ce sont ces exagérations inopportunes et quelques froissements évitables qui ont entraîné la condamnation à bref délai des tribunaux mixtes qui auraient pu survivre, en raison des services éminents qu'ils ont indiscutablement rendus. Si l'ambiance avait été plus favorable, rien n'aurait empêché, sans doute, qu'une nouvelle formule mixte — comportant par exemple la réciprocité — fut accueillie favorablement par les intéressés.

Les grandes puissances européennes disposaient, depuis le règne d'Ismaïl, d'une autre carte fort importante : le contrôle des finances.

Il n'y a pas lieu de rappeler ici dans quelles conditions l'Europe devint créancière de l'Égypte sous le gouvernement d'un prince magnifique, trop pressé, peut-être, de mettre en valeur et en lumière son pays. Par l'intervention d'usuriers cyniques, prélevant des commissions scandaleuses, des fonds égyptiens de divers types furent placés en quantité massive, en France et en Angleterre surtout. Puis ce furent les difficultés d'échéance, l'exigence des gages et enfin l'intervention des gouvernements étrangers parlant fort au nom de créanciers intraitables. Le khédive dut accepter le contrôle financier, la Caisse de la Dette et enfin l'immixtion et la domination de deux Européens dans son ministère.

Ces faits eurent diverses conséquences : à l'égard des créanciers, l'ingérence européenne fut tout à fait efficace ; le budget se trouva, au bout de peu de temps, fort bien équilibré par un système de fiscalité simpliste et de limitation rigoureuse des dépenses. Il devint même possible de constituer, un peu plus tard, une réserve importante, en sorte que la situation financière de l'État contrôlé devint beaucoup meilleure que celle des États contrôleurs. Il était normal, dans ces conditions, que les résultats même d'une telle gestion la rendissent inutile. Ces derniers temps l'intervention de la Caisse de la Dette tendait à devenir une simple formalité et quand, par hasard, elle eût un rôle à jouer, un procès à diriger, comme celui de la mon-

naie de paiement des coupons de la dette, elle s'est montrée moins habile que le Contentieux de l'Etat égyptien. Tout cela devait aboutir à la suppression du contrôle; la chose est désormais acquise, le gouvernement négocie les modalités de la disparition prochaine de la Caisse de la Dette.

Les Etats européens sont donc maintenant évincés de leur rôle financier en Egypte, aussi bien que de leurs attributions législatives, judiciaires et policières. Le second des quatre joueurs a perdu la partie, un peu plus tard, mais aussi complètement que le premier.

Il nous faut maintenant suivre le jeu de l'Angleterre; sa supériorité, par rapport à celui des deux premiers perdants, tient à ce qu'elle possède, depuis 1881, une carte supplémentaire que les autres joueurs n'avaient pas: cette carte, c'est l'occupation militaire.

L'intervention des forces militaires anglaises est intimement liée au drame financier du règne d'Ismail, dont nous venons de montrer les premières conséquences; elle en constitue le dernier acte et le plus important; parmi les puissances européennes, seule, l'Angleterre y figure.

Si la création du contrôle financier, l'institution de la Caisse de la Dette, la nomination de deux ministres européens ont eu de bons résultats pour les créanciers, elles ont aussi provoqué la révolte du pays, suivie de l'occupation anglaise. Peut-être cette révolte fut-elle due, en partie, à l'humiliation du sentiment national naissant, mais elle tint surtout à la politique de déflationisme outré imposée par les deux ministres européens. Les délégués des puissances ont eu exagérément, en effet, l'esprit « créancier »; il s'agissait de diminuer les dépenses: ils l'ont fait sans discernement, congédiant les fonctionnaires égyptiens, les officiers égyptiens, diminuant les soldes et les salaires, au grand déplaisir des intéressés; il fallait augmenter les recettes: ils ont surchargé brutalement le contribuable, en sorte que tout le monde fut mécontent au point de se révolter, sous la conduite d'Arabi Pacha, et d'en arriver aux émeutes sanglantes dont certains étrangers furent victimes.

L'ordre public étant troublé si gravement, l'intervention militaire se trouva motivée et elle fut anglaise. Il ne s'agit point ici d'une critique à l'égard du Foreign-Office: Lord Granville a proposé à la France une action commune, mais devant l'attitude hésitante de Freycinet, l'opposition résolue de Clemenceau, le scrutin du 29 juillet 1882 renversa le ministère et consacra, en même temps, la prééminence exclusive de l'Angleterre en Egypte.

Arabi Pacha fut aisément vaincu à Tell-el-Kébir, par Lord Wolseley, le 15 septembre 1882, le Caire fut occupé quelques jours plus tard et ce fut le protectorat déguisé, de 1882 à 1914, et le protectorat déclaré, de 1914 à 1922.

A partir de ce moment, l'Angleterre ne s'intéresse plus qu'au moyen d'action nouveau qu'elle possède en exclusivité: elle est en réalité hostile aux Capitulations, à la Caisse de la Dette, au moins autant que le gouvernement égyptien; et l'éviction des puissances Capitulaires telle qu'elle a été acceptée à Montreux est bien l'aboutissant de la politique concertée des deux pays.

Cela ne veut pas dire que ceux-ci n'aient pas eu à jouer constamment, l'un contre l'autre, une partie serrée, dont nous devons maintenant suivre les péripéties.

Pour un observateur qui eût apprécié la valeur des cartes respectives en 1882, la supériorité de l'Angleterre n'eût pas manqué de paraître écrasante : le gouvernement britannique disposant seul de la force publique, dans un pays désarmé, cette circonstance ne suffisait-elle pas à mettre l'Égypte à la merci des pouvoirs d'occupation ?

Le gouvernement de Londres bénéficiait en outre d'un savoir-faire traditionnel, d'une expérience confirmée, en ce qui touche la domination et l'administration de territoires éloignés de la métropole : la méthode du protectorat déguisé, telle qu'elle fut mise en pratique par Lord Cromer, est un chef-d'œuvre de simplicité, mais aussi d'efficacité : Il n'est aucunement question de remplacer les ministres et les fonctionnaires locaux ; chacun conserve sa position et son traitement — ce que beaucoup considèrent comme l'essentiel —, on se contente de doubler l'Égyptien d'un conseiller technique aux postes de commande : à côté des ministres du Khédive, il y a le haut-commissaire, le conseiller financier, le conseiller judiciaire, et, un peu partout, quelques Anglais dans les services administratifs, mais tous ces agents britanniques ont pour mission de n'intervenir qu'en cas de nécessité, ils emploient la forme polie du conseil, et ce mot prend des sens très divers selon la mesure des intérêts britanniques ; il n'est parfois qu'un simple avis, mais dans d'autres circonstances il équivaut à un ordre, ainsi qu'il résulte d'une lettre émanant de Lord Granville et qui n'est point dépourvue d'humour britannique ⁽³⁾.

Tout ce réseau de contrôle fonctionne d'ailleurs sans règlements, de la façon la plus souple, et sa valeur dépend des qualités d'un personnel généralement fort bien choisi.

On se demande comment l'Égypte a bien pu conquérir son indépendance à partir du jour où elle se trouva soumise à une autorité si habile et si souple, soutenue, au surplus, par les forces d'occupation.

C'est ce qui nous reste à examiner.

Dans la plupart des circonstances, l'Égypte s'est contentée de faire état de son bon droit, en ne négligeant rien d'ailleurs pour accentuer ce droit, pour le faire connaître et reconnaître. En outre, il lui est arrivé parfois de joindre à ce procédé pacifique quelques mouvements de foules. Tels sont les moyens très simples dont les gouvernements du Caire se sont servis, depuis la grande guerre, avec une adresse consommée que n'aurait point désavouée Mohamed-Ali.

Le droit de l'Égypte à l'indépendance résultait d'abord du fait que l'occupation militaire n'avait été acceptée à aucun moment par les représentants du pays, que, d'autre part, le gouvernement britannique avait lui-

(3) « J'ai à peine besoin d'indiquer, écrivait le 4 janvier 1884 Lord Granville à Sir Evelyn Baring, que, dans les questions importantes où l'administration et la sûreté de l'Égypte sont en jeu, il est indispensable, aussi longtemps que durera l'occupation provisoire du pays par les troupes anglaises, que le Gouvernement de Sa Majesté soit assuré, que les avis, qu'après mûr examen des vues du gouvernement égyptien il croira devoir donner au khédive, soient suivis, et il faudra faire clairement comprendre aux ministres égyptiens et aux gouverneurs de provinces que les responsabilités, que l'Angleterre a pour le moment assumées, obligent le gouvernement de Sa Majesté à insister pour l'adoption de la politique qu'il recommande et qu'il ne sera pas possible de maintenir dans leurs emplois ceux de ces ministres ou gouverneurs qui ne voudraient pas suivre cette ligne de conduite. » (Cité par Lord Milner : *L'Angleterre en Égypte*, trad. française, 5^e éd., p. 69).

même, et dès l'origine, affirmé le caractère temporaire de son intervention. Mais à ces arguments on pouvait répondre qu'il y a une sorte de prescription des situations acquises et, qu'en outre, le protectorat, déclaré au début de la grande guerre, avait au moins acquis une valeur internationale du fait de sa reconnaissance par les alliés, puis par les empires centraux et par la Turquie.

Ce qui fondait véritablement le droit de l'Égypte, c'est qu'elle constituait à l'évidence un de ces pays civilisés qui doivent disposer librement d'eux-mêmes, aux termes de la morale wilsonienne acceptée par l'Angleterre et ses alliés; dès lors, tout ce qui pouvait développer la civilisation égyptienne ou la mettre en lumière, accentuait la force de son droit à l'indépendance.

De cette vérité, les princes, les ministres, la nation ont eu pleinement conscience. Dans un commun effort ils se sont constamment employés à exalter leur patrie, à augmenter ses richesses, sa réputation, sa culture, à lui donner la physionomie politique et sociale des grands Etats d'Europe.

Ismail, en inaugurant fastueusement le canal de Suez, que Saïd avait concédé, a affirmé avec éclat l'existence d'un grand pays au carrefour des routes mondiales; Fouad I^{er}, en associant l'Europe à son œuvre de régénération intellectuelle, en promulguant une constitution parlementaire, a démontré à tous que le citoyen d'Égypte, comme celui des autres pays, avait les moyens de s'instruire et de participer par son vote à la vie publique.

Tous ceux qui ont été associés à ces œuvres d'utilité publique et de culture générale ont servi la cause de l'indépendance égyptienne; parmi les noms qu'il faudrait citer figure en bonne place celui d'Edouard Lambert, dont l'œuvre éducatrice, soit au Caire, soit à Lyon, a laissé une trace si profonde chez ceux qui l'ont eu pour maître.

Aux termes de la morale nouvelle, l'Égypte avait donc un droit évident à la liberté, ce droit; elle l'a affirmé et elle a répété cette affirmation jusqu'à ce qu'elle ait obtenu satisfaction.

Par ses délégations auprès des puissances alliées, par ses publications, par ses négociations souvent rompues, mais toujours reprises (4), elle a démontré à l'Angleterre et au monde l'excellence de sa cause.

Le succès qu'elle a obtenu, en usant presque exclusivement de ce moyen pacifique, peut apparaître aux peuples opprimés comme un réconfort et comme un espoir.

A cette publication incessante d'un droit toujours plus certain, quelques mouvements de foule efficaces sont venus, à vrai dire, s'ajouter : ici, il faut s'entendre et distinguer avec soin l'émeute meurtrière, la voie de fait isolée, détestables moyens qui desservent toujours ceux qui les

(4) A partir du jour (13 novembre 1918) où le Wafd fut formé sous la présidence de Saad Zaghloul, on peut presque dire que les négociations pour l'indépendance n'ont jamais cessé, malgré les nombreux points d'arrêts qu'elles ont du marquer; après les négociations initiales, voici les diverses reprises de contact qui se sont produites : en 1921 entre Adly Yeghen Pacha et Lord Curzon; en 1923 entre Saad Zaghloul et Ramsay Macdonald; en 1927 entre Saroit Pacha et Sir Austen Chamberlain; en 1929 entre Mohamed Mahmoud Pacha et M. Henderson; en 1930 entre Nahas Pacha et le même gouvernement britannique; en 1932 entre Ismaïl Sidky Pacha et Sir John Simon; en 1936 entre le Front National présidé par Nahas Pacha et Sir Miles Lampson.

emploient, du soulèvement mystique d'un peuple, qui fait entendre sa voix collective pour affirmer son existence et sa volonté.

L'Égypte a connu ces deux procédés; elle a souffert des uns, bénéficié des autres : c'est parce qu'Arabi Pacha se montra incapable d'empêcher le mouvement populaire, qu'il avait suscité, de dégénérer en émeutes sanglantes, que le Protectorat britannique put s'instituer en 1881; c'est parce qu'un exalté assassina, le 18 novembre 1924, le Sirdar Sir Lee Stack, que le gouvernement du Caire dut renoncer momentanément à toute autorité sur le Soudan. Mais les manifestations suscitées par la personnalité rayonnante de Saad Zaghloul, les protestations ardentes contre sa déportation aux Seychelles, contribuèrent largement à décider le gouvernement de Londres, sous la signature de Lord Allenby, le 28 février 1922, à publier une déclaration unilatérale d'indépendance de l'Égypte sous réserve des quatre points qui devaient faire l'objet de négociations ultérieures ⁽⁵⁾.

Le soulèvement unanime de la jeunesse égyptienne, en 1935, à l'occasion des paroles imprudentes prononcées par Sir Samuel Hoare, fut aussi l'une des raisons qui incitèrent le Foreign Office à signer le traité du 26 août 1936.

Dans ce dernier cas, il convient d'ajouter, cependant, que l'Égypte a bénéficié d'une circonstance particulièrement favorable, indépendante de sa volonté : les visées impériales du gouvernement fasciste ne pouvaient manquer d'apparaître comme une menace, dangereuse à la fois pour l'Égypte et pour les communications britanniques. L'Angleterre, dans ces conditions, devait envisager avec inquiétude les conséquences d'une émeute au Caire, alors qu'elle souhaitait la constitution d'une armée égyptienne instruite par des officiers anglais et capable de faire face aux incursions possibles des troupes de Lybie et d'Éthiopie.

Le stimulant imprévu de l'impérialisme romain a donc facilité la signature de ce traité anglo-égyptien sur lequel on n'était pas parvenu, au cours des négociations antérieures, à se mettre tout à fait d'accord.

Une fois de plus, l'Égypte a su tirer parti de la divergence des intérêts des puissances européennes.

Il nous reste à définir brièvement ce qu'est la situation actuelle, telle qu'elle résulte des textes et de l'ensemble des faits historiques que nous venons de retracer.

Le traité anglo-égyptien n'a pas eu à reconnaître l'indépendance égyptienne, c'était chose faite depuis 1922, mais il met fin à l'occupation militaire et apporte une solution aux quatre points précédemment réservés. Il y aura sans doute, pendant une période définie, un nombre limité de soldats anglais dans la zone du canal, mais cette fois il n'est pas chose imposée, c'est le résultat d'un libre accord entre deux puissances souveraines qui ont établi entre elles une alliance durable en vue de consolider leur cordiale entente et leurs bonnes relations ⁽⁶⁾.

(5) Ces quatre points se rapportaient aux questions suivantes : a) la sécurité des communications de l'Empire britannique en Égypte; b) la défense de l'Égypte contre toute agression étrangère et contre l'ingérence étrangère directe ou indirecte; c) la protection des intérêts étrangers en Égypte et la protection des minorités; d) le Soudan.

(6) Le traité, dans son art. 8, définit avec bonheur la situation du canal de Suez :

En réalité on comprend parfaitement au Caire que la présence de soldats britanniques dans la région d'Ismailieh est aussi utile à l'Égypte qu'à l'Angleterre. On comprend aussi que la liaison des activités diplomatiques et la nécessité d'agir de concert en cas de guerre ou de menace de guerre sont, pour les uns et pour les autres, une première garantie contre des agressions prévisibles.

La question vitale des communications britanniques étant ainsi réglée amicalement, les trois autres points réservés en 1922 l'ont été à la pleine satisfaction de l'Égypte. Pour ce qui touche les étrangers, c'est à l'Égypte seule qu'il appartient désormais d'assurer leur protection et d'éviter leurs ingérences; quant au régime capitulaire, l'Angleterre s'engage à intervenir pour le faire supprimer, et c'est chose faite depuis le 8 mai 1937; reste le Soudan, dont l'Égypte avait été exclue après l'assassinat du Sirdar : désormais le Condominium est rétabli et l'expansion vers le Sud redevient possible.

Une remarque encore qui souligne tout le succès de Nahas Pacha et du gouvernement de Front National en 1936 : si avantageux qu'il soit, le traité est revisible au bout de 20 ans à la demande de l'une des parties; quant au stationnement des troupes britanniques, il doit cesser « dès que l'armée égyptienne sera en état d'assurer par ses propres moyens la liberté et l'entière sécurité de navigation du Canal ». En cas de difficultés d'interprétation, c'est le Conseil de la S. D. N. qui statue.

Il semble bien résulter d'un paragraphe de l'article 16, que l'alliance est en principe permanente, mais ce n'est qu'un principe, qu'un desideratum qui n'infirme pas le droit plus général et plus précis en vertu duquel chacune des hautes parties contractantes peut demander la révision.

Tels sont les caractères dominants de la situation. Comment contester que l'Égypte libérée de toutes ses entraves ne soit désormais pleinement libre, indépendante et d'autant plus forte qu'elle bénéficie d'une alliance consolidée, évidemment conforme à ses intérêts. L'admission de l'Égypte comme membre de la Société des Nations en 1937, à l'unanimité des voix, constitue l'enregistrement international de la majorité du nouvel Etat dont la Convention de Londres du 13 juillet 1841 reconnaissait la naissance.

A vrai dire, certains esprits chagrins qui regrettent le passé disent volontiers — ils n'osent guère l'écrire — que la libération de l'Égypte est fictive et temporaire, en raison de l'inégalité de forces des deux alliés; ils se plaisent à prévoir le retour, après quelques émeutes, d'une occupation britannique étendue. Nous ne partageons nullement cette manière de voir; elle est trop contraire à la ligne d'évolution que nous avons maintenant dégagée, pour être un tant soit peu vraisemblable : l'Angleterre a dû accepter la libération d'une Égypte désarmée, elle ne remettra pas sous son protectorat une Égypte armée. Nous pensons au contraire que l'Égypte, consciente de sa liberté et de sa puissance, prendra une place éminente dans

« Vu que le canal de Suez, partie intégrante de l'Égypte, est une voie mondiale de communication en même temps qu'un moyen essentiel de communication entre les différentes parties de l'Empire britannique... » C'est cette situation particulière de l'isthme de Suez qui commande en quelque sorte une bonne entente constatée par un accord précis entre l'Égypte et l'Angleterre.

l'équilibre mondial des forces, en plein accord et en pleine égalité avec les grands Etats démocratiques.

Nous sommes maintenant en mesure de présenter de façon synthétique le phénomène social que nous avons appelé « la résurrection d'un Etat ». Il s'est offert à notre observation dans des conditions tout à fait typiques mais particulièrement complexes (7).

Il s'agit, dans notre cas, d'une « résurrection » par étapes, qui s'est réalisée en un siècle ; c'est que l'Egypte avait à triompher des résistances combinées de l'Empire ottoman et des grandes puissances, en particulier de l'Angleterre ; l'effort de libération doit être proportionné aux résistances à vaincre et voilà sans doute une première règle générale.

Pour que notre phénomène se produise, le terrain doit être favorable et le moment propice, si génial que soit un héros il ne saurait former un Etat, n'importe où et n'importe quand : voilà la deuxième constatation.

Souvent des tentatives avortées doivent préparer l'entreprise qui réussit, l'intervention d'un précurseur conditionne souvent la réussite d'un grand projet, tel fut le rôle de Bonaparte précédant Mohamed-Ali, et cette observation, comme les précédentes, est de portée générale.

L'histoire d'Egypte nous apprend encore que la renaissance d'un Etat peut être poursuivie soit par le prince, soit par la nation tout entière, mais on constate qu'à l'origine une direction unique est plus efficace et parfois indispensable.

Ce conditionnement général étant connu, reste à énumérer les éléments composants de la formule appliquée ; or, cette formule est celle de Mohamed-Ali ; nous la connaissons déjà, elle se résume en trois préceptes :

— Profiter de circonstances favorables pour créer une force nationale.
— Faire intervenir cette force pour créer une situation de fait, puis un droit, en invoquant, au surplus, les règles supérieures de morale universelle.

— Négocier, en bénéficiant des divergences d'intérêts et en se contentant du possible, du moment que ce possible est efficace.

Jadis, au temps des premiers Pharaons, on aurait qualifié de formule magique cet ensemble de règles, grâce auxquelles Mohamed-Ali, ses successeurs et la nation égyptienne ont ressuscité l'Etat ; nous n'y voyons aujourd'hui que l'application, à la fois intuitive et réfléchie de grandes lois sociologiques permanentes.

Si nous nous plaçons, pour terminer, au point de vue égyptien, nous reconnaitrons que l'application continue, pendant plus d'un siècle, d'un tel

(7) D'autres « résurrections d'Etats » ont eu lieu, soit dans la vallée du Nil, soit ailleurs. Après la conquête d'Alexandre, l'Egypte a retrouvé son indépendance avec les Ptolémées ; puis, sous la domination lointaine et négligente des Califes Abassides, Ahmad Ibn Touloun a constitué une nouvelle dynastie ; dans les deux cas, la sécession s'est faite sans résistance. D'autres régions, au cours du XIX^e siècle, se sont détachées de l'Empire ottoman. On peut parler de la « résurrection » de la Grèce en 1830, mais l'Europe est intervenue pour l'imposer. Il y a eu la « résurrection » de la Pologne à l'issue de la grande guerre, mais elle s'est produite par la seule volonté des Alliés victorieux. Malgré ces différences, il ne serait peut-être pas impossible de tenter une théorie d'ensemble de la « résurrection d'Etat ».

ensemble de préceptes judicieux, constitue une tradition diplomatique d'une inestimable valeur : c'est une des richesses que le passé lègue au présent, c'est une des perles de la Couronne que vient de ceindre, à 18 ans, le neuvième souverain de la XXXVIII^e dynastie.

LE CONCEPT JURIDIQUE DE REVOLUTION

Par Henri LEVY-BRUHL

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

Le juriste est, de par sa profession, conservateur. Il vit dans un monde statique. Tout mouvement lui fait horreur, non parce qu'il « déplace les lignes » mais parce qu'il porte — nécessairement — atteinte à des droits. Le juriste prendrait volontiers pour devise : « *Quieta non movere* ». Sa « *Weltanschauung* » préférée est celle d'un univers immuable et mécanisé.

On comprend dès lors son aversion pour la révolution ⁽¹⁾. Pour le mot comme pour la chose. On cherche par tous les moyens à écarter du langage juridique ce vocable honni. On ne pouvait pas ne pas parler de la législation révolutionnaire qui a introduit dans notre droit beaucoup d'idées nouvelles, mais il fallait à tout prix éviter de prononcer le nom de révolution. Comment faire ? Un juriste astucieux, dont l'histoire n'a pas retenu le nom, a trouvé la solution. Qu'est-ce que la Révolution française, en somme, sinon une transition, un passage entre l'ancien droit monarchique et le nouveau droit bourgeois ? On appellera la Révolution : période intermédiaire. Dans tous les ouvrages de droit, dans tous les manuels, la Révolution est recouverte — étouffée — derrière ce manteau pudique.

On peut cacher le fait. On peut le dénaturer. On ne peut pas le supprimer. La révolution — et ici nous ne parlons plus d'une révolution en particulier, mais de toutes en général — est un phénomène juridique qui s'impose comme tel aux réflexions du théoricien et de l'historien du droit, au même titre que, par exemple, le phénomène de « réception » ou d'emprunt d'un système législatif. Ce phénomène s'est produit à maintes reprises dans l'histoire ; il est possible qu'il se produise de nouveau. En tout cas il a des conditions d'existence précises, des effets déterminés. Il appartient à la dogmatique juridique et à elle seule, d'essayer de le définir.

Il va sans dire que cette tentative ne peut être faite que d'un point de vue délibérément scientifique. Le juriste, pour parvenir à quelque

(1) Il est significatif que dans la bibliographie du sujet que donne M. Raléa dans son ouvrage intitulé : « Révolution et socialisme, essai de bibliographie », Paris, 1923, p. 26-30, aucun juriste de profession ne soit cité à l'exception de M. Maxime Leroy.

résultat, devra s'affranchir de tout parti-pris et notamment de cette répugnance engendrée par un réflexe professionnel dont nous parlions plus haut. Il devra considérer froidement, en savant, ce mot chargé de passion et défiguré dans un sens ou dans un autre par l'esprit de parti. C'est dans cet esprit strictement objectif que nous voudrions tracer les grandes lignes de ce concept.

S'il est vrai que le droit n'est autre chose que l'expression en formules techniques des rapports sociaux, c'est dans la réalité sociale qu'il faut chercher le fondement du phénomène. L'observation nous conduit à voir dans ce fait : révolution, un bouleversement rapide substituant une nouvelle organisation sociale à celle qui existait jusqu'alors. Il y a là un fait qui appartient à ce qu'avec Auguste Comte, mais dans un sens un peu différent, on pourrait appeler la « physique sociale ». Une société vit sur certains principes qui sont à la base de ses institutions. Ces principes se modifient sans que les institutions subissent un changement identique. Pourquoi en est-il ainsi ? Le plus souvent parce que la puissance politique, c'est-à-dire le pouvoir législatif, continue d'appartenir à la classe attachée aux vieux principes. Au bout d'un certain temps — précédée ou non par des troubles sociaux — se produit l'adaptation nécessaire des institutions aux principes, c'est-à-dire, au fond, aux besoins du groupe social. Quand elle se fait d'une manière brusque et dramatique, c'est une révolution.

Il suit de là qu'une adaptation mieux réglée, moins saccadée peut éviter une révolution. Il est difficile de retaire l'histoire par imagination — et c'est un jeu assez vain — mais il paraît probable qu'un certain nombre d'à-coups de ce genre dans le fonctionnement de la machine sociale ont pu être épargnés à l'humanité, et que bien d'autres eussent pu l'être si les classes au pouvoir avaient eu moins d'égoïsme ou simplement un sentiment plus juste de leur véritable intérêt.

On voit dès lors en quoi consiste essentiellement une révolution. Sans être obligé de prendre ici parti sur la question encore ouverte du matérialisme historique, on peut dire que le facteur premier et essentiel d'une révolution est la pression exercée par une classe sociale sur une organisation politique qui ne lui permet pas de donner satisfaction à ses besoins devenus légitimes en raison de son importance accrue.

Sociale dans son fondement, la révolution est politique dans sa forme et dans ses effets, puisqu'elle vise toujours à une réforme fondamentale de l'Etat. Celle-ci paraît indispensable pour réaliser ses fins. Cette observation est de nature à faire justice de l'opposition souvent formulée notamment par des publicistes socialistes entre la révolution politique qui serait purement formelle, et la révolution sociale qui serait plus profonde. En réalité il n'est peut-être pas impossible d'imaginer une révolution qui ne serait que politique : les coups d'Etat, les pronunciamientos ont généralement un substrat social, mais dans la mesure où ils se bornent à changer brutalement le personnel gouvernemental et administratif, ils ne méritent ni ne reçoivent le nom de révolution. Mais il est par contre inconcevable qu'une révolution proprement dite ait lieu sans une conquête de l'Etat. On parle bien, dans le langage courant, de révolution dans

l'ordre économique. On entend dire aussi que de grands mouvements comme le christianisme, le bouddhisme, etc., sont des révolutions dans l'ordre moral ou culturel. On ne saurait leur donner ce nom dans une langue correcte. De même un bouleversement, si important soit-il, dans le droit privé, n'est pas une révolution. Aussi bien ces modifications, même si elles s'accompagnent de troubles sociaux, n'ont pas, en général, ce caractère dramatique et soudain qui est un des traits dominants du phénomène que nous étudions. Sans doute une révolution est-elle préparée, souvent de longue date, notamment par une propagande idéologique. En tout cas, par définition même — qu'on se rapporte à ce que nous en avons dit plus haut — elle suppose un accroissement, qui ne peut être que progressif, de l'influence d'une classe privée de sa part légitime du pouvoir. Mais la prise du pouvoir politique par cette classe sociale s'accomplit brusquement avec ou sans effusion de sang, suivant qu'elle rencontre ou non une résistance de la part de ses adversaires, toujours en peu de temps, car, répétons-le, si cette conquête est lente et pacifique, nous sommes en présence d'une réforme, d'une évolution, non d'une révolution.

Encore une fois cette conquête de l'Etat n'est pas une fin en soi. Ce que recherchent les révolutionnaires (ou les contre-révolutionnaires) ce n'est pas le pouvoir pour le seul plaisir de l'exercer et d'en jouir. Si l'on cherche à conquérir l'Etat, c'est parce que l'Etat est l'organe légiférant. La classe qui détient l'Etat édicte des règles de droit qui donneront satisfaction à ses aspirations. La loi n'est pas autre chose que l'expression du rapport du droit tel qu'il est représenté dans la conscience collective à un moment donné dans un groupe donné. Dès lors le système législatif élaboré par la classe dominante arrivée au pouvoir par la révolution sera imprégné de ce nouvel esprit et exprimera les nouveaux rapports sociaux. En dernière analyse, toute révolution, phénomène social par son essence et son fondement, est nécessairement politique dans sa forme et vise toujours à une organisation juridique nouvelle. C'est pourquoi nous trouvons incomplète la définition de la révolution donnée dans l'excellent « Vocabulaire juridique » de M. Capitant, T. II, p. 434 : « Mouvement populaire d'une certaine ampleur ayant pour but de renverser par la force les gouvernants d'un Etat et de changer sans observer les formes légales préétablies l'organisation politique de cet Etat ». Dans cette définition figurent certains des éléments essentiels du phénomène, son caractère populaire, son caractère illégal et aussi, marqué par le mot mouvement, son caractère brusque et en quelque sorte instantané. Ce qui, par contre, n'apparaît pas, c'est le but final de toute révolution, qui n'est pas tant de « renverser les gouvernants » ou de « changer l'organisation de l'Etat » que de modifier le rapport des forces sociales en présence et de donner à certaines d'entre elles la possibilité jusqu'alors refusée d'établir des règles de droit conformes à leurs besoins ⁽¹⁾.

(1) C'est pourquoi nous croyons pouvoir maintenir la définition que nous proposons en 1928 (*Revue de Synthèse historique* ; *Bulletin du Centre International de Synthèse*, décembre 1928, p. 34) : « Brusque mouvement social réalisé par la force populaire, sans observer les formes légales, ayant pour but et pour résultat la substitution d'un régime légal à un autre ». Nous y avons ajouté seulement les mots : « sans observer les formes légales ».

S'il en est bien ainsi, on voit que la révolution est un phénomène juridique au premier chef et que, comme tel, il devrait attirer plus qu'il ne l'a fait jusqu'ici, l'attention des théoriciens et des historiens du droit. Se trouvant en quelque sorte à l'intersection du droit public et du droit privé, il est un de ces sujets privilégiés qui peuvent et doivent bénéficier d'une étude collective, à condition d'affranchir ce concept de toute ambiance passionnelle et de l'étudier avec la même sérénité que s'il s'agissait d'une question de succession ou de mur mitoyen.

D'un point de vue plus terre à terre et strictement pédagogique, il semble qu'il y ait intérêt, pour la formation de l'esprit de nos étudiants, de leur faire connaître ces grands phénomènes de substitution d'un système juridique à un autre que sont les « renaissances », les « réceptions », les « révolutions ». Ils s'y rendront un compte plus exact du caractère essentiellement variable des systèmes législatifs, de leur plus ou moins grande plasticité, des conditions de leur développement ou de leur ruine. Rien, à mon sens, n'est plus « formatif » ni plus propre à combattre dans leurs esprits cette tendance dogmatique que les études de droit favorisent presque nécessairement.

Si ces quelques lignes ont pu choquer certains lecteurs, nous ne croyons pas, en revanche, qu'elles soient de nature à scandaliser l'éminent juriste à qui elles sont offertes. Toute sa vie scientifique — et c'est là son honneur — M. Edouard Lambert a lutté contre le conformisme, dédaigné les chemins battus et faciles qui conduisent aux honneurs, ouvert des horizons nouveaux. En proposant aux juristes un nouveau sujet de réflexion, nous pensons rester fidèle à son esprit, ce qui est la meilleure manière de lui témoigner notre affectueux respect.

SECTION III

LE DROIT CONSTITUTIONNEL AMERICAIN ET LE PROBLEME DU CONTROLE JUDICIAIRE DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS

JAFFIN, *Les modes d'introduction du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois.*

HAESAERT, *La lutte entre le « New-Deal » et la Cour Suprême aux Etats-Unis.*

HAINES, *Les problèmes posés aux Etats-Unis par les extensions actuelles du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois.*

CLARK, *La réforme constitutionnelle aux Etats-Unis d'Amérique.*

ELLIOT, *Vers une nouvelle Constitution.*

Sur la SIGNIFICATION DU CONTRÔLE JUDICIAIRE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS on consultera également les contributions de MM. MOTT, LA LÉGISLATION UNIFORME AUX ÉTATS-UNIS, publiée ci-dessous dans la Quatrième Partie, Titre II, Chapitre III, § 122, et DEL MARMOL, LES RÉPERCUSSIONS ÉCONOMIQUES DE LA LÉGISLATION FÉDÉRALE DES FAILLITES AUX ÉTATS-UNIS, publiée ci-dessous, Chapitre IX, § 105.

★★

Nous rappelons que le PROBLÈME DES LOIS DE PLEINS POUVOIRS AUX ÉTATS-UNIS est un des objets traités dans l'article de M. SCHMITT, UNE ÉTUDE DE DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARÉ : L'ÉVOLUTION RÉCENTE DU PROBLÈME DES DÉLÉGATIONS LÉGISLATIVES, reproduit ci-dessus, Section I, § 83.

LES MODES D'INTRODUCTION DU CONTROLE JUDICIAIRE DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS AUX ETATS-UNIS

Par George H. JAFFIN, A. B., LL. B.

*Membre des Barreaux de New-York et des Cours Fédérales
Senior Attorney de la Securities and Exchange Commission*

Traduit par Jacques LAMBERT

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

Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, tel qu'il existe aux Etats-Unis, est une institution si originale et si étroitement liée au développement du fédéralisme américain que les juristes du continent européen ont souvent quelque peine à en comprendre le mécanisme. En France, notamment, les auteurs qui, pendant les deux premières décades du *xx^e* siècle, en ont signalé l'existence à leurs compatriotes, l'ont fait le plus souvent dans le but d'en obtenir la transplantation dans leur pays et ont été instinctivement amenés, par le souci d'en dissimuler ou d'en atténuer l'opposition avec leurs traditions constitutionnelles nationales, à le présenter sous une forme édulcorée et émasculée. Ce travestissement s'est produit sous une double forme. Tout d'abord en ramenant le contrôle de constitutionnalité des lois américaines à la sphère étroitement limitée que lui avait donnée Marshall au moment où il en avait glissé le premier germe solide dans la jurisprudence fédérale par la décision de *Marbury v. Madison* ⁽¹⁾, et en faisant abstraction de tous les développements qu'il a pris de 1803 à nos jours. Puis, en recouvrant pour en définir le rôle et les effets à une comparaison — longtemps courante et qui n'est point encore disparue de la circulation — avec le geste du juge de paix français qui se refuse à réprimer l'infraction à un arrêté municipal qu'il estime illégal, parce que dépassant le cercle de compétence attribué à son auteur par la loi, ou pris sans observation des formes prévues par elle.

Des efforts persévérants pour faire comprendre en France la physionomie réelle de notre contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois — à la lumière des textes de notre jurisprudence constitutionnelle et, en particulier, des décisions de la Cour Suprême fédérale — ont été faits par Edouard Lambert dans son *Gouvernement des juges et la lutte contre la*

(1) 1 Cranch 137.

législation sociale aux Etats-Unis en 1921, le tome 6 de la Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon : *La lutte judiciaire du capital et du travail organisés aux Etats-Unis* en 1924, et sa contribution aux Mélanges Hauriou : *Quatre années d'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois par la Cour Suprême des Etats-Unis*, en 1929. D'autres se sont engagés à sa suite dans la même voie : les auteurs de quelques thèses de doctorat en droit, Roger Pinto, Henri Galland, et surtout Jacques Lambert dans les quatre premiers volumes de son *Histoire constitutionnelle de l'Union Américaine*, dont le quatrième — tout récemment paru : *Du contrôle de la constitutionnalité des lois au Gouvernement des juges* (Paris, Sirey, 1937) — se clot, pp. 261-306, par des pages exposant comment, par quelles transitions et sous l'action de quelles causes les cours de justice ont progressivement greffé, sur le contrôle de la compétence des législatures, le contrôle de l'exercice qui en est fait et de sa conformité aux fins pour lesquelles la compétence a été donnée — l'examen du caractère raisonnable ou déraisonnable, mesuré ou immodéré, des compressions imposées aux droits individuels par les lois incriminées.

Si cette documentation, puisée dans nos recueils d'arrêts, n'a point encore complètement éliminé dans la littérature française la conception déformatrice du contrôle judiciaire américain que nous venons de rappeler, c'est quelle a trouvé un soutien dans la croyance, encore trop répandue en France, que les cours de justice américaines ne peuvent être saisies de l'examen de la constitutionnalité de lois que par l'exception d'inconstitutionnalité, à l'occasion soit d'une litigation de droit privé entre particuliers, soit d'une poursuite intentée contre un contrevenant à la loi qu'il prétend inconstitutionnelle.

J'ai pensé que je ne pouvais m'associer plus utilement à l'hommage rendu à celui à qui ce *Recueil* est offert qu'en l'aidant à dissiper cette illusion et à faire apparaître à ses compatriotes sous son véritable jour l'institution de grande allure qu'est notre contrôle de la constitutionnalité des lois. Cette étude sera donc destinée à marquer le rôle que les divers modes d'introduction de ce contrôle ont joué dans l'évolution qui l'a peu à peu détaché de sa gangue de litigation de droit privé ou de droit pénal, et a fait prendre à cette litigation constitutionnelle un caractère tel qu'il n'est pas possible de se dissimuler que la rapprocher du contrôle de pure compétence et légalité, exercé par le juge de paix sur les arrêtés municipaux avant d'en réprimer la violation, c'est vouloir faire passer sous la même toise la fourmi et l'éléphant.

Si l'on tient à trouver à notre contrôle de constitutionnalité un élément de comparaison dans quelque institution du droit français, c'est ailleurs qu'il convient de le chercher : dans le contrôle et le filtrage que le Conseil d'Etat exerce sur les règlements administratifs par le recours pour excès de pouvoir, et grâce au greffage de la notion de détournement de pouvoir sur celle d'excès de pouvoir.

Ce qui a valu à notre contrôle de la constitutionnalité des lois de s'imposer finalement à l'attention du public cultivé en dehors des Etats-Unis, c'est l'importance politique et l'allure spectaculaire des déclarations d'inconstitutionnalité prononcées par la Cour Suprême des Etats-Unis contre des actes retentissants de législation sociale et, par-dessus tout, les obstacles et les freins qui, au cours de ces dernières années, ont été apportés par

la grande cour fédérale au développement de quelques-uns des éléments les plus marquants de l'expérience économique et sociale, — notamment des entreprises de Redressement industriel national et de Réajustement agricole, — du Président Franklin Roosevelt. C'est pourquoi je m'astreindrai à ne suivre qu'au travers de la jurisprudence fédérale le travail historique de dégagement — à côté et en dehors de la litigation de droit privé — de ce qu'on pourrait appeler en langage de droit français un « contentieux de la constitutionnalité des lois ». C'est seulement quand cela deviendra indispensable pour faire comprendre les origines et les raisons d'être de l'un ou l'autre des mouvements de progression de cette branche de la jurisprudence fédérale, que nous toucherons aux rapports entre le judiciaire fédéral et les juridictions des Etats dans l'exercice de leur contrôle sur la constitutionnalité des lois.

Trois méthodes sont actuellement employées par les particuliers pour saisir les cours de justice de ce contrôle : 1° L'exception d'inconstitutionnalité ; 2° Le recours à la procédure d'équité qu'est la demande à la cour de la délivrance d'une injonction interdisant aux représentants ou fonctionnaires du pouvoir exécutif, chargés de veiller à l'application de la loi, de l'exécuter ou de menacer de l'exécuter ; 3° L'emploi de la procédure du jugement déclaratoire.

Les deux premiers de ces modes d'introduction découlent — au moins virtuellement — de l'article III, section 2, de la constitution fédérale dont les premières lignes déclarent que « le pouvoir judiciaire s'étendra à tous les cas de « loi » et d'« équité », s'élevant sous la constitution, les lois des Etats-Unis... »

Le judiciaire a été ainsi assujéti dès le début à l'ancienne distinction anglaise entre *Common Law* et *Equity* — la tradition des deux systèmes de droit procédural administrés séparément, l'un formant la marche ordinaire traditionnelle du droit procédural, l'autre extraordinaire. Cette dualité de régimes procéduraux a été abandonnée avec le milieu du XIX^e siècle par la majorité des Etats de l'Union qui, sous l'impulsion de New-York, ont adopté un système de code, amalgamant l'*Equité* et le *Common Law* et substituant à la diversité ancienne des actions une forme unique d'action. Mais les cours fédérales américaines n'ont pas été touchées par ce mouvement et sont restées fidèles au système en vigueur en 1789.

Le judiciaire fédéral a donc toujours exercé parallèlement une juridiction de *Common Law* et une juridiction d'*Equité*. Il a pu chercher, par conséquent, dans l'un comme dans l'autre de ces deux corps traditionnels de procédure les moyens de se saisir de l'examen de la constitutionnalité des lois. Mais il a dû d'abord les demander de préférence, et normalement, au *Common Law* et à l'exception d'inconstitutionnalité. Car le *Code Judiciaire*, dès sa forme originaire de 1789, s'était incorporé la doctrine fondamentale de la Chancellerie anglaise que le recours à l'*équité* n'est accordé que quand les remèdes fournis par le *Common Law* sont inadéquats.

Dans les temps qui ont précédé la Guerre de Sécession, le judiciaire fédéral n'a eu d'ailleurs que de fort rares occasions de se prononcer sur la constitutionnalité d'Actes législatifs. Et, pendant cette longue période, il s'est montré peu disposé à prendre parti sur des problèmes de nature aussi brûlante. Il a décliné de remplir des tâches de nature législative aussi bien que de nature administrative. Et, en ligne avec cette attitude, les cours fé-

dérales ont alors estimé qu'elles n'avaient pas qualité pour décider de « questions politiques », même quand elles se présentaient dans la forme d'une action de *Common Law* ou d'*Equité*.

D'ailleurs, originairement, la juridiction accordée au judiciaire fédéral a été restreinte dans une sphère étroite. Le premier grand accroissement dans sa juridiction s'est produit comme une conséquence de l'issue de la Guerre Civile. La défense du prestige fédéral nécessita l'exercice de pouvoirs qui puissent assurer le maintien et la perpétuation de ce prestige. Le Congrès devint moins hésitant à exercer une variété de pouvoirs additionnels et à s'en servir contre les Etats Confédérés récalcitrants. Une juridiction additionnelle a été conférée au judiciaire fédéral à la suite des 13^e, 14^e et 15^e amendements — surtout du 14^e qui, en 1868, vint défendre aux Etats d'« abréger les privilèges et immunités des citoyens des Etats-Unis » et de « priver une personne de sa vie, liberté ou propriété sans *due process of law* ». Pour assurer effet à ces amendements et empêcher les Etats du Sud de s'y soustraire, le Congrès émit une législation complémentaire — les *Reconstruction Acts*, les *Civil Rights Acts*, etc. — Comme le judiciaire était un instrument important pour la mise à exécution de la loi, et que les tribunaux locaux n'échappaient pas complètement aux préjugés ou préventions des « sections » de l'Union Américaine auxquelles appartenaient leurs Etats, la juridiction du judiciaire fédéral fut étendue en conséquence pour empêcher les cours d'Etats d'émasculer la loi fédérale. Pour la première fois en 1875, fut donnée aux cours fédérales de l'Union juridiction « originale » sur les cas s'élevant sous la Constitution (telle qu'elle avait été amendée) ou les lois des Etats-Unis ⁽²⁾. Cette juridiction a été exercée dans des cas roulant sur la constitutionnalité d'actes de législation fédérale et d'Etats ⁽³⁾. En outre, la Cour Suprême a continué à exercer juridiction d'appel sur les décisions constitutionnelles des cours d'Etats ⁽⁴⁾.

Si l'extension de la juridiction constitutionnelle du judiciaire fédéral peut être regardée comme une conséquence de la Guerre Civile et une preuve de la renaissance du fédéralisme, d'autres forces contemporaines ont été plus directement responsables de l'influence croissante des Cours nationales dans la litigation constitutionnelle. Après la Guerre Civile et pendant la période quelque peu troublée de *Reconstruction*, la croissance économique du pays a soulevé une multitude de questions constitutionnelles. En 1869 l'achèvement du premier chemin de fer transcontinental a été réalisé ; dans les septième et huitième décades du XIX^e siècle le problème de la réglementation du système des chemins de fer est devenu aigu. Et, pendant la fin de ce siècle, le développement commercial et industriel phénoménal de la nation a suscité une grande variété de législation réglementant la vie sociale et économique. De cet exercice croissant du pouvoir de police, les cours fédérales ont eu plus ou moins à s'occuper. Comme la Cour Suprême des Etats-Unis a toujours conservé juridiction

(2) Voir Section 1 du *Judiciary Act* de 1875 (18 Stat. 470, c. 137).

(3) *Civil Rights Cases*, 109 U. S. 3, 3 Sup. Ct. Rep. 18 (1883) ; *Butchers' Union Slaughter-House, etc. Co v. Crescent City etc. Co.*, 111 U. S. 746, 4 Sup. Ct. Rep. 652 (1883) ; *New-Orléans Gaslight Co. v. Louisiana Light Co.*, 115 U. S. 650, 6 Sup. Ct. Rep. 252 (1885) ;

(4) *Slaughter-House Cases*, 16 Wallace 36 (1873) ; *Munn v. Illinois*, 94 U. S. 113 (1876) ; *Mugler v. Kansas*, 123 U. S. 623, 8 Sup. Ct. Rep. 273 (1887) ; *Powell v. Pennsylvania*, 127 U. S. 678, 8 Sup. Ct. Rep. 992, 1257 (1887)

d'appel sur les décisions des cours d'Etat en ces matières, il reste à examiner comment les cours *inférieures fédérales* ont acquis une influence croissante par une intervention immédiate ou de première instance.

Cette intervention effective des cours fédérales inférieures a été accomplie par l'énonciation de trois doctrines constitutionnelles d'importance capitale aux approches de la fin du XIX^e siècle :

Premièrement, quoique le 14^e amendement ne fut apparemment destiné qu'à sauvegarder les personnes naturelles (les êtres humains), des personnes artificielles, comme les « corporations », ont cherché aussi à se couvrir sous ses termes interprétés largement. Par cette voie elles se sont protégées contre la privation de propriété sans « *due process of law* » ⁽⁵⁾.

En second lieu, la doctrine de *Munn v. Illinois* ⁽⁶⁾, que les tarifs imposés par les entreprises affectées d'un « intérêt public » étaient sujets à réglementation, fut subséquemment limitée par cette autre doctrine que les taux fixés par cette réglementation devaient être raisonnables, sans quoi la compagnie (c'est-à-dire le chemin de fer) serait privée de sa propriété sans *due process of law*. Le caractère raisonnable des tarifs devint question ouverte à la connaissance judiciaire et les décisions des Commissions de service public devinrent sujettes à une révision judiciaire directe ⁽⁷⁾.

Troisièmement, quoique le 11^e amendement interdit d'intenter une action contre l'Etat ⁽⁸⁾, une dernière doctrine admit que cela n'empêchait pas d'intenter une action contre un « officier » de l'Etat qui tente de mettre en application une loi inconstitutionnelle.

Nous voyons ici apparaître la seconde, dans l'ordre de diffusion historique, des méthodes d'introduction du contrôle de constitutionnalité des lois, l'injonction. Le germe en avait été introduit dans la jurisprudence fédérale, en 1824, par le cas *Osborne v. Bank of the United States* ⁽⁹⁾, où la Cour Suprême, sous la conduite de Marshall, admit une injonction de cour fédérale pour empêcher un « officier » d'un Etat d'exécuter une loi fiscale alléguée être inconstitutionnelle. Entorse au XI^e amendement qu'on justifiera plus tard — explication donnée notamment en 1908 dans *Ex parte Young* ⁽¹⁰⁾ — en disant qu'un « officier » qui tente d'appliquer une loi inconstitutionnelle perd *ipso facto* son caractère officiel.

A l'époque où de nombreux Etats ont cherché à réglementer les chemins de fer et les autres services d'utilité publique, quand le pouvoir de police s'est exprimé dans des formes variées de législation sociale et économique, ce second mode d'introduction du contrôle de la constitutionnalité

(5) *Santa Clara County v. Southern Pacific R. Co.*, 118 U. S. 394, 396, 6 Sup. Ct. Rep. 1132 (1886); *Covington and L. Turnpike Road Co. v. Sandford*, 164 U. S. 578, 592, 17 Sup. Ct. Rep. 198 (1896).

(6) 94 U. S. 113 (1876).

(7) *Chicago M. and St. P. Ry. Co. v. Minnesota ex rel. Railroad and Warehouse Commission*, 134 U. S. 418, 10 Sup. Ct. Rep. 462 (1890). Dans ce cas, le juge Bradley, dans une vigoureuse « opinion » dissidente, affirma que la décision de la majorité avait abandonné (*overruled*) la jurisprudence du cas *Munn*. Il argua, en effet, que le judiciaire avait violé la doctrine de la séparation des pouvoirs en usurpant les fonctions législatives, en devenant, en d'autres termes, une superlégislature.

(8) Voir *Louisiana v. Jumel*, 107 U. S. 711, 2 Sup. Ct. Rep. 128 (1883); *Hans v. Louisiana*, 134 U. S. 1, 10 Sup. Ct. Rep. 504 (1889).

(9) 9 Wheaton 738 (1824).

(10) 209 U. S. 123, 28 Sup. Ct. Rep. 441.

des lois s'est développé en une méthode hautement efficace pour éprouver la constitutionnalité des lois. De nombreuses actions ont été instituées dans les cours fédérales inférieures par des « corporations » pour faire interdire aux « officiers d'Etats » de tenter d'appliquer une loi qu'elles prétendaient avoir été émise en violation du XIV^e amendement. La Cour Suprême a proclamé que ces actions ne violaient pas le XI^e amendement, parce que cet amendement s'appliquait au cas où les Etats avaient un intérêt pécuniaire ou patrimonial, mais non pas à ceux où l'Etat n'avait qu'un intérêt gouvernemental. Elle l'a reconnu en 1894 dans le cas de *Reagan v. Farmers Loan and Trust Co* ⁽¹¹⁾ à l'occasion d'une injonction délivrée contre l'attorney général et les membres d'une commission des chemins de fer d'un Etat pour leur interdire d'appliquer une tarification édictée par le bureau des chemins de fer en vertu d'une loi de cet Etat. Et elle a confirmé cette jurisprudence en 1898 dans sa décision du cas *Smyth, Attorney-General v. Ames* ⁽¹²⁾. Elle l'a justifiée dans la *Reagan Case* de la façon suivante :

« Si (dans le procès) l'Etat est la seule partie intéressée et la seule sur laquelle le jugement peut opérer effectivement, l'Etat n'y a du moins aucun intérêt d'ordre pécuniaire. Si l'on va au delà des questions de forme, les seules parties réellement affectées sont les expéditeurs et les transporteurs... Il y a sans doute un sens dans lequel on peut dire que l'Etat est intéressé dans la question, mais c'est seulement un sens gouvernemental. Il est intéressé au bien-être de ses citoyens, à une juste et égale application de toutes ses lois ; mais cet intérêt gouvernemental n'est pas un intérêt pécuniaire qui lui permette de repousser la charge d'un jugement adverse ».

Mais le premier obstacle, tiré de la défense accordée aux Etats contre les actions des particuliers par le XI^e amendement, une fois écarté, le développement de l'introduction du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois par la voie de la demande d'injonctions a paru pendant quelque temps être limité ou freiné par l'intervention d'un autre obstacle constitutionnel, la doctrine de la séparation des pouvoirs.

Cette dernière question a été posée avec une particulière clarté par la décision rendue en 1899 par la Cour Suprême fédérale dans le cas *Fitts, Attorney general v. McGhee* ⁽¹³⁾, où elle infirma une injonction obtenue par une compagnie de chemins de fer pour empêcher l'attorney général (le chef du département juridique) d'un Etat, l'Alabama, d'exécuter un Acte législatif que le plaignant prétendait inconstitutionnel. Pour parer au reproche qu'un de ses membres lui avait fait en 1890 (*supra*, note 7) de s'ériger en superlégislature, elle tenta dans ce cas *Fitts* d'apporter une réserve à la large admission qu'elle avait donnée, dans ses arrêts de 1894 et 1898, à la demande d'injonction comme méthode d'engagement de procès constitutionnels.

« Il faut observer, déclara-t-elle, que ni l'attorney général de l'Alabama ni le solicitor du 11^e circuit judiciaire ne paraissent avoir été chargés par l'Acte législatif (incriminé) d'aucune tâche spéciale en connexion avec lui... »

(11) 154 U. S. 362, 14 Sup. Ct. Rep. 1047.

(12) 169 U. S. 466, 18 Sup. Ct. Rep. 418.

(13) 172 U. S. 516, 19 Sup. Ct. Rep. 269.

Dans chacun des cas invoqués en faveur du maintien de l'injonction « il a été constaté que les défendeurs étaient des « officiers » de l'Etat spécialement chargés de l'exécution d'une loi d'Etat alléguée être inconstitutionnelle et qui, en vertu de l'autorité conférée par cette loi, avaient commis ou étaient sur le point de commettre quelque délit civil spécifique au détriment des droits des plaignants...

« Dans le cas présent aucun des « officiers » d'Etat mis en cause n'occupe une relation spéciale au Statut allégué être inconstitutionnel. Ils ne sont pas chargés de veiller spécialement à son accomplissement. Si, par cela seul qu'ils sont les fonctionnaires juridiques de l'Etat, une instance peut être ouverte *dans le seul but de vérifier la constitutionnalité du Statut, par une demande d'injonction portée contre eux, alors la constitutionnalité de tout acte passé par la législature pourra être éprouvée par une action contre le gouverneur et l'attorney general, basée sur la théorie que le premier, comme l'exécutif d'un Etat, est chargé d'une façon générale de l'exécution de toutes les lois et que le second, comme attorney general, peut représenter l'Etat dans la litigation relative à l'exécution de ses Statuts. Ce serait une façon trop commode d'obtenir une rapide détermination judiciaire des questions de droit constitutionnel qui peuvent être soulevées par des particuliers...* »

Dans ces lignes prophétiques la Cour Suprême fédérale avait prévu la large diffusion qu'étaient destinées à prendre les demandes d'injonctions comme organes d'introduction des procès constitutionnels, à partir du moment où elle abandonnerait la distinction, — que l'expérience a démontrée rapidement illogique, — entre celles de ces demandes qui sont dirigées contre des « officiers » spécialement mandatés pour son exécution par la loi attaquée et celles qui ne mettent en cause que des « officiers » qui ne peuvent participer à la mise en œuvre de cette loi qu'en vertu des devoirs généraux de leur office. Ce moment est venu en Mars 1908, avec la décision de la Cour dans le cas *Ex parte Young* ⁽¹⁴⁾. Après avoir rappelé la distinction formulée en 1899 dans le *Fitts Case*, la Cour Suprême des Etats-Unis la rejeta définitivement en ces termes :

« Le fait que l'« officier » d'Etat en vertu de son office a quelque connexion avec la mise à exécution de l'Acte législatif est le seul fait important et essentiel. Que cette connexion provienne de la loi générale ou qu'elle ait été spécialement créée par l'Acte lui-même, c'est sans importance tant que cette connexion existe. »

A partir de cet instant l'injonction est devenue, comme l'avait pronostiqué la Cour Suprême dans son arrêt du 3 janvier 1899, « le moyen le plus commode d'obtenir un rapide règlement judiciaire des questions de droit constitutionnel », et un moyen permettant au contentieux de la constitutionnalité des lois de dégager sa nature propre des fictions créées par les rituels empruntés à la litigation de droit privé. Dans un nombre de cas constamment croissant des injonctions de ce genre ont été émises par des juges fédéraux siégeant individuellement. Pour combattre les inconvénients causés par l'émission, sans suffisante discrimination, d'injonctions liant les mains d'« officiers » d'Etats, le Congrès, en 1910, a interdit l'émission de

(14) 209 U. S. 123, 28 Sup. Ct. Rep. 441.

telles injonctions par des juges individuels ; l'action doit être jugée par une cour fédérale spéciale de trois membres avec appel direct à la Cour Suprême ⁽¹⁵⁾. Néanmoins, malgré cet effort du Congrès pour réagir contre l'émission imprévoyante d'injonctions par des juges individuels, des injonctions par le judiciaire fédéral ont continué à être émises, quoique par un triumvirat judiciaire.

L'apparition d'un troisième mode d'introduction du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, plus direct et plus franc que l'exception d'inconstitutionnalité greffée sur une action de *Common Law* ou sur une poursuite pénale, et même que la demande d'injonction, a été provoquée par le mouvement d'idées qui, à partir de 1918, a entraîné une pénétration de plus en plus large aux États-Unis de la procédure du jugement déclaratoire.

Il n'est pas nécessaire d'insister ici sur le rôle, le caractère et les conditions de fonctionnement de cette procédure du jugement déclaratoire. Car une information suffisante a été fournie à cet égard, aux juristes de ceux des pays européens continentaux où cette procédure n'est pas en usage, par les solides rapports généraux présentés au Congrès International de Droit Comparé de 1932 par les Professeurs Edwin M. Borchard, Giuseppe Chiovenda et Leo Rosenberg, et publiés dans le tome II, volume II, des *Acta ou Mémoires de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, pp. 534-629. Cette matière sera d'ailleurs traitée dans le présent *Recueil* par celui des hommes de science qui a le plus contribué à propager aux États-Unis le jugement déclaratoire, Edwin M. Borchard. Et elle a formé l'objet d'un des premiers volumes de la *Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon*, le tome 2, paru en 1922 : Maynard *Les Jugements déclaratoires* : Il nous suffit de rappeler la définition donnée par ce dernier. « La procédure déclaratoire est celle dans laquelle les deux parties étant supposées également respectueuses de la légalité, mais en désaccord sur ses exigences, le demandeur sollicite du juge une décision fixant le contenu de leurs droits et de leurs obligations réciproques ayant l'autorité de la chose jugée, mais ne comportant aucune sanction coercitive. »

Le recours à la demande de jugement déclaratoire comme moyen d'amener les juges à vérifier la constitutionnalité d'une loi s'est développé devant les cours d'États assez longtemps avant de pénétrer dans les cours fédérales. Ce qui tient à ce que cette procédure s'est propagée assez rapidement dans les législations particulières de nombre d'États de l'Union Américaine, alors qu'il a fallu attendre jusqu'à 1934 pour qu'un Acte législatif du Congrès accorde les mêmes pouvoirs aux cours fédérales. L'expérimentation faite dans les cours d'État a montré que le jugement déclaratoire était fort bien approprié à la litigation constitutionnelle et pouvait rapidement supplanter l'injonction, comme celle-ci avait supplanté les autres moyens historiques fournis par la *Common Law*. Puisque, comme nous l'avons déjà suggéré, l'objet primaire de la litigation constitutionnelle est d'obtenir un jugement déclaratoire de la constitutionnalité, et étant donné que les cours fédérales peuvent présentement assu-

(15) Voir l'Acte de 1910. 36 Statutes 557, c. 309, § 17.

mer compétence pour ces procédures, la demande du remède de l'injonction ne devient-elle pas superflue ?

Même dans les « cas » de demandes d'injonctions antérieurs à la promulgation de la loi autorisant les jugements déclaratoires, il n'avait pas toujours été nécessaire d'émettre une injonction. L'« officier » d'Etat, contre lequel une injonction est demandée, a connaissance du fait qu'il s'agit d'un « cas d'épreuve ». Il ne tient pas spécialement à appliquer la loi au particulier qui joue le rôle de plaignant. Ce qu'il souhaite, c'est une déclaration judiciaire sur la validité de cette loi par rapport à la communauté en général. Pour en hâter l'émission, fréquemment il renonce volontairement à exécuter la loi contre le plaignant en attendant que la question de constitutionnalité soit tranchée.

Ce qui corrobore notre thèse initiale que les jugements sur les cas constitutionnels sont d'une nature essentiellement déclaratoire et que l'usage des remèdes coercitifs, soit de *Common Law*, soit d'*Equité*, n'est en général qu'un rite procédural pour justifier près de la Cour que le cas est *justiciable*, c'est-à-dire que les voies procédurales employées pour la saisir rentrent parmi celles qui étaient reconnues en 1789 par la Cour du Banc du Roi et par la Haute Cour de Chancellerie.

Le point logique d'aboutissement du développement historique du contrôle de la constitutionnalité des lois n'a toutefois été atteint dans la jurisprudence de la Cour Suprême fédérale qu'en février 1933, parce qu'il a fallu forcer, pour y arriver, le barrage opposé par l'une des doctrines les plus anciennement établies de la jurisprudence constitutionnelle de cette Cour.

Dans les premières années de son existence, elle avait eu l'occasion d'exposer la nature essentielle de la fonction judiciaire. Et jusqu'alors elle s'était tenue fermement à cette profession de foi.

Deux forces diverses ont créé cette conception. D'abord la doctrine de la séparation tripartite des pouvoirs exposée par Montesquieu et imposée par les auteurs de la Constitution. En second lieu, le système judiciaire et la jurisprudence développés dans la Mère-Patrie et transplantés en Amérique. La souveraineté étant divisible en trois fonctions — législative, exécutive et judiciaire — on estimait *ultra vires* que l'une de celles-ci empiétât sur le champ de l'autre. Comme guide de ce qui constituait la fonction judiciaire, les Pères de la Constitution s'étaient tournés vers l'Angleterre, où le judiciaire avait développé dans le cours des temps les deux systèmes du *Common Law* et de l'*Equity*. En conséquence la fonction judiciaire a été définie par la constitution en parlant des formes primitives de litigations, c'est-à-dire le « cas de *Common Law* et d'*Equité* ».

Cette définition a été interprétée comme restrictive des fonctions du judiciaire fédéral ; à moins et jusqu'à ce que la dispute atteigne le stage de la litigations, elle n'est pas suffisamment mûre pour la digestion judiciaire ; et, tant que la litigations ne suit pas les lignes d'une action du *Common Law* ou de l'*Equité*, l'œil judiciaire doit regarder de travers ces nouvelles méthodes de procédure en dérogation avec le système ancien. Et il importe de noter que, pendant près d'un siècle et demi, la tâche solennelle, que s'est imposée à lui même le pouvoir judiciaire, de se prononcer sur les questions de constitutionnalité, n'a été remplie que dans les « cas » et « controverses » de caractère judiciaire (*justiciable*). Le judiciaire fédé-

ral a vigoureusement décliné tout pouvoir oraculaire de trancher les questions constitutionnelles *per se*, sans que s'en présente l'occasion « propre », c'est-à-dire la nécessité de statuer sur les prétentions et les contre-prétentions de litigants en conflit dans un cas où l'on réclame l'un des secours ou remèdes du *Common Law* ou de l'*Equité* ⁽¹⁶⁾. Autrement, disait-il, la Cour deviendrait une super-législature.

Dans sa première enfance, il a déclaré d'une façon définie que sa seule fonction sous la Constitution et le *Judiciary Act* est d'entendre et juger les disputes concrètes, les « cas actuels » et les controverses aboutissant à une litigation, et non pas de fournir des consultations juridiques gratuites, ni de répondre à des questions abstraites, hypothétiques ou académiques. Il a fallu dès lors déterminer à quel signe les juges reconnaîtraient s'ils étaient ou non en présence d'un « cas » ou d'une controverse dont ils puissent assumer juridiction.

Les cas reconnus dans l'histoire du Droit anglais, comme étant de leur connaissance, par la Cour du Banc du Roi et la Haute Cour de Chancellerie ont été considérés comme les modèles qu'il convenait de suivre, alors surtout que la Constitution elle-même avait défini le pouvoir judiciaire en termes de « cas de *Common Law* et *Equité* ». Mais adopter le modèle de la litigation existant en 1789 comme critère *négatif* (c'est-à-dire que, à moins que le « cas » ne rentre dans les catégories traditionnelles, les cours fédérales ne peuvent pas en assumer juridiction), c'était prendre une position à la fois illogique et archaïque. Illogique parce que la proposition affirmative que ce qui était un « cas » en 1789 est un « cas » en 1937 n'implique pas nécessairement la proposition inverse ou négative, que ce qui n'était pas un « cas » en 1789 n'est pas un « cas » en 1937. Ce critère négatif, outre son illogisme, implique une vénération du passé aux dépens de l'avenir. La litigation n'est pas un concept statique. Il s'est produit au cours des 19^e et 20^e siècles bien des innovations procédurales qui se sont notablement écartées du patron de 1789. Et pourtant le judiciaire fédéral a paru s'en tenir à ce standard archaïque. Quoique des Etats comme New-York aient prévu de plus simples et plus efficaces méthodes de litigation — comme la soumission à la cour d'un exposé des faits établi d'accord entre les parties, évitant les échanges compliqués de conclusions ⁽¹⁷⁾, ou une procédure de jugement déclaratoire ⁽¹⁸⁾ —, le judiciaire fédéral a longtemps montré répugnance à suivre la même voie.

La Cour Suprême des Etats-Unis avait notamment exprimé cette répugnance dans un arrêt rendu par elle le 23 janvier 1911 ⁽¹⁹⁾ qui, en dépit de l'effort fait plus tard par le juge en chef Hughes ⁽²⁰⁾ pour écarter cette

(16) On trouvera une énumération des principales affirmations, qui ont été faites de cette doctrine judiciaire, dans l'« opinion » délivrée au nom de la Cour par le juge Day dans le cas *Muskra v. U. S.*, 219 U. S. 359, 31 Sup. Ct. Rep. 250, 252.

(17) Paragraphe 546 du *Civil Practice Act*. Cette méthode s'est révélée bien appropriée au règlement des cas constitutionnels et a été utilisée, pour les résoudre, dans un certain nombre d'affaires portées devant les cours de justice de l'Etat de New-York.

(18) Paragraphe 473 du *Civil Practice Act*. Cette procédure de jugement déclaratoire a été appliquée depuis 1922 devant les tribunaux de New-York dans un nombre croissant de cas constitutionnels que l'on trouvera énumérés par notre article : *Federal Procedural Revision* en 21 *Virginia Law Review*, note 76.

(19) *Muskra Case*, 219 U. S. 346, 31, Sup. Ct. Rep. 250. Cf. *Cherokee Nation v. Georgia*, 5 Peters 1 (1831).

(20) 45 *American Bar Association Reports* 266-267 (Cf. Ed. Lambert, *Gouvernement des juges*, pp. 192-194).

interprétation, avait été habituellement interprété comme une condamnation prononcée d'avance contre toute tentative pour faire du jugement déclaratoire un moyen de porter devant les cours une enquête sur la constitutionnalité d'un acte législatif. Cet arrêt avait déclaré inconstitutionnelle une loi autorisant des Indiens Cherokee à engager une instance devant la *Court of Claims* dans le seul but de faire statuer par elle sur la validité d'Actes du Congrès et qui ouvrait appel devant la Cour Suprême contre la décision obtenue de la *Court of Claims*. Dans ce cas de *Muskrat v. U. S.* le juge Day, parlant au nom de la Cour après avoir rappelé notamment cette phrase du juge en chef Marshall, dans le cas fondamental de *Marbury v. Madison*, qu'il n'existe point au profit de la cour « un veto général sur la législation du Congrès », exposa les considérations suivantes :

« Il est évident qu'il n'y a dans cette procédure rien de plus qu'une tentative pour obtenir une détermination judiciaire, faite définitivement dans cette cour, de la validité constitutionnelle d'un Acte du Congrès. Pareille détermination rentre-t-elle dans le pouvoir conféré par la Constitution au pouvoir judiciaire ? Nous ne le pensons pas. Le pouvoir judiciaire est le droit de trancher une controverse « actuelle » entre litigants adverses... Le droit de déclarer une loi inconstitutionnelle s'élève, parce qu'un Acte du Congrès, invoqué par l'une ou l'autre des parties pour la détermination de leurs droits, est en conflit avec la loi fondamentale. L'exercice de ce droit est le plus important et le plus délicat devoir de la Cour. Il ne lui est pas donné comme à un corps investi d'un pouvoir de révision sur l'action du Congrès, mais à cause du droit des litigants dans des controverses judiciaires (*justiciable*) de requérir la Cour de choisir entre la loi fondamentale et une loi qui se présente comme édictée en vertu de l'autorité de la Constitution, mais qui en fait est en dehors du pouvoir délégué à la branche législative du gouvernement. Cette tentative d'obtenir une déclaration judiciaire de la validité d'un Acte du Congrès ne se présente pas dans l'un des « cas » ou controverses auxquels seuls, sous la Constitution des Etats-Unis, s'étend le pouvoir judiciaire » (21).

La Cour Suprême fédérale fut amenée en 1927 dans le cas *Liberty Warehouse Co v. Grannts* (22) à affirmer plus directement et plus expressément l'inconstitutionnalité de toute tentative pour faire servir la procédure du jugement déclaratoire à l'engagement de procès constitutionnels. Mais il est arrivé, soit par hasard, soit par le destin des Dieux, que cette décision ait été rendue dans une procédure où l'on cherchait à obtenir une déclaration judiciaire de l'inconstitutionnalité d'un Statut d'Etat pour cause de violation de la Constitution Fédérale. Le pouvoir de la Cour Suprême de « revoir » les décisions des cours d'Etats dans les cas constitutionnels lui avait été conféré par le *Judiciary Act* de 1789 (§ 25) ; et l'exercice de ce pouvoir avait été l'une des plus vitales fonctions de la Cour aussi bien avant qu'après le XIV^e amendement. Il n'était pas besoin de beaucoup de réflexion pour comprendre que, comme résultat de sa propre décision, la Cour Suprême fédérale avait involontairement tenté de com-

(21) 219 U. S., p. 361, 31 Sup. Ct. Rep., p. 255.

(22) 273 U. S. 70, 74, 47 Sup. Ct. Rep. 282 ; aussi *Willing v. Chicago Auditorium Association* 277 U. S. 274, 289, 48 Sup. Ct. Rep. 507 (1927) ; *Piedmont and Northern Ry. Co. v. U. S.* 280 U. S. 469, 50 Sup. Ct. Rep. 192 (1929).

mettre un suicide par inanition progressive. Car, dans un nombre croissant d'États, dans lesquels la procédure du jugement déclaratoire avait été accueillie comme un instrument opportun pour éprouver la constitutionnalité des lois, il y aurait une inévitable tentation d'en faire le mode exclusif de litigations constitutionnelles pour empêcher la Cour Suprême fédérale d'exercer sa juridiction d'appel, si elle n'avait d'autre raison d'intervenir. En d'autres termes, la décision de la Cour d'Etat de dernier ressort sur la constitutionnalité d'un Statut d'Etat échappait automatiquement à toute révision par la Cour Suprême Fédérale.

Pour écarter ces conséquences catastrophiques et préserver sa fonction vitale, en s'assurant une alimentation continue de nourriture constitutionnelle, la Cour Suprême s'est sentie obligée de battre une discrète retraite. En décidant, le 6 février 1933, dans *Nashville, C. et St. Louis Railway v. Wallace* ⁽²³⁾, qu'une procédure de jugement déclaratoire était un « cas » ouvert à connaissance judiciaire (*justiciable*), la Cour s'est mise en état de continuer à remplir son auguste tâche comme gardienne de la Constitution. Dans cette décision la Cour a saisi l'occasion de déclarer :

« La Constitution ne requiert pas que le « cas » ou controverse soit présenté dans les formes traditionnelles de la procédure, en invoquant les remèdes judiciaires traditionnels. La clause judiciaire de la Constitution définit et limite le pouvoir judiciaire, et non la méthode particulière par laquelle ce pouvoir peut être invoqué. *Elle ne cristallise pas en une forme inchangeable la procédure de 1789 comme le seul moyen possible de présenter un « cas » ou une controverse ouvert par ailleurs à connaissance par les cours de justice...* Les Etats sont laissés libres de régler leur propre procédure judiciaire. Mais les changements, qui surviennent simplement dans la forme ou la méthode de procédure par laquelle les droits fédéraux (ceux qui proviennent de la Constitution et des lois des Etats-Unis) sont soumis à un jugement en dernière instance dans les Cours d'Etat, ne suffisent pas à empêcher la révision de ce jugement par la Cour Suprême Fédérale, tant que le « cas » conserve le caractère d'une procédure contradictoire roulant sur une controverse réelle, et non hypothétique, qui est finalement réglée par le jugement de la plus haute Cour de l'Etat. »

Parallèlement à ce revirement de la Cour Suprême des Etats-Unis est intervenu le récent Statut conférant aux cours fédérales inférieures juridiction pour les procédures de jugement déclaratoire ⁽²⁴⁾. En présence des vues exprimées dans l'arrêt du 6 février 1933, on ne peut douter de la constitutionnalité de cette loi fédérale. Car, si les procédures de jugement déclaratoire n'étaient pas dans la juridiction « originaire » des cours fédérales inférieures, la Cour Suprême fédérale ne devrait pas avoir à s'occuper du contrôle des jugements déclaratoires des cours d'Etat — même dans les disputes constitutionnelles ⁽²⁵⁾. Heureusement 1789 a été finalement abandonné comme critère négatif.

(23) 288 U. S. 249, 264, 53 Sup. Ct. Rep. 345, 347. Voir aussi *Harr v. Pioneer Mechanical Corp.*, 65 Federal Rep. (2d) 332 (C. C. A. 2d. 1933). Cf. 295 U. S. 774, 55 Sup. Ct. Rep. (1935).

(24) Voir 28 U. S. C. A., § 400 (1934).

(25) La constitutionnalité de cette loi vient d'ailleurs d'être reconnue par une « opinion », délivrée au nom de la Cour par le Juge en chef Hughes, dans un cas (*Aetna Life*

Cette nouvelle méthode procédurale est de nature à accentuer les traits distinctifs des « cas » constitutionnels. Comme nous l'avons déjà remarqué, du point de vue procédural, le judiciaire fédéral avait jusque là assimilé la litigation constitutionnelle aux actions ordinaires entre particuliers ; la constitutionnalité n'était déterminée qu'incidemment au jugement de réclamations rivales des parties privées en litige. On tendait à perdre de vue que les « cas » constitutionnels appartiennent à une unique catégorie.

Dans la litigation ordinaire entre particuliers l'Etat, qui a établi les cours de justice, est intéressé à veiller à ce que les litigants obtiennent la forme de secours judiciaire à laquelle la loi leur donne droit : réparation du dommage subi par voie de compensation ou remède d'équité. Quelque utile qu'elle soit dans certaines des formes de cette litigation privée, la procédure de jugement déclaratoire n'y peut pas toujours dispenser de remèdes élémentaires, tels qu'un jugement octroyant des dommages-intérêts.

Dans la litigation constitutionnelle la situation est bien différente. C'est l'Etat qui est premièrement et vitalement intéressé à avoir une prompte détermination de ses propres pouvoirs. Le résultat auquel aboutit, pour le particulier qui l'engage, le « cas d'épreuve » — quelle que soit la forme de l'action — n'est que d'une importance secondaire ; ce « cas d'épreuve » fournit simplement la condition nécessaire et préliminaire à remplir avant que les oracles constitutionnels puissent s'aventurer à parler. Une fois que la compétence est admise, l'intérêt de ceux à qui il advient d'être plaideurs est immédiatement transcendé par celui du gouvernement. En décidant entre plaignant et défendeur, la Cour déclare qu'un Statut est ou n'est pas inconstitutionnel.

Quand la litigation s'élève entre particuliers, le jugement de la Cour peut être exécuté contre eux. Mais une déclaration d'inconstitutionnalité est sans effet tant qu'elle n'a pas été reconnue par les « officiers chargés d'exécuter la loi ». Dans un nombre croissant de cas la question de constitutionnalité s'élève, non pas seulement entre particuliers, mais dans des actions mettant en cause des fonctionnaires publics, en vue de les empêcher d'exécuter des lois alléguées être inconstitutionnelles. Et le judiciaire fédéral a fortement ressenti les difficultés d'exécuter ses jugements et décrets contre ces officiers, comme cela ressort de nombreux épisodes dans lesquels les divers Etats et leurs officiers ont ouvertement défié la Cour Suprême. A la lumière de l'histoire constitutionnelle de ce pays on peut

Insurance Co. v. Haworth (1937) 57 Sup. Ct. Rep. 461, 463-64) où l'action avait été introduite, non pas pour éprouver cette constitutionnalité, mais pour obtenir un jugement déclaratoire constatant qu'une police d'assurance devient nulle par suite de non-paiement de la prime. Le Juge en chef Hughes a saisi cette occasion d'affirmer au nom de la Cour : 1° que l'Acte sur les jugements déclaratoires rentre dans la compétence législative du Congrès ; 2° que, du moment où il existe un différend concret et effectif, la fonction judiciaire peut être exercée pour le régler alors même que le jugement sur les droits des plaideurs ne doit pas être suivi de mesures d'exécution forcée ou de paiement de dommages-intérêts ; 3° qu'il n'est pas nécessaire à l'exercice de cette fonction judiciaire qu'une injonction soit demandée et qu'on allègue la menace d'un dommage irréparable. La Cour suprême fédérale paraît bien avoir ainsi, par voie de jugement déclaratoire et incidemment à une procédure de jugement déclaratoire, établi la constitutionnalité de l'Acte sur les jugements déclaratoires.

dire que le prestige de la Cour Suprême réside dans le fait même que c'est sans « bourse ou épée » qu'elle est devenue l'arbitre ultime des questions constitutionnelles, particulièrement sous le paragraphe 25 du *Judiciary Act* originaire, parce que pleine foi et crédit ont d'ordinaire été accordés à ses décisions, sans recourir à la force pour amener les « officiers » à exécuter ses ordres.

Toute déclaration d'inconstitutionnalité est donc essentiellement un jugement déclaratoire. Faire surgir un « cas d'épreuve » mettant en scène des particuliers qui demandent un secours judiciaire dans la forme traditionnelle d'une action de *Common Law* ou d'un remède d'*Equité* n'est qu'un simple rituel pour permettre de justifier près de la Cour que l'on s'est conformé au critère de 1789. Mais, du moment où 1789 est abandonné comme critère exclusif et où il est concédé que la Cour peut, dans l'exercice de la fonction judiciaire, rendre un jugement déclaratoire, alors il n'est plus besoin de constructions compliquées préparées par les avocats constitutionnels, telles que *l'action de l'actionnaire* ⁽²⁶⁾. La déclaration de constitutionnalité peut être obtenue simplement par une procédure de jugement déclaratoire sans rien de plus. Comme la fonction la plus importante du judiciaire fédéral est de trancher les questions constitutionnelles et comme la procédure de jugement déclaratoire est idéalement accommodée à cette fin, il y a lieu de penser que ce mode de procédure deviendra fort populaire dans les Cours Fédérales. Et déjà, à la suite du récent amendement apporté au *Code Judiciaire* ⁽²⁷⁾ pour y introduire les jugements déclaratoires, elles ont été amenées à éprouver la constitutionnalité d'Actes législatifs par le moyen de cette sorte de procédure ⁽²⁸⁾.

(26) L'action du *stockholder* est une ingénieuse invention pour éprouver judiciairement la constitutionnalité d'une loi, qu'on peut comparer aux plus subtiles fictions par lesquelles l'action of *ejectment* s'est développée pour éprouver le titre de propriété en greffant cette vérification judiciaire de la propriété, sur une action entre des fermiers de chacun des prétendants à la propriété dont l'un se plaint d'avoir été évincé par l'autre de sa détention de l'immeuble : John Doe et Richard Roe, M. Bon Droit et M. Mauvais Droit. Il est fait un arrangement amiable en vertu duquel un actionnaire agit en justice pour faire défendre aux représentants légaux, aux organes corporatifs d'une « corporation », de se conformer à une loi qu'on a alléguée être à la fois inconstitutionnelle et dommageable à la corporation.

(27) Voir 28 U. S. C. A., § 400 (1934). Cf. 49 Statutes 1027, c. 829, § 405 (1935).

(28) Par exemple, dans le cas de *Black v. Little*, 8 Federal Supp. 867, qui mettait en jeu la constitutionnalité de l'*Agricultural Adjustment Act*. Cf. *Boggus Motor Co. v. Onderdonk*, 9 Federal Supp. 950 (*National Industrial Recovery Act*) ; *Penn. v. Glenn*, 10 Federal Supp. 483 (*Tobacco Control Act*) ; *Bethlehem Shipbuilding Corp. v. Nylander*, 14 Federal Supp. 201 (*National Labor Relations Act*).

LA LUTTE ENTRE LE "NEW DEAL" ET LA COUR SUPREME AUX ETATS-UNIS

Par J. P. HAESAERT

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

1. Les dispositions du *New Deal* se résument, on le sait, sous trois, sinon quatre chefs : secours, restauration, réforme et reconstruction. Si tous les Américains, en 1933, réclamaient la reprise et consentaient à la payer, au besoin, par une aide plus ou moins généreuse aux nécessiteux, une révolution, même pacifique, répugnait à beaucoup, dont le nombre croissait avec le retour de la prospérité. Ils eurent pour eux la Cour suprême, qui porta au régime Roosevelt des coups décisifs. Cette institution parut, dès lors, suivant le point de vue, ou le dernier rempart de la Constitution ou l'obstacle le plus rétif au progrès social. Nous nous proposons de déterminer sa position exacte sous ce rapport et de déduire les leçons que le conflit comporte. Avant d'entamer cette recherche, il importe d'en fixer les éléments principaux.

2. Les sections typiques du *New Deal* qui affrontèrent l'examen de la Cour suprême furent principalement :

a) *Les mesures monétaires.* — Pour obvier aux retraits d'or qui frisaient le désastre et freiner la spéculation étrangère qui l'avait accentué, le Président, le 5 mars 1933, décréta la fermeture des banques. Ce *Banking Holiday* cessait ses effets le 9 mars, à minuit. Ce jour, le Congrès vota l'*Emergency Banking Act*. Cette loi conférait au Président, en période de crise nationale, le droit de réglementer ou de défendre l'exportation ou la thésaurisation d'or ou d'argent, ainsi que celui de réglementer ou de défendre toute transaction sur les changes ; elle obligeait le détenteur à délivrer au Trésor toute pièce d'or, tout lingot d'or et certificat d'or, en échange d'une quantité équivalente d'une autre forme légale de monnaie ou de billets. Le 12 mai 1933, l'*Agricultural Adjustment Act* ouvrit la porte à l'inflation. En vertu de la Section III, le Président eut faculté de fixer le poids du dollar-or en grains au titre de 0,900 de fin, et le poids du dollar-argent en grains au titre de 0,900 de fin, dans un rapport déterminé avec le dollar-or ; lesdits poids seraient ceux que le Président jugerait nécessaires pour stabiliser les prix intérieurs ou protéger le commerce extérieur contre les effets défavorables de la dépréciation des monnaies

étrangères ; il pouvait décréter la frappe illimitée de l'or et de l'argent suivant le rapport prévu. En aucun cas, le poids du dollar-or ne pouvait être fixé à moins de 50 % de son poids antérieur. Le 5 juin, le Président approuva la *Gold Repeal Joint Resolution* : les obligations présentes ou futures seraient acquittées, malgré toute stipulation contraire, par paiement, dollar pour dollar, en pièces ou billets qui, au moment du paiement, seraient monnaie légale pour l'acquit des dettes privées ou publiques. La clause-or était ainsi abrogée. Le 30 janvier 1934, le *Gold Reserve Act* autorisa, notamment, le Président à stabiliser le dollar dans les limites de 60 à 50 % de son contenu-or : le lendemain, le dollar fut stabilisé à 35 \$ l'once d'or, soit à 59,06 % de son contenu-or antérieur.

b) *Les mesures de restauration industrielle.* — La principale de celles-ci fut le *National Industrial Recovery Act* (N. I. R. A.) du 16 juin 1933. Le titre I étend les pouvoirs du Président (art. 2), prévoit des codes de concurrence loyale pour l'industrie (art. 3) et réglemente le transport du pétrole (art. 9 ss.). Le titre II instaure la *Federal Emergency Administration of Public Works* (art. 201), ouvre un crédit de 3.300 millions de dollars pour l'exécution de travaux publics (art. 220), établit des taxes (art. 211-219), autorise le secrétaire aux Finances à contracter des emprunts, augmente le fonds d'amortissement (art. 210), accorde un crédit de 25 millions de dollars pour aider à la redistribution de l'excédent de population des centres industriels par l'acquisition d'exploitations familiales (art. 208).

Les codes de concurrence loyale ne sont pas assujettis aux lois contre les *trusts* (art. 5) ; œuvre commune des groupes ou associations industriels ou professionnels et du Gouvernement, ils doivent, avant d'être mis en vigueur, recevoir l'approbation du Président : celui-ci pourra subordonner son accord à l'observation de conditions d'intérêt général (art. 3) ; la loi le charge, en outre, de veiller à ce que certains *standards minima* concernant les conditions de travail et l'indépendance vis-à-vis des monopoles soient observés (art. 7).

L'article 7-a constitue une innovation des plus caractéristiques. Le Bureau International du Travail (v. *Textes*, p. 7) traduit le texte comme suit : « Tous les codes de concurrence loyale, accords ou licences approuvés, prescrits ou délivrés en application du présent titre contiendront les stipulations suivantes : 1. Les salariés auront le droit de s'organiser et de négocier collectivement par l'intermédiaire de représentants de leur choix et seront exempts de toute immixtion, entrave ou coercition de la part de leurs employeurs ou des agents de ceux-ci dans la désignation de leurs représentants, dans l'organisation qu'ils se donneront et dans toutes les autres activités concertées aux fins de négociations collectives ou d'autre aide ou protection mutuelle ; 2. Aucun salarié ou aucune personne en quête d'emploi ne pourra être requis, comme condition d'engagement, de s'affilier à un syndicat d'entreprise (*company union*) ou de s'abstenir de s'affilier à une organisation ouvrière de son choix, de l'organiser ou de l'assister ; 3. Les employeurs appliqueront la durée maximum de travail, les taux minima de salaire et les autres conditions d'emploi approuvés ou prescrits par le Président ».

En cas de carence ou si les circonstances l'exigent, le Président peut

imposer un code à une profession, une industrie ou branche d'industrie ou de profession qui n'en possède pas encore (art. 35). Une fois adoptés, les codes deviennent obligatoires pour tous ceux engagés dans la profession, l'industrie ou la branche de profession ou d'industrie envisagées, qu'ils eussent ou non participé à leur rédaction. Les dispositions des codes sont sanctionnées par des mesures pénales ou administratives. Le Président peut, en effet, subordonner l'exploitation de toute entreprise à l'octroi d'une licence, qu'il a le droit de suspendre ou de retirer en cas de concurrence déloyale (art. 4-b).

Citons aussi, sous cette rubrique, le *Guffey Coal Control Act* de 1935. Cette loi visait notamment à promouvoir l'industrie charbonnière entre les Etats et à établir un marché coopératif du charbon bitumineux ; il admettait une taxe sur les ventes et actes similaires, et prévoyait des ristournes dans certains cas ; selon ses termes, la production, la distribution et l'usage dudit charbon touchaient à l'intérêt public : l'Act tendait enfin à protéger la ressource nationale que le charbon constitue, et à prendre toutes les mesures d'intérêt général le concernant, notamment à fixer les prix de vente et les salaires minima.

c) *Les mesures de restauration agricole.* — L'*Agricultural Adjustment Act*, comportant l'*Emergency Farm Mortgage Act*, du 12 mai, a pour objets principaux de réduire, pour autant qu'il vise l'agriculture, les surfacesensemencées, et d'aider les fermiers vivant sous la menace des hypothèques et de la perte de leurs biens. Le titre I institue, par accord avec les producteurs, une politique de restriction de la production agricole (art. 8) et un système combiné, d'une part, de taxes progressives de transformation sur les produits dont les quantités sont réduites, et, d'autre part, de paiements, de subsides aux agriculteurs ayant restreint leur production (art. 9, 15 et 16). Le titre II régleme les crédits agricoles, amende le *Federal Farm Loan Act* et augmente l'aide accordée aux agriculteurs relativement à leurs charges hypothécaires : il met à leur disposition 200 millions de dollars, sous forme de prêts, pour leur faciliter le réaménagement de leurs dettes ; il constitue un capital de roulement et organise le rachat des exploitations saisies (art. 13). Quant au titre III, il comporte des mesures monétaires et financières que nous avons vues.

d) *Les mesures relatives au Travail.* — Le *Railway Pension Act*, approuvé le 27 juin 1934, établit un système de pensions de retraite en faveur des employés de chemin de fer ; il est basé sur des contributions de la part tant des employeurs que des employés.

e) *Les mesures relatives aux marchés de titres.* — Le *Securities Act of 1933*, approuvé le 27 mai 1933, cherche à garantir la sincérité des transactions en ce qui concerne les nouveaux titres vendus sur le marché pratiqué entre les Etats ou par correspondance. Le *Securities Exchange Act*, approuvé le 6 juin 1934, régleme les transactions sur les titres et établit une *Securities and Exchange Commission*.

f) *Les mesures relatives au crédit.* — Le *Municipal Bankruptcy Act*, approuvé le 24 mai 1934, dispose que, pendant deux ans, les villes et autres *taxing units* peuvent demander aux Cours fédérales, si les détenteurs de 51 % des obligations émises y consentent, d'approuver des plans pour

réajuster leurs dettes ; les Cours ne peuvent approuver aucun plan sans l'accord des créanciers possédant les deux tiers de chaque classe de créances intéressées et de ceux possédant les trois quarts du total des obligations.

g) Le *Tennessee Valley Authority Act*, du 18 mai 1933, présente un caractère particulier. Il établit une commission dont le rôle sera principalement de : améliorer la navigabilité et prévenir les crues excessives de la rivière Tennessee, reboiser et utiliser, de manière rationnelle, les terres pauvres de la vallée du Tennessee, développer l'agriculture et l'industrie de cette vallée, créer, pour les besoins de la défense nationale, un office d'exploitation domaniale de *Muscle Shoals* dans l'Alabama. Sur la base de cet acte, le Gouvernement reprit le *Wilson Dam* et ses annexes et construisit d'autres barrages et installations pour la fourniture du courant électrique.

Sous l'impulsion du *New Deal*, les Etats prirent des mesures nombreuses qui s'inspiraient du même esprit. Nous relevons la *New York Minimum Wage Law*, qui imposait un minimum de salaires pour les femmes employées dans l'industrie.

3. Dès l'abord, des doutes s'étaient élevés relativement à la constitutionnalité de ces diverses dispositions. Ils ne manquèrent pas de peser sur l'élan de l'Ordre nouveau. Ce ne fut qu'en 1935 que les premiers *cases* arrivèrent devant la Cour. De ce contact, le *New Deal* sortit à peu près complètement énervé. Nous citons les principales décisions suivant leur ordre de date (*).

a) L'affaire *Panama Refining Co et al. v. Ryan et al.* (293, U. S. 388) mettait en cause le *Petroleum Code*. Soulevant la question de la délégation des pouvoirs à l'Exécutif, elle amena la Cour à étendre le débat. Le N. I. R. A. avait autorisé le Président à interdire le transport, entre les Etats ou vers les pays étrangers, de toute quantité de pétrole excédant la mesure fixée par la loi ou l'*Authority* compétente. Pour préparer l'exécution de cette défense, le secrétaire de l'Intérieur prit, sur l'ordre du Président, quelques mesures préparatoires. Cette double délégation de pouvoirs était-elle valable ? Par huit voix contre une, celle du juge Cardozo, la Cour, le 7 janvier 1935, la condamna. Elle écarta, comme non-pertinente, toute considération d'opportunité : seule la Constitution importait. Or, si celle-ci permet au législateur de charger le Président de certaines mesures d'exécution, encore le premier n'a-t-il ce droit que dans le cadre que lui trace l'Acte fondamental. En l'espèce, ce texte ne prévoit rien. En vertu de la théorie des pouvoirs réservés, la Cour conclut que le Congrès avait légiféré dans une matière qui lui échappait. La question de la délégation se trouvait ainsi tranchée par une réponse concernant la compétence *ratione materiae* du législateur. Le juge Cardozo condamna l'interprétation de la majorité comme trop restrictive.

(*) Les plus importantes parmi les décisions qui vont être citées sont reproduites dans l'édition anglaise du *Recueil International de Jurisprudence du Travail*, tome 1934-35 et ss., et traduites en allemand et français dans les éditions allemande et française de cette publication du B. I. T. Note de l'éditeur.

b) Le 18 février 1935, la Cour, dans *Norman v. Baltimore and Ohio Railroad Co* (294, U. S. 240), répudia la clause-or. Suivant la thèse de la partie demanderesse, la *Joint Resolution* était inconstitutionnelle : elle confisquait la propriété sans observer les formes légales et dépassait les pouvoirs concédés au gouvernement fédéral. En conséquence le paiement prétendu dans la demande était réclamé sur la base de la monnaie légale ayant eu cours au 1^{er} février 1930. Cette thèse fut rejetée par cinq voix contre quatre. Selon l'avis de la majorité, le Congrès, en abrogeant la clause-or, n'avait fait qu'user de son pouvoir de réglementer la monnaie. Car, selon une jurisprudence constante, lorsqu'une mesure a un rapport raisonnable avec une disposition considérée comme légale — si elle est, par exemple, un moyen adéquat de réaliser celle-ci —, le Congrès décide, sans recours, de son opportunité. La Cour néanmoins examina, en l'occurrence, le caractère de la mesure incriminée, et la trouva justifiée en tous points : si, en effet, on obligeait les chemins de fer, les sociétés et autres institutions analogues à payer en or, mais à recevoir en monnaie dépréciée, on aboutirait à une dislocation de l'économie nationale.

L'arrêt ne concernait pas les obligations émises par le gouvernement fédéral. Lors d'une affaire subséquente, la Cour estima que celui-ci n'avait pas la faculté de répudier ses propres engagements ; comme créancier, l'intéressé ne peut toutefois que se faire dédommager des pertes qu'il a subies, son profit n'est pas grand. Payé en monnaie dépréciée, il ne perd guère, du moins eu égard à la valeur d'achat : en somme, il n'a droit à rien (*Perry v. U. S.*, 294 U. S. 358 ; v. Coudert, pp. 26 ss.).

c) Le *Railway Pension Act* fut invalidé, par six voix contre trois, le 6 mai 1935 (*Railroad Retirement Board et al. v. Alton Railroad Co*, 295 U. S. 330). L'arrêt lui reprocha de confisquer, en contravention du V^e amendement, la propriété sans observer les formes légales ; il estima aussi que la loi dépassait le pouvoir du Congrès de réglementer le commerce entre les Etats. La minorité, composée du *Chief Justice*, M. Hughes, et des juges Brandeis, Cardozo et Stone, présenta un *dissent* vigoureux. Elle attaqua surtout le second argument. Elle considérait qu'il était de nature à empêcher radicalement le Congrès de légiférer en une matière d'intérêt public ; l'industrie, raisonnait-elle, doit prendre des mesures pour remédier à la destruction des forces humaines, qu'elle soit due à l'âge ou à l'accident ; cette vue, exprimée sous forme juridique, devient une réglementation ; appliquée aux transports entre les Etats, et relativement aux employés du transport entre les Etats, elle est une réglementation du commerce entre les Etats ; comme telle, la *commerce-clause* lui est applicable (v. Coudert, pp. 40 ss.).

d) La décision la plus spectaculaire fut rendue dans *Schechter Poultry Corporation v. United States* (295 U. S. 495), le 27 mai 1935. Elle invalida la section III du N. I. R. A. La société, poursuivie pour violation des clauses relatives aux salaires et aux heures de travail prévues au *Live Poultry Code*, réclama son renvoi pour les motifs que : 1° le code par lequel on entendait la lier avait été adopté à la suite d'une délégation inconstitutionnelle par le Congrès de ses pouvoirs législatifs ; 2° si ce

code réglementait des relations entre les Etats, la nature de celles-ci était néanmoins telle qu'elles ne tombaient pas sous le X^e amendement.

La Cour, à l'unanimité, adopta ces arguments. Au lieu de prescrire des règles de conduite, la loi, disait-elle, autorisait la confection de codes qui les établiraient: semblable délégation était illicite; quant à la *commerce-clause*, elle ne confère aucune compétence au Congrès en ce qui concerne des situations qui n'ont qu'un rapport indirect avec le commerce entre les Etats: sinon, toute l'activité économique échapperait aux Etats au profit du gouvernement fédéral.

e) L'*Agricultural Adjustment Act* tomba le 6 janvier 1936 (*United States v. Butler et al.*, 56 S. Ct. Rep., 312). Le débat porta sur la constitutionnalité des taxes prélevées sur les premiers acquéreurs de coton au profit des planteurs. Le gouvernement prétendit qu'il se bornait à lever des taxes conformément à son droit et pour un but d'intérêt général; la Cour, en revanche, pensa, en sa majorité, que, sous prétexte de taxes, le Congrès cherchait à réglementer la production agricole: il attentait ainsi aux droits réservés aux Etats suivant le X^e amendement. Les juges Brandeis, Cardozo et Stone soutinrent une opinion dissidente, que ce dernier rédigea. Après avoir rappelé la Cour à une conception plus exacte de son rôle, elle lui reprocha d'invalidier l'*Act* parce que l'usage auquel celui-ci devait servir ne lui plaisait pas; le point de droit pourtant ne lui paraissait pas douteux: le pouvoir de taxer et de dépenser implique celui d'aider au rétablissement d'une mauvaise économie nationale par des subsides conditionnés (v. Coudert, pp. 51 ss.).

f) Dans le *Tennessee Valley Authority Case*, la Cour, par son arrêt du 17 février 1936, se rangea du côté du gouvernement (*Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U. S. 288). Sur la base de la législation relative à la vallée du Tennessee, la *Tennessee Valley Authority* avait conclu des contrats pour la vente et la transmission du courant électrique, qu'elle fabriquait, à des compagnies locales de la vallée. Des actionnaires de certaines compagnies de la région intentèrent une action au gouvernement pour l'empêcher d'exécuter ces contrats. Ils contestaient la compétence du Congrès de s'occuper commercialement d'affaires d'électricité. Un problème plus général se trouvait dès lors soulevé: le gouvernement fédéral a-t-il le droit d'exploiter des entreprises privées? La Cour prononça par huit voix contre une, celle de M. Mc Reynolds. Elle ne répondit pas directement à la question. Elle jugea que le *Wilson Dam* et ses usines de production de courant avaient été construits en vertu du pouvoir que possède le gouvernement fédéral d'améliorer la navigation sur toutes les voies navigables de l'Etat; la section 3 art. IV de la Constitution lui accorde, en outre, le pouvoir de disposer de toute propriété acquise selon les termes de la Constitution; en conséquence, il pouvait aussi vendre du courant électrique puisque cette opération n'était qu'une conséquence des droits ainsi fixés. La Cour souligna toutefois que sa décision visait strictement le cas tel qu'elle l'avait circonscrit. Elle évitait ainsi de toucher au *New Deal*. M. Mc Reynolds, pourtant, répudia même cette voie prudente: dédaignant les détours, il présenta l'action du gouvernement comme une tentative indirecte de socialiser l'industrie et la condamna en termes formels.

g) L'affaire *Jones v. Securities and Exchange Commission* (298 U. S. 1-33) reprend l'assaut contre le *New Deal*. Le *Chief Justice* et les juges Van Devanter, Mc Reynolds, Sutherland et Butler s'alignèrent contre les juges Brandeis, Cardozo et Stone. La décision, rendue le 6 avril 1936, fut délivrée par M. Sutherland. Celui-ci s'en prit à la *Securities and Exchange Commission* et à ses procédés, en un langage virulent et quelque peu ampoulé. Il proclama qu'il fallait protéger l'individu contre l'obligation de se dénoncer lui-même, contre des saisies illégales, contre des inquisitions injustifiées ; il alla jusqu'à invoquer les abus de la *Star Chamber*. M. Cardozo donna un avis contraire. Sa critique fut solide et malicieuse ; il souligna, non sans ironie, que les historiens trouveraient sans doute un rappel de la situation de 1640, un peu hyperbolique. MM. Brandeis et Stone se joignirent à lui.

h) Par une décision de 5 contre 4, la Cour invalida, le 25 mai 1936, le *Municipal Bankruptcy Act* (298 U. S. 513-543). M. Mc Reynolds, parlant pour la majorité, estima que la loi réduisait les pouvoirs des Etats et aboutissait, en réalité, à enlever à ceux-ci le droit d'arranger leurs propres affaires. L'opinion dissidente, œuvre de M. Cardozo, fut soutenue par le *Chief Justice* Hughes et les juges Brandeis et Stone (*Ashton v. Cameron County Water Improvement Distr.*).

i) Le 18 mai 1936, le *Bituminous Coal Conservation Act* eut son tour (298 U. S. 238-341). L'inconstitutionnalité de chacune de ses dispositions fut invoquée. La Cour, prenant la loi comme un tout, la rejeta en bloc, même sans tenir compte que certaines de ses dispositions n'avaient pas encore été appliquées. Spécifiant, elle considéra la taxe sur le charbon comme une pénalité ; elle condamna, comme une atteinte aux droits des Etats, toute prétention de faire rentrer dans la compétence du Congrès le pouvoir de prendre semblable mesure ; la *commerce-clause*, en effet, ne pouvait, à ses yeux, être invoquée en l'espèce : le commerce en question est local. Les droits des Etats ne pouvaient non plus être suspendus sous le prétexte fallacieux tiré du Bien public. La réglementation des heures de travail et des salaires n'était pas moins contraire à la Constitution, en son V^e amendement. Les juges Brandeis, Cardozo et Stone présentèrent une opinion dissidente. Ils estimèrent que la section relative au *marketing* aurait dû être traitée séparément et était constitutionnelle pour autant qu'elle affectait des transactions connexes au commerce entre les Etats ; pour d'autres chefs, l'action leur paraissait prématurée. Le Président Hughes défendit une opinion propre : il approuva l'invalidation de la section relative au Travail, mais admit la validité des autres dispositions : on aurait dû, à son avis, les disjoindre du reste (*Carter Coal Company v. United States*).

j) La décision relative au *New York Minimum Wage case* termina la session 1935-1936 (*Morehead v. New York, ex rel. Joseph Tipaldo*, 1^{er} juin 1936, 298 U. S. 587-636). Elle fut rendue par l'habituel bloc traditionaliste parlant par M. Butler contre MM. Hughes, Brandeis, Cardozo et Stone. Tout en portant sur une loi d'Etat, elle a une particulière importance pour apprécier l'attitude de la Cour.

L'occasion fut un *habeas corpus case*, né devant la Cour suprême de

New-York. L'inculpé avait été envoyé en prison en attendant qu'il fut statué sur son cas. Il était accusé d'avoir refusé, en sa qualité de directeur d'une blanchisserie, d'appliquer les salaires minima pour les femmes par lui employées et tels qu'ils étaient prescrits, en vertu de la loi, par l'*Industrial Commissioner*. Pour obtenir son élargissement, il fit invoquer la *due process clause*, prévue en l'article I, section 6 de la Constitution de l'Etat et dans le XIV^e amendement de la Constitution fédérale. La majorité suivit cette argumentation. Elle invoqua le précédent de l'*Adkins case* (*Adkins v. Children's Hospital*, 261 U. S. 525) de 1923. La Cour avait invalidé, à son propos et pour autant qu'elle s'appliquait aux femmes, une loi du District de Columbia relative aux salaires minima. L'Etat ne pouvait, à son avis, défendre, modifier ou annuler des contrats avec des employées et ouvrières adultes en ce qui concerne les salaires convenus. Le *Chief Justice* proclama, au contraire, qu'*Adkins* n'avait rien à voir en l'affaire et que rien dans la Constitution n'interdisait aux Etats de protéger les femmes contre l'exploitation en fixant, par des lois, un salaire honnête et défini dans les termes de l'*Act* incriminé. La minorité, parlant par M. Stone, adopta le point de vue du *Chief Justice*, mais s'attacha surtout à donner une interprétation large du XIV^e amendement : elle s'appuya sur *Nebbia v. New York* de 1934 (291 U. S. 502).

4. Telle était la situation jurisprudentielle du *New Deal* quand la Cour suprême prit ses vacances. Pour la session 1936-1937 de nombreux cas touchant l'Ordre nouveau sont inscrits au rôle. Citons un amendement du *Railway Labor Act*, l'*Ashurst-Sumners Act*, la *Joint Resolution* du 5 juin 1933, l'*Economy Act*, la *Neutrality Resolution*, l'*Utility Holding Company Act*, le *Silver Purchase Act*.

5. M. Roosevelt passe pour un politicien très habile. Comment n'a-t-il pas prévu ce conflit qui allait énerver, sinon compromettre sa politique ? On voit plusieurs raisons.

1° Les précédents, tout compte fait, n'étaient pas défavorables (v. Coudert, pp. 20 ss.). L'invalidation est, d'une manière générale, basée sur les considérations suivantes :

a) La délégation des pouvoirs législatifs faite au Président, ou même à des particuliers, est illicite. Elle viole le principe de la séparation des pouvoirs et la règle non moins certaine que des pouvoirs délégués ne peuvent être délégués à leur tour. Dans le passé, l'attitude de la Cour avait été libérale sur ces points (v. Cooley, p. 163 ; Willoughby, p. 692).

Elle avait admis la délégation en ce qui concerne la réglementation locale, aux villes, aux communes et aux autres corporations municipales (v. *State v. Noyes*, 30 N. H. 279). Elle reconnaissait, en outre, qu'il était légitime d'accorder un pouvoir discrétionnaire aux autorités exécutives et administratives en ce qui concerne l'application des lois. Elle permit même à ces organes de prévoir, dans le cadre de leur compétence, des sanctions pénales (v. *United States v. Grimaud*, 220 U. S. 506).

b) Le gouvernement fédéral a outrepassé ses pouvoirs qui lui furent concédés dans ses rapports avec les Etats. Il a envahi la sphère d'attribution de ceux-ci, notamment en votant des taxes en dehors des cas à lui réservés par la Constitution, contrairement au X^e amendement, et en régle-

mentant des transactions de caractère purement local. La Cour semble avoir été très sensible à cet argument. Ici encore, elle s'était montrée auparavant assez accommodante (v. *Cusham*, p. 372).

Si, par exemple, le transport entre les Etats était, à son avis, essentiel pour autoriser une réglementation fédérale, elle avait admis que le passage de moutons par delà les frontières répondait à cette condition (v. *Kelley v. Rhoads*, 188 U. S. 1). Elle avait interprété aussi largement la notion de commerce, y impliquant la navigation par eau (v. *Gibbons v. Ogden*, 9 Wh. 13, le transport de personnes (v. *New York v. Miln*, 11 Pet. 102), le transport de femmes dans un but immoral (v. *United States v. Burch*, 226 Fed. 974), le transport de gaz et de pétrole par conduites dépassant les limites des Etats (v. *Public Utilities Commission v. Landon*, 249 U. S. 236). La compétence fédérale établie, son extension également avait été interprétée largement (v. *Gibbons v. Ogden*, cité).

Par ailleurs, la question ne permet pas une solution sûre. Elle met en présence deux opinions ou même deux traditions divergentes concernant l'étendue du pouvoir fédéral (v. *Corwin* : A, p. 15). Leur origine remonte aux premiers temps de la Constitution. Alexandre Hamilton et le *Chief Justice* Marshall estimaient que les pouvoirs délégués au Congrès devaient être interprétés aussi largement que possible et suivant les exigences du moment. Mais Madison et le *Chief Justice* Taney défendaient la thèse du *dual federalism* : suivant celle-ci, la Constitution a imposé, une fois pour toutes, une distribution rigide et définitive des pouvoirs (v. *Corwin* : A, p. 133). La Cour, disposant ainsi de ces deux traditions, en a usé, à son gré, suivant les sentiments qui l'animaient ou qui, à tout le moins, inspiraient sa majorité.

c) Le gouvernement a violé le V^e amendement qui interdit de priver de la vie, de la liberté, de la propriété, sans observer les formalités imposées par la loi, ou de prendre la propriété privée pour un usage public, sans juste compensation. Le texte vise la liberté de contracter soit comme « *property right* », soit comme « *liberty* » (v. *Willoughby*, p. 781).

En 1908, in *Müller v. Oregon* (208 U. S. 412), la Cour suprême avait accueilli une loi d'Etat limitant le travail des femmes dans les blanchisseries à dix heures par jour. Elle avait estimé que la structure physique et les fonctions physiologiques de la femme justifiaient une protection légale particulière en ce qui concerne les dommages que le travail insalubre peut entraîner pour la santé. En 1914, elle confirma sa façon de voir, dans *Riley v. Massachusetts* (232 U. S. 671). Depuis, les lois qui limitent *raisonnablement* le nombre d'heures de travail pour les femmes passent pour constitutionnelles. Le seul point en litige est le caractère *raisonnable* de la mesure. En revanche, la Constitution ne permettait pas de limiter les heures de travail pour les hommes (v. *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45), ni de réglementer les salaires (v. *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U. S. 525-554). Pour la fixation des prix, la jurisprudence de la Cour a varié. Dans *Munn v. Illinois* (94 U. S. 113 ; cfr. *Brass v. Stæser*, 153 U. S. 391-403), elle proclama que des entreprises touchant à l'intérêt public pouvaient être réglementées sur ce point ; plus tard, elle prétendit que *seules* pareilles entreprises pouvaient être réglementées ;

ses hésitations se portèrent alors sur la notion de l'entreprise d'intérêt public : de 1921 à 1930, elle admit une interprétation étroite ; vers 1930, elle élargit sa manière de voir (v. *Trends*, pp. 1432 ss.).

2° Au moment où les principales lois du *New Deal* étaient promulguées, le Président avait tous les atouts dans son jeu. Même en ne considérant que l'esprit de la Charte, il tenait le bon bout : il s'efforçait de ramener la sécurité avec la justice, il libérait les hommes oubliés de l'emprise d'une ploutocratie à la fois avide et incapable. Si les moyens paraissaient à d'aucuns d'une légalité douteuse, la fin dernière rejoignait le but de la Constitution tel qu'il est défini dans le *Préambule*. On pouvait fermer les yeux.

L'élection présidentielle s'était faite au milieu d'une dépression si profonde, le peuple avait mis en M. Roosevelt un tel espoir que n'importe quelle mesure eût passé sans soulever de protestation. Une sorte de mystique entourait le nouvel élu. Même les profiteurs du système, loin de s'insurger, répudiaient leurs anciens privilèges. Par un retour inattendu, ils étaient devenus, à leur tour, les victimes du désordre régnant. L'individualisme ne leur paraissait plus que l'anarchie. Quant au peuple, il savait combien les libertés que la Constitution lui promettait étaient restées vaines et n'avaient servi qu'à le rendre matière exploitable au bénéfice de quelques-uns.

En 1935, le climat politique avait changé. Le revirement s'était annoncé assez vite. Tout au début de l'expérience, l'*United States Chamber of Commerce*, présidée par M. Harriman, s'était prononcée pour le N. I. R. A. ; elle n'avait fait des réserves qu'en ce qui concerne les clauses relatives au Travail. Le jour pourtant où le Sénat votait le N. I. R. A., M. Harriman publiait une note où, manifestant ses premières craintes et prenant les devants, il interprétait l'article 7-a en faveur de l'*open shop* ; il confirmait son opinion le 4 septembre 1933, dans une lettre adressée à ses mandants. Mais dès le 28 mai, la *National Association of Manufacturers* adressait à la loi des critiques sévères, sous forme d'une adresse au Congrès. Elle estimait que le N. I. R. A. transférait, en fait, l'exploitation et la direction des affaires à une bureaucratie d'Etat, qu'il empêchait l'industrie américaine de lutter contre la concurrence étrangère, qu'il devait aboutir rapidement à la syndicalisation complète de toute l'industrie et à la pratique générale de l'atelier fermé aux non-syndiqués (v. Herbette, pp. 22-23). Depuis, la tension ne fit que s'aggraver, entraînant jusqu'aux officiants les plus haut placés de la N. R. A. : elle atteignit son point culminant en 1936, quelques semaines avant les élections.

3° L'eût-il désiré, M. Roosevelt ne disposait d'aucun moyen de s'assurer au préalable de l'opinion de la Cour et de s'entendre avec elle. En Amérique, la séparation des pouvoirs est complète. Elle est parachevée par un système dit de *checks and balances* qui permet à chacune des branches du gouvernement d'entraver l'action des autres. Cette juxtaposition antithétique n'est pas que dans les textes. Elle correspond à la réalité. Les Pouvoirs se traitent entre eux à peu près comme chien et chat ; quand deux s'entendent, c'est le plus souvent pour berner le troisième. L'opinion ne supporterait point qu'ils eussent, ne serait-ce que de simples

contacts. En 1793, le Président Washington voulut consulter la Cour sur la portée du Traité de 1778 avec la France, elle se rétracta (v. Bryce, p. 190). M. Roosevelt n'eût pas été plus heureux.

6. Notre mentalité européenne nous pousse à nous poser cette question qui nous paraît fondamentale : quelle est la vraie position juridique du *New Deal* vis-à-vis de la Constitution ? Qui, de M. Roosevelt ou de la Cour, a raison ? Une réponse satisfaisante semble exclue. L'Amérique souffre, comme nous, d'une crise de l'interprétation. Sous l'influence des Holmes, des Gray, des Carter, des Pound, des Bingham, des Cook et de bien d'autres, dont les juges Brandeis, Cardozo et Stone sont, aujourd'hui, les chefs de file, l'ancienne jurisprudence, attachée aux précédents et aux textes, est sapée par une méthode interprétative qui se préoccupe davantage des conséquences sociales des décisions que de leur stricte conformité à la règle établie. Suivant que l'on adopte l'un ou l'autre de ces critères, M. Roosevelt peut avoir tort ou raison. Par ailleurs, un juste arrêt résulte autant d'une compréhension exacte des textes que d'une vue intelligente des faits auxquels ils s'appliquent : or, ceux que vise le *New Deal* sont aussi nouveaux que complexes. Saisir leur portée est difficile, et souvent ils présentent plusieurs sens. Là aussi, la logique judiciaire suit une voie incertaine, qui ne permet pas d'apprécier sûrement sa démarche.

Ainsi, dans la décision relative au *Minimum Wage*, le juge Butler, parlant pour la majorité, estimait que lors de la conclusion des contrats les parties ont un droit égal à obtenir l'une de l'autre les meilleures conditions possibles par le moyen d'une discussion particulière. A quoi le Président Hughes, dans son opinion dissidente, répondit que s'il est important de protéger la liberté des contrats, il est tout aussi nécessaire de prévenir les abus en cette matière ; il ajouta qu'il s'agissait simplement de savoir si la limite imposée à la liberté est arbitraire ou raisonnable dans l'intérêt public. Le juge Stone remarquait, de son côté, qu'un salaire n'est pas toujours le résultat d'une libre discussion entre employeurs et employés : il peut être imposé aux employés par leurs besoins économiques, et aux employeurs par les moins scrupuleux de leurs concurrents. Que nous inclinions à appuyer l'une ou l'autre de ces opinions, notre choix ne sera jamais à l'abri de la critique.

7. Mais en fait, l'Américain averti ne se perd pas en des considérations de ce genre. Pour lui, le problème est essentiellement politique.

A la suite d'une longue évolution et de circonstances diverses (v. Haesaert, pp. 67 ss.), la Cour suprême est devenue la Seconde Chambre du pays (v. Thomas, p. 99). A la faveur des obscurités de la Constitution (v. Cardozo, pp. 76 ss.), elle s'est peu à peu affranchie des limites qu'une sage jurisprudence avait posées à sa liberté d'interprétation (v. Corwin : A, p. 181). Au moment où le *New Deal* s'établissait, elle en était arrivée à interpréter la Constitution exactement comme la majorité de ses juges le trouvait bon. Entendez que, plus que sa raison, elle suivait son sentiment et ses préjugés (v. Cushman, p. 111).

L'exactitude de cette observation se vérifie le mieux en observant que la Cour se divise en deux groupes, dont la composition ne change guère et qui s'affrontent à grands renforts de raisonnements : ce qui paraît vérité

aux uns, semble, aux autres, pure fantaisie : ils n'hésitent pas à le déclarer avec force. D'où le spectateur déduit que toutes ces raisons ne sont que des prétextes et que l'équation personnelle est, en somme, seule décisive.

8. Or, depuis le début du siècle, la Cour avait adopté une attitude assez réactionnaire, notamment dans les conflits entre le Capital et le Travail (v. Lambert, *pass.* : Lambert et Brown, *id.* ; Merriam : A, pp. 176 ss. ; Philip, pp. 6 ss.). A ce propos, les radicaux, les travaillistes, les socialistes l'avaient prise vivement à partie. Ils lui reprochaient d'annuler les lois pour des motifs de pure technique, de décider contre le pauvre en faveur du riche, de ne pas protéger les travailleurs dans la sauvegarde de leurs droits constitutionnels, d'étendre, sans garantie, l'usage de l'injonction dans les conflits du Travail, d'exclure les travailleurs des jurys, de suspendre arbitrairement la protection de l'*habeas corpus*.

Ces critiques peuvent paraître partisans. Elles se trouvaient pourtant confirmées par des avis peu suspects. Déjà, en 1912, Myers avait souligné les préjugés de classe qui obscurcissaient l'opinion des Cours : elles sont, écrivait-il, les serviteurs des forces économiques dominantes. Freund, de son côté, remarquait que la terminologie assez vague de la Constitution était exploitée outre mesure pour anéantir les lois contraires à la tradition. Goodnow, le prenant par un autre biais, avait incriminé l'ancienne conception de la loi à laquelle les Cours restaient fidèles : elle reposait sur la théorie du contrat social et supposait, dès lors, que la société était statique plutôt que dynamique ; à son avis, il fallait abandonner le *stare decisis* pour adopter une théorie de la Constitution qui permit un développement continu, en harmonie avec l'évolution de la société. M. R. Pound partageait un point de vue analogue ; il condamnait la logique judiciaire en la qualifiant de mécanique et lui opposait une « jurisprudence sociologique » qui aurait humanisé la justice. M. Wigmore, enfin, usait de sa grande autorité et de son expérience pour rappeler aux tribunaux que leur rôle n'était pas celui de simples techniciens et qu'ils n'avaient pas à voiler, par des habiletés, des préférences politiques, économiques et sociales. L'opinion et la science se rejoignaient donc pour reprocher au pouvoir judiciaire, et particulièrement à la Cour suprême, une attitude qui constituait un obstacle au progrès social.

9. Au point de vue des conséquences, les arrêts contraires au *New Deal* ne furent ni opportuns ni heureux. M. Ed. S. Corwin les juge sévèrement (B, p. 55). Il rappelle que Metternich, en ses dernières années, se plaignait d'avoir passé son temps à rafistoler des constructions ruineuses. Pour le Professeur de Princeton, la Cour s'adonne aujourd'hui au même jeu futile. Constatons, en tout cas, que sa jurisprudence est dépassée par les événements.

Le fait est manifeste pour la *New York Minimum Wage Law*. Cette loi avait été pourtant rédigée avec un soin minutieux. On avait retenu l'argumentation présentée, en 1923, par le juge Sutherland, lors d'une décision invalidant pour inconstitutionnalité la *District of Columbia Minimum Wage Law*. Il l'avait condamnée parce que, à son avis, elle imposait à l'employeur un paiement arbitraire, sans rapport avec la nature de son entreprise ou avec le travail de l'employé ; il avait suggéré, en revanche,

qu'une loi obligeant l'employeur de payer « la valeur du service rendu », serait valable. Aussi la *New York Minimum Wage Law* avait-elle déclaré qu'un « juste salaire » était un salaire « adéquat à la valeur du service ou du genre de service rendu » ; elle avait engagé l'*Industrial Commissioner* et le *Wage Board*, à tenir compte, pour fixer le salaire minimum des femmes dans une industrie, de « toutes les circonstances relevantes pouvant affecter la valeur du service ou du genre de service rendu ». C'était quémander le bon accueil des juges. La majorité de ceux-ci se montra intraitable. L'exploitation des femmes dans l'industrie n'a, depuis cette décision, plus de limite légale, et les efforts de dix-sept Etats, qui possèdent des lois similaires, sont compromis. Toute législation sur le point litigieux se trouve bloquée. Dans son arrêt relatif au N. I. R. A., la Cour avait décidé que les fins de la N. R. A. relevaient de la compétence des Etats ; dans le présent litige, elle interdit aux Etats, à leur tour, de légiférer en la matière. Elle crée une sorte de *no man's land* où les exploiters ont beau jeu de réduire à merci les droits du Travail.

Pour le *Guffey Coal Act*, l'invalidation fut encore plus fâcheuse. Le Congrès s'était montré, lui aussi, très circonspect. Tenant compte de la jurisprudence, il avait séparé en deux sections, deux ordres de mesures : celles relatives à la fixation des prix, et celles concernant la réglementation du travail. De cette manière, il espérait au moins sauver l'une ou l'autre. Ces précautions, nous l'avons vu, furent vaines. Or, la loi offrait un intérêt indiscutable. Elle était le résultat de vingt années d'efforts de l'industrie charbonnière pour se protéger contre la concurrence ruineuse qui sévissait chez elle. Sa situation était pénible. De 1923 à 1929, au milieu de la prospérité générale, ses salaires diminuaient et ses profits étaient réduits à néant. Elle perdait, par an, 20.000.000 \$; de 1930 à 1932, elle en perdit de 42.000.000 à 51.000.000. Pour abaisser les prix, les exploitants se dérobaient aux ententes collectives, tandis que les mineurs réclamaient celles-ci comme le seul moyen de conserver ou d'augmenter leurs salaires. Pour leur résister, les patrons durent mener une véritable guerre ; ils engagèrent des gardes armés, et les mines prirent l'aspect de camps retranchés. Le *Coal Code* de 1933 amena l'apaisement. Il fut suivi de deux renouvellements de contrat, apportant, chaque fois, un salaire plus élevé et de meilleures conditions de travail. Puis le N. I. R. A. fut invalidé. Aussitôt, 450.000 mineurs menacèrent de se mettre en grève. Pour éviter des désastres, l'Administration fit passer le *Guffey-Snyder Coal Act*. La Cour anéantit son effort. Pourtant la nécessité d'une loi de ce genre est si impérieuse que, dès le lendemain de l'invalidation, le sénateur J. F. Guffey a introduit un *bill* qui ne retient que les dispositions relatives à la fixation des prix, de manière à pouvoir éviter, par ce subterfuge, les rabattements de salaires et les grèves qu'ils ne manqueraient pas d'entraîner.

D'autres invalidations sont peut-être moins critiquables. Certains ont fait remarquer qu'un an après la condamnation du N. I. R. A., on n'avait rien constaté qui pût la faire regretter. C'est oublier que dans l'intervalle, ou bien les efforts attendus s'étaient produits ou bien ses dispositions étaient adoptées de plein gré. Quoi qu'il en soit, les décisions rappelées ont étalé devant l'opinion le conflit entre la Justice et le Gouverne-

ment. Ses traits particuliers ont, d'autre part, mis au grand jour sa nature : la majorité des juges a perdu le contact avec la Nation. Se mettant, dans ces conditions, en travers des décisions gouvernementales, la Cour fait de l'obstruction. A l'heure présente, pareille situation est sans issue, du moins dans l'état actuel du droit public américain. Mais dans un pays où le pragmatisme est maître, on peut prédire, sans coup férir, que cette inertie finira bientôt, et dans un sens qui n'est pas douteux. Seule la méthode qui sera choisie pour obtenir ce résultat reste conjecturale.

10. Pourtant, dit-on, la Cour en a vu bien d'autres, et presque dès ses débuts (v. Bryce, pp. 192 ss. ; Warren, *passim*). Les auteurs citent volontiers *Cohens v. Virginia*, en 1821 (6 Wheat. 264), les *Cherokee Cases* de 1831 et 1833 (*Cherokee Nation v. Georgia*, 5 Pet. 112 ; *Worcester v. Georgia*, 6 Pet. 515 ; v. Warren, I, pp. 729 ss.), la fameuse *Dred Scott Decision* (*Scott v. Sandford*, 19 How. 393 ; v. Warren, II, 279 ss.), du 6 mars 1857, qui souleva une émotion telle que même Abraham Lincoln se laissa entraîner à des critiques inconsidérées ; le *New York Independent* taxa la décision d'assassinat moral d'une race et invita à la désobéissance.

A côté de ces réactions, les récriminations de M. Roosevelt paraissent modérées. Depuis l'exceptionnel succès qu'il obtint toutefois lors de sa réélection, son attitude est devenue plus énergique. Dans son adresse au 75^e Congrès, il avertit, en effet, que le Judiciaire avait à contribuer, pour sa part, au succès de la démocratie. Il invita, fort de ses 27.751.612 voix, la Cour à prendre une vue plus éclairée de la Constitution et lui recommanda de relire le *Préambule* et l'article I. Il ajouta qu'en toute hypothèse il faudrait trouver les moyens d'adapter les lois et les interprétations jurisprudentielles aux besoins actuels de la plus grande démocratie moderne. La menace est à peine voilée. Comme M. Roosevelt n'est pas aussi radical qu'on a prétendu, peut-être convient-il, une fois de plus, d'interroger la tradition.

11. Tout porte à croire que les modifications, si modifications il y a aura, ne seront pas révolutionnaires ⁽¹⁾. Le pouvoir de revision sera sans doute maintenu. Certes, on invoque, contre le *veto* de la Cour, plus d'un bon argument ; il en est autant qui militent en faveur du pouvoir de contrôle (v. Maxey, pp. 325 ss.). Parmi les propositions qui circulent actuellement, les plus avancées veulent enlever à la Cour la compétence de toute affaire où la constitutionnalité est mêlée, ou porter devant le peuple toute invalidation pour inconstitutionnalité ; d'autres permettraient au Congrès de voter à nouveau et cette fois sans recours, une mesure invalidée ; les plus modérées se bornent à modifier le nombre des juges, comme on fit, en 1837, pour effacer ce qui restait de l'influence de John Marshall, et, en 1862, pour changer l'attitude de la Cour vis-à-vis de la guerre civile, ou

(1) *Remarque* : Notre article était rédigé, lorsque, le 5 février 1937, le Président soumit au Congrès un texte, entièrement conforme à la législation existante, et aux termes duquel, si un juge, ayant atteint l'âge de soixante-dix ans, ne prenait pas sa retraite dans les six mois, un adjoint pourrait lui être donné (art. 1^{er}) ; suivant l'article 2, la Cour suprême pourrait déplacer les juges, et les déléguer dans des districts où les tribunaux sont surchargés. Cette proposition, malgré son caractère conformiste, a fort ému le pays : aujourd'hui encore, le sort en demeure incertain.

bien s'en remettent au peuple pour les désigner ou les révoquer ; d'autres enfin se contentent d'exiger une majorité spéciale pour décider de l'invalidation. M. J. Bryce, pourtant, a soulevé des objections très solides contre un quelconque changement (p. 180), et malgré tout, le gouvernement hésite. Car, comme l'écrivait M. Goodnow, la Constitution et la Cour suprême sont des symboles nationaux devant lesquels l'émotion des Américains réagit comme devant le drapeau.

Peut-être M. Roosevelt préférera-t-il se fier, comme la plupart de ses devanciers, au cours naturel des choses : il suffit qu'un juge de la majorité disparaisse pour rendre à l'Exécutif les coudées franches. Cette patience serait plus conforme à l'usage. Des nominations partisans sont tout indiquées pour renverser une jurisprudence hostile, bien que le moyen ne soit pas, comme l'histoire l'apprend, infaillible (v. Merriam : A, p. 189).

12. En guise de conclusion, essayons de dégager les leçons de cette expérience que nous fournit l'Amérique. J'en vois plus d'une : je me bornerai à en souligner trois. La première est l'avantage que présente, pour une constitution, un *Préambule* qui en indique l'esprit : il est une manière de cadre général qui permet une interprétation évolutive. La Constitution soviétique a repris le procédé pour le plus grand profit de sa jurisprudence. La seconde est que la séparation rigide des pouvoirs est une construction dangereuse : elle aboutit à des impasses qu'éviteraient l'équilibre et la collaboration des diverses branches du Gouvernement. Enfin, s'il faut un gardien de la Constitution, celui-ci ne peut, dans une démocratie, se confondre avec aucun des pouvoirs réguliers. L'exemple négatif de l'Allemagne et de l'Amérique, et l'exemple positif de la Suisse, font croire qu'il n'y en a qu'un seul qui s'indique vraiment : la Nation, de laquelle, suivant la Constitution belge, émanent tous les pouvoirs. Tant que ce dernier recours n'est pas prévu et bien organisé, on risque de se trouver devant des solutions sans issue, sauf à recourir au coup de force, ce qu'à Dieu ne plaise !

BIBLIOGRAPHIE :

- BRYCE (J.). — The American Commonwealth, 1933.
 CARDOZO (B. N.). — The Nature of the Judicial Process, 1932.
 COOLEY (Th. M.). — A Treatise on the Constitutional Limitations, 1927.
 CORWIN (Ed. S.). — A The Twilight of the Supreme Court, 1935.
 B. Curbing the Court (in *The Annals*, May 1936, pp. 45 ss.).
 COUDERT (F. R.). — The New Deal and the United States Supreme Court, 1936.
 CUSHMAN (R. E.). — Leading Constitutional Decisions, 1935.
 FREUND (F.). — Standards of American Legislation, 1917.
 GOODNOW (F. J.). — Social Reform and the Constitution, 1911.
 HAESAERT (J. P.). — La portée politique du New Deal, 1937.
 HERBETTE (F.). — L'expérience Roosevelt et l'industrie, 1934.
 LAMBERT (E.). — Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis, 1921.
 LAMBERT (E.) et BROWN (H. C.). — La lutte judiciaire du capital et du travail organisés aux Etats-Unis, 1924.
 MAXEY (Ch. C.). — The American Problem of Government, 1934.
 MERRIAM (Ch. E.). — American Political Ideas, 1929.
 MYERS (G.). — History of the United States Supreme Court, 1912.
 PHILIP (A.). — Le problème ouvrier aux Etats-Unis, 1927.

- POUND (R.). — Mechanical Jurisprudence (in *Col. Law Rev.*, 1908, pp. 105 ss.).
Textes. — La lutte contre la crise aux Etats-Unis, Recueil de textes, 1933.
THOMAS (N.). — A Socialist looks at the Constitution (in *The Annals*, May 1936, pp. 92 ss.).
Trends. — Recent Social Trends in the United States, 1933.
WARREN (Ch.). — The Supreme Court in the United States History, 1935.
WIGMORE (J. H.). — The Qualities of Current Judicial Decisions (in *Ill. Law Rev.*, 1915, pp. 529 ss.).
WILLOUGHBY (W.). — Principles of the Constitutional Law of the United States, 1933.

**LES PROBLEMES POSES AUX ETATS-UNIS
PAR LES EXTENSIONS ACTUELLES
DU CONTROLE JUDICIAIRE DE LA CONSTITUTIONNALITE
DES LOIS**

Par Charles Grove HAINES

Professeur de science politique à l'Université de Californie (Los-Angeles)

Traduit par A. MURAT,

Directeur de Conférences à la Faculté de Droit de Lyon

C'est le contrôle exercé sur la constitutionnalité des lois par les cours de justice qui a imprimé son originalité propre au droit constitutionnel américain. Il a donné efficacité pratique aux limitations expressément apportées aux pouvoirs du gouvernement fédéral et des gouvernements d'Etats par la Constitution et à celles qu'il a déduites implicitement de ses dispositions. Mais, en même temps, il a transformé le rôle, qu'avait eu originellement la Constitution fédérale, d'un instrument d'équilibrage pour l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs et pour l'ajustement des relations fédérales, en un rôle de gardien des idées fondamentales et des situations acquises du conservatisme en matière politique et économique. Les commentateurs européens, au courant de l'évolution du droit constitutionnel américain, comme le professeur Edouard Lambert, ont regardé ce passage de notre contrôle judiciaire — d'une fonction juridictionnelle de maintien de la balance des pouvoirs entre les divers départements du gouvernement ainsi qu'entre les autorités fédérales et d'Etats — à une forme de censure sur la sagesse et l'opportunité de l'action législative et administrative de la fédération et des Etats, — particulièrement par rapport à la réglementation des questions sociales et économiques — comme un mouvement d'importance capitale dans la marche de la jurisprudence constitutionnelle américaine ⁽¹⁾. Ce changement a été réalisé par l'attribution d'une nouvelle signification et d'un nouveau contenu à des

(1) *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis* Paris 1921) Roger Pinto. *Des juges qui ne gouvernent pas: Opinions dissidentes à la Cour Suprême des Etats-Unis, 1900-1903* (Paris, 1934).

termes de la Constitution, tels que « due process of law » ⁽²⁾ et « égale protection des lois » ⁽³⁾, en renouvelant la théorie de la séparation des pouvoirs et lui donnant une nouvelle étendue et, — quand il n'était plus possible d'invoquer un texte particulier ou le langage général de la constitution — en dégagant, de l'esprit des constitutions écrites ou de la nature d'un gouvernement libre, ce que Duguit, Hauriou et Lambert ont appelé une véritable *super-constitution* ⁽⁴⁾.

LES ELARGISSEMENTS ACTUELS DU CONTROLE JUDICIAIRE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS

Dans les deux dernières décades du XIX^e siècle, les cours fédérales ont été amenées, en suivant une voie tracée par les cours d'Etats, à déclarer nuls un grand nombre d'actes législatifs fédéraux et d'Etats. L'émotion soulevée par là dans l'opinion publique aboutit à faire, dans les débuts du XX^e siècle, surtout entre 1908 et 1912, de la réduction des pouvoirs judiciaires une des questions cruciales de la politique nationale, sous la direction de Théodore Roosevelt et de Robert La Follette ⁽⁵⁾. Pourtant, même après la décision de la Cour Suprême dans *Lochner v. New-York* ⁽⁶⁾, on a pu prétendre, comme fit en 1913 Charles Warren ⁽⁷⁾ que l'attitude de la Cour Suprême à l'égard de la législation sociale et industrielle était somme toute libérale et progressiste. Mais, avec la période qui a suivi la guerre mondiale, un changement s'est produit et la multiplication des cas où la Cour a fait opposition aux politiques législatives en invoquant la clause de « due process », celle sur le pouvoir de taxation fédéral, la clause distinguant le commerce entre Etats et le commerce intérieur des Etats, etc., ont donné l'impression non-trompeuse que la Cour se regardait comme la première ligne de défense contre une dangereuse socialisation de la vie économique et politique. La liste générale des Actes législatifs déclarés nuls par la Cour Suprême des Etats-Unis montre un changement significatif dans l'attitude des juges envers la législation. Alors que, pendant les soixante-quinze premières années de fonctionnement du gouvernement fédéral aux Etats-Unis elle n'avait que dans deux cas déclaré des lois inconstitutionnelles, dans les trente années 1906-1935 elle a émis quarante déclarations d'inconstitu-

(2) [Mots des V^e et XIV^e amendements à la Constitution qui ne sauraient être traduits en français — littéralement surtout — sans en rendre incompréhensible la portée constamment évolutive, comme l'explique Edouard Lambert dans une note d'éditeur (tome III, p. 133) au *Recueil d'Etudes sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*.]

(3) [Clause du XIV^e amendement qui est le plus souvent invoquée, après la clause de « due process of law » et d'ordinaire en même temps qu'elle, pour justifier, au nom de la défense des droits individuels, les déclarations d'inconstitutionnalité de lois sociales ou économiques.]

(4) Haines. *The Revival of Natural Law Concepts* (1930), pp. 206 et s., 260 et s.

(5) [Sur cette période d'agitation anti-judiciaire d'avant-guerre cf. Edouard Lambert, *Gouvernement des juges*, pp. 67-99.]

(6) [198 U. S. 45 (1905). Cas où, malgré les protestations du juge Holmes, la Cour Suprême fédérale, par 5 voix contre 4, déclara inconstitutionnelle une loi de l'Etat de New-York imposant une durée maximum de la journée de travail de dix heures dans les boulangeries.]

(7) *The progressiveness of the United States Supreme Court* (1913), 13 Columbia Law Review 294.

tionnalité contre des lois dont certaines contenaient de fort importantes mesures gouvernementales, destinées à aider la marche de la lutte contre une dépression industrielle. Il est ainsi devenu apparent que la fonction du judiciaire de contrôler les actes législatifs était conçue dans un esprit essentiellement obstructif ⁽⁸⁾. L'extension des fonctions régulatrices des gouvernements d'Etats et du gouvernement fédéral compte sans doute pour une forte part dans ce large pourcentage de lois déclarées nulles — mais elle ne suffit pas à justifier le taux inusuel de mortalité des Statuts sur lesquels la Cour a eu à se prononcer. Et la tendance de la Cour Suprême des Etats-Unis à substituer au contrôle de l'observation de la procédure législative et de la compétence de la législature une direction de l'activité législative est entrée dans une ère nouvelle d'intensification avec les années 1935 et 1936, pendant lesquelles la Cour — pour s'en tenir à quelques-unes des manifestations les plus significatives — a déclaré inconstitutionnelles, d'une part, la loi sur le redressement industriel national (*National Industrial Recovery Act*) et la loi sur les retraites des employés de chemins de fer (*Railroad Retirement Act*) ⁽⁹⁾, comme étant sans rapport avec le commerce entre Etats et, d'autre part, la loi sur le Rajustement de l'Agriculture nationale (*Agricultural Adjustment Act*) comme empiétant sur les droits et pouvoirs réservés aux Etats ⁽¹⁰⁾.

Les faiblesses et les défauts les plus apparents de l'annulation judiciaire d'Actes du Congrès peuvent être mis en lumière par la lecture des raisonnements et des déductions de décisions récentes. Par une série de déclarations judiciaires les cours fédérales — suivant la voie indiquée par des *dicta* ou considérants de juges de cours d'Etats — ont changé la signification de ces mots de la Constitution : *due process of law*. D'une limitation [aux pouvoirs de la Fédération et des Etats] d'ordre procédural, visant primitivement les méthodes à suivre pour l'arrestation, le jugement et la condamnation des individus accusés de crimes ou de délits, elles ont fait une limitation applicable aux Actes législatifs, quand du point de vue des juges ils apparaissent déraisonnables ou arbitraires. Ce changement dans l'interprétation de la phrase, la plus souvent invoquée des v^e et xiv^e amendements, a été si souvent et si attentivement étudiée qu'il est inutile d'en reprendre ici la démonstration ⁽¹¹⁾. Il n'est pas exagéré d'affirmer que cette extension de la signification de *due process of law* a converti le contrôle judiciaire des actes législatifs en une forme de correction de la législation

(8) 1789-1864, deux cas en 75 ans; 1864-1885, 16 cas en 21 ans; 1886-1906, 12 cas en 20 ans; 1906-1924, 23 cas en 19 ans; 1924-1935, 17 cas en 11 ans; 1789-1906, 30 cas en 116 ans; 1906-1935, 40 cas en 30 ans.

(9) Le premier de ces actes a été déclaré inconstitutionnel par la décision de *A. L. A. Schechter Poultry Corporation v. United States*, 295 U. S. 495 (1935), le second par la décision de *Railroad Retirement Board v. Alton Ry.* 295 U. S. 330 (1935).

(10) Loi condamnée par la décision de *United States v. Butler*, 56 Supreme Court Reporter, 312 (1936).

(11) Cf. mon article *Judicial review of legislation in the United States and the doctrine of vested rights and of implied limitations on legislatures* (1923) 3 Texas Law Review 1 et ma monographie *The Revival of natural laws concepts* (1930), cc. V-VIII, et aussi Corvin, *The doctrine of the due process of law before the civil War* (1911) 24 Harvard Law Review, 366, 460. Une constatation de ce changement a été faite par le Juge Brandeis, dans *Whitney v. California* (274 U. S. 357, 373 (1926) en disant : « En dépit d'arguments en sens contraire qui m'avaient semblé persuasifs, il a été décidé que la clause de *due process of law* du xiv^e amendement s'applique aussi bien au fond du droit (*substantive law*) qu'aux matières de procédure. »

complètement différente de celle qui avait existé jusque là et qu'elle a eu des effets à longue portée sur de nombreuses branches de l'interprétation constitutionnelle. La nouvelle version du *due process of law* a permis la condamnation judiciaire de lois du travail ⁽¹²⁾, de clauses rétroactives de lois fiscales fédérales ⁽¹³⁾, de la législation sur les retraites des cheminots ⁽¹⁴⁾ et de la tentative du Congrès pour donner une aide à certaines catégories de débiteurs ⁽¹⁵⁾. Elle rend applicable comme pierre de touche de toutes les lois fédérales le concept du caractère raisonnable (*reasonableness*), auquel se relie une quantité de notions secondaires, et qui a fourni aux cours une base légale pour justifier l'examen de la sagesse et l'opportunité de la législation. C'est l'application à des lois d'Etats de cette pierre de touche — aujourd'hui considérée comme un standard également nécessaire pour toutes les lois fédérales — qui poussa le Juge Holmes à élever cette protestation peu d'années avant d'abandonner son siège à la Cour Suprême fédérale : « Dans l'état actuel des décisions judiciaires, je ne vois point d'autre limite que la voûte du ciel à l'invalidation de ces droits [des Etats d'après le xiv^e amendement], s'il arrive quelque jour que la majorité de cette Cour les trouve, pour une raison ou une autre, indésirables » ⁽¹⁶⁾.

POUVOIR DE TAXATION

Il n'y a pas dans la Constitution fédérale de clause qui prévoie qu'une taxe ne peut être établie que pour un besoin public, et on trouve peu de dispositions en ce sens dans les Constitutions d'Etats ⁽¹⁷⁾. L'idée qu'une taxe ne peut être levée que pour un but public a, cependant, été formulée par des juges d'Etats vers le milieu du xix^e siècle pour mettre frein à la tendance à d'extravagantes affectations gouvernementales de crédits ⁽¹⁸⁾. Mais les entraves ainsi apportées à ces formes de dépenses publiques ont été fréquemment prohibées par des amendements aux constitutions d'Etats. Le Juge Miller, dans un cas se rapportant à une émission de bons pour construire une usine, déclara au nom des juges de la Cour Suprême des

(12) *Lochner v. New-York*, 198 U. S. 45 (1905) (loi de dix heures dans les boulangeries); *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U. S. 525 (1923), (loi de salaire minimum pour certaines catégories de femmes pour le district de Columbia).

(13) *Nichols v. Coolidge*, 274 U. S. 531 (1927).

(14) *Railroad Retirement Board v. Alton Rr.*, 295 U. S. 330 (1935). [Décision traduite en français et en allemand dans 10 Recueil International de Jurisprudence du travail, 1934-1935, Etats-Unis, n° 2.]

(15) *Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford*, 55 Sup. Ct. Rep 869 (1935).

(16) *Baldwin v. Missouri*, 281 U. S. 586, 595 (1930).

(17) Pour une revue sommaire de ces dispositions constitutionnelles, voir Mc Allister, *Public Purpose in Taxation* (1930) 18 California Law Review, 138.

(18) Parlant au nom de la majorité de la Cour Suprême de Pensylvanie dans *Sharpless v. Mayor of Philadelphia*, 21. Pennsylvania Law Reports 147, 168 (1855) et reconnaissant compétence au législateur pour conférer aux magistrats municipaux le pouvoir de souscrire et d'émettre des bons pour financer le rachat du capital d'une compagnie de chemins de fer, le Juge en Chef Black dit que l'octroi général (par la Constitution) du pouvoir législatif n'inclut pas le droit de percevoir des ressources fiscales pour un but privé; car « la taxation est un moyen de se procurer des ressources pour les besoins publics. Quand elle est prostituée à des objets qui n'ont aucune liaison avec les intérêts ou le bien-être publics, elle cesse d'être une taxation pour devenir un rapt ». Sur une plus ancienne affirmation de cette doctrine du but public par le Chancelier Kent de New-York, voir *Gardner v. Newburgh*, 2 Johns Ch. 162, 166 (N. Y. 1816).

Etats-Unis que l'exigence d'un but public était un principe fondamental de tout gouvernement constitutionnel ⁽¹⁹⁾. Le Juge Cooley, qui affirma dans *People v. Salem* ⁽²⁰⁾, que « tous les pouvoirs gouvernementaux n'existent que pour des fins publiques », a exposé comme un *dictum* — ou opinion judiciaire — dans son *Constitutional Limitations* ⁽²¹⁾, que « la taxation, ayant pour unique objet légitime le prélèvement de sommes d'argent pour les besoins publics et les nécessités propres du gouvernement, exiger de l'argent des citoyens pour d'autres buts ne rentre pas dans l'exercice admissible de ce pouvoir et doit être par conséquent regardé comme non autorisé. » La construction judiciaire des limitations implicitement imposées au pouvoir de taxation de la législature progressa si rapidement que Cooley crut pouvoir affirmer en 1879 que « ... quelques différences d'opinion qui puissent exister sur l'admissibilité de la taxation dans des cas particuliers, la condition fondamentale que son but doit être un but public sera admise par tout le monde » ⁽²²⁾. D'après le raisonnement de Cooley et de Dillon, le principe du but public, en se dégageant implicitement de la clause du *Bill des Droits* sur les droits inaliénables et des dispositions des constitutions d'Etats sur le *due process of law* et l'expropriation pour cause d'utilité publique (domaine éminent), est regardé comme empêchant d'exproprier un citoyen de sa propriété pour un usage privé.

Le transport de ces *dicta* — ou opinions émises avec le poids de l'autorité judiciaire — dans le royaume de la jurisprudence fédérale ne s'était opéré qu'assez lentement ⁽²³⁾ jusqu'au moment où le Juge Roberts a interpolé dans le langage de la Constitution fédérale cette nouvelle forme du principe du but public que « le mot impôt (*tax*) n'a jamais été entendu comme englobant accessoirement l'expropriation de l'argent d'un groupe au profit d'un autre » ⁽²⁴⁾. Par ce *dictum* on est entré dans la voie de la réali-

(19) *Loan Association v. Topeka*, 20 Wallace, 655 (U. S. 1874).

(20) 20 Mich. 452, 478 (1870).

(21) Edition de 1868, pp. 487-488. Voir aussi l'opinion du Juge en Chef Dillon de l'Iowa dans *Hanson v. Vernon*, 27 Iowa 28, 43 (1869).

(22) Cooley. *On Taxation*. (1^{re} édition, 1881) 67. Dans la 8^e édition (1927) de son *Constitutional Limitations*, Cooley expose sa philosophie politique. qu'il s'efforce de traduire en loi constitutionnelle, en ces termes : « Il n'y a pas de règle ou de principe connu par notre système (constitutionnel) en vertu duquel la propriété privée puisse être enlevée à une personne et attribuée à une autre pour l'usage privé et le bénéfice de cette autre personne, que ce soit par des lois générales ou par une loi spéciale. Le but doit être public et être en relation avec les besoins du gouvernement. » Comme indication de cette même tendance dans les Etats, voir *Lowell v. Boston*. 111 Mass. 454 (1873), condamnant une émission de bons dans le but de faire des prêts à des particuliers pour rebâtir leurs maisons détruites dans l'incendie de Boston, et l'opinion du Juge en Chef Appleton confirmant une injonction judiciaire pour empêcher la ville de Jay d'émettre un emprunt pour venir au secours d'une scierie et d'une manufacture de boîtes. C'est, dit le Juge en Chef, « du communisme naissant, sinon complet ». *Allen v. Inhabitants of Jay*, 60 Me. 124 (1872).

(23) Dans *In re Jones v. City of Portland*, 245 U. S. 217 (1917) la Cour Suprême prit compétence pour juger si, en vertu de la clause de *due process* du xiv^e amendement, des taxes levées pour exploiter une mine étaient levées dans un but public; mais dans ce cas, aussi bien que dans celui de *Green v. Frazier*, 253 U. S. 238, (1920), roulant sur des expériences faites dans le champ des entreprises industrielles par l'Etat de North Dakota et dans celui de *City of Boston v. Jackson*, 260, U. S. 309 (1922) concernant une dépense de deniers publics pour aider à l'établissement d'un réseau de chemins de fer souterrains (ou métropolitain) les membres de la Cour ne purent voir aucune violation du principe du but public.

(24) *United States v. Butler*, 56 Supreme Court Reporter 312, 317 (1936).

sation (judiciaire) d'un amendement de la Constitution qui peut changer d'une façon très considérable les fonctions exercées par le gouvernement fédéral. En vertu de ce raisonnement de graves infirmités constitutionnelles ne vont-elles pas frapper toutes les formes d'aides à des individus que le Congrès a accordées depuis le début du gouvernement, y compris les nombreuses lois de protection douanière, les lois de pensions, les lois d'assistance aux victimes d'inondations ou de sécheresses et une variété considérable d'impôts établis par le gouvernement fédéral ? ⁽²⁵⁾ Ou les juges de la Cour Suprême ne reculeront-ils pas devant l'exercice de la forme extravagante de censure judiciaire symbolisée par cette exposition judiciaire du droit — ce *dictum* ?

SÉPARATION ET DÉLÉGATION DES POUVOIRS

Au moyen d'exigences présumées du principe de la séparation des pouvoirs ⁽²⁶⁾ et du principe, qu'on a déduit comme corollaire, que le législateur ne peut pas déléguer ses fonctions à d'autres agences de gouvernement, d'autres critères nouveaux de révision et censure judiciaires — qui ne sont pas non plus garantis par le texte de la Constitution — sont en voie de développement à l'encontre d'autres exercices du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Le juge Cardozo, dans l'exposé personnel d'opinion par lequel il a donné son concours à la décision émise dans le cas du N.R.A. (l'Acte sur le Redressement Industriel National), parle des dangers que comporte « un pouvoir non limité et vagabond » et conteste qu'on ait pu légitimement charger « une commission marchant à l'aventure d'enquêter sur les maux [de l'organisation sociale présente] et, après les avoir découverts, de les corriger ». Aucune directive définie, ni même approximative, n'a été prévue, dit-il, à laquelle cette législation [de la commission] doive se conformer. Référence est faite à des « standards » éthiques ou commerciaux qui ne peuvent être connus ou prédits d'avance et qui ne sont point indiqués dans l'Acte du Congrès ⁽²⁷⁾. Mais n'est-il pas apparent que beaucoup des « standards » que les législatures ont tracés à des agences administratives, — et qui sont actuellement approuvés comme règles par les cours de justice —, ont la même nature d'ordres généraux en termes extrêmement vagues et qui deviennent pourtant concrets par le travail accompli par les administrations en les déterminant et les appliquant ? ⁽²⁸⁾.

(25) [Comparer, sur le rôle que l'octroi d'aides ou de faveurs fiscales aux Etats qui s'associent aux plans de politique sociale ou économique nationales — ou à leurs habitants — ce qu'on a appelé le « gouvernement par subventions », tend à jouer dans le mouvement d'uniformisation des droits d'Etat, les dernières pages de la contribution de M. Mott., *La législation uniforme aux Etats-Unis*.]

(26) Voir *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293. U. S. 388 (1935) et *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295. U. S. 495 (1935). [Ces décisions de la Cour Suprême des Etats-Unis ont été traduites ou analysées en français et en allemand dans 10 *Recueil International de Jurisprudence du Travail*, 1934-1935. Etats-Unis, n° 1.]

(27) *A. L. A. Schechter Poultry Co. v. United States*, 295. U. S. 495, 551 (1935).

(28) Voir, par exemple, le pouvoir accordé au Secrétaire à la guerre de faire déplacer les constructions regardées comme des « obstructions déraisonnables » à la navigation, — qui a été approuvé dans *Union Bridge Co. v. United States* (204 U. S. 364 (1907)) — le pouvoir conféré au Secrétaire du Travail d'expulser les étrangers qui sont des

L'exigence dans les lois sanitaires que les locaux soient tenus en bon état hygiénique, dans les lois sur les accidents du travail que les usines soient outillées dans des conditions qui assurent la sécurité des travailleurs, dans les lois sur les assurances que toute compagnie d'assurances soit constituée de façon à mériter la confiance du public, que dans l'établissement des tarifs de transports en commun il ne soit point établi de « préférence indue » au profit de certains expéditeurs, — toutes ces prescriptions et une grande variété d'autres formules générales données comme directives aux agents administratifs —, qui sont fréquemment insérées dans les Actes législatifs et habituellement approuvées par les cours, n'ont pas d'autre signification que l'admonition si fréquente dans les lois sur le commerce entre Etats, que la commission doit résoudre toute question « comme elle juge que le demande l'intérêt public » ou qu'elle ne doit donner sa sanction qu'aux arrangements qui sont « justes et raisonnables » (29). Dans tous ces cas, la législature autorise, invite les agents administratifs à formuler des « standards » et à poser des règles pour guider la conduite individuelle, et c'est l'application de ces règles à la lumière de l'expérience progressivement obtenue par cette application qui donne forme et contenu au but exprimé par la législature. C'est à cette sorte d'action administrative que le Juge de Circuit Learned Hand pensait quand il a dit, au sujet de l'Acte de Redressement Industriel National: « Les mots *fair competition* (concurrence loyale), me semblent être une indication assez définie ou un programme assez ferme pour servir de base à l'élaboration d'un code » (30).

C'est un procédé plutôt étrange de la part des membres de la Cour Suprême que d'attribuer tant d'importance à la crainte que des matières juridiques soient réglées par des départements coordonnés (au judiciaire) conformément à des termes vagues impliquant des pouvoirs « vagabonds », alors que le principal reproche qu'on fait à la Cour Suprême, à raison de beaucoup des décisions qu'elle a émises sous l'abri des clauses de « due process of law » et d'« égale protection des lois » des v^e et xiv^e amendements, est que ces termes ne sont aucunement des « standards », et que la Cour n'en a pas moins exercé par leur moyen depuis un certain nombre d'années une censure effective sur la législation sociale et économique, en agissant comme une sorte de « Chambre des Lords » pour le gouvernement fédéral et les gouvernements d'Etats (31). Il semblerait que le véritable

« résidents indésirables » aux Etats-Unis, — approuvé dans *Mahler v. Eby*, 264 U. S. 32 (1924) — et le pouvoir du Secrétaire de l'Agriculture de prescrire des commissions « justes et raisonnables » pour les courtiers en bétail, approuvé dans *Tagg Bros and Morehead v. United States*, 280 U. S. 420 (1930).

(29) *New-York Central Securities Corporation v. United States*, 287 U. S. 12 (1932). Sur une série de formules de la même nature discrétionnaire consulter Sharfman. *The Interstate Commerce Commission: A Study in administrative Law and Procedure* (1931) part. II, pp. 357 et s.

(30) *United States v. Schechter Poultry Corporation*. 76. Federal Reporter (2 d), 617, 624 (1935).

(31) Albert M. Kales attirait l'attention sur cette phase du contrôle judiciaire en 1918, quand il observait que : « en s'adressant à la Cour dans les cas de « due process of law », on ne devrait pas commencer par la formule usuelle « plaise à la Cour », mais on devrait plutôt dire « My Lords ». En tant qu'investie et chargée de la mise en force de la clause de « due process of law », la Cour Suprême des Etats-Unis est le

« pouvoir vagabond et illimité » dans le système américain de gouvernement est celui des cours agissant comme censeurs des actes législatifs et exécutifs. Tous les autres départements et organes de gouvernement sont soumis à des freins réguliers et effectifs quand leurs actes doivent être justifiés devant la barre de l'opinion publique ⁽³²⁾. Seules, les cours peuvent émettre des jugements qui sont définitifs, qu'ils soient conformes à des « standards » ou ne s'inspirent d'aucun « standard »; et, en ce qui concerne la Cour Suprême des États-Unis, une pleine et effective reddition de comptes devant le peuple, à raison de l'extrême difficulté d'amender la constitution, peut être différée pendant une ou plusieurs générations.

La Cour dans de récentes décisions a donné l'impression qu'elle était liée par l'inexorable logique de la constitution écrite qu'elle est chargée d'interpréter. Le juge Roberts, en exprimant l'opinion de la majorité dans le cas de l'*Agricultural Adjustment Act* ⁽³³⁾, a déclaré :

« Il a été dit parfois que la Cour assume un pouvoir de réformer ou contrôler les actes des représentants du peuple. C'est une erreur. La Constitution est la loi suprême du pays ordonnée et établie par le peuple. Toute législation doit se conformer aux principes qui y sont posés. Quant un Acte du Congrès est régulièrement (appropriately) ⁽³⁴⁾ attaqué devant les cours comme n'étant pas en conformité avec les commandements de la Constitution, la branche judiciaire du gouvernement a seulement le devoir de placer l'article de la Constitution qui est invoqué en face de la loi qui est attaquée, et de décider si cette dernière s'accorde avec le premier. Tout ce que la Cour fait et peut faire est d'annoncer son jugement réfléchi sur cette question. Le seul pouvoir qu'elle ait — si on peut l'appeler un pouvoir — est un pouvoir de jugement. La Cour n'approuve ni ne condamne la politique législative. Son délicat et difficile office est de vérifier et déclarer si la législation est en accord ou en contravention aux dispositions de la Constitution et, cela fait, sa tâche est terminée » ⁽³⁵⁾.

Ce langage est une réminiscence de la façon mécanique d'aborder l'examen constitutionnel de la loi qui avait été employée à la fin du

substitut de la Chambre des Lords anglaise. Elle constitue la véritable et seule seconde chambre conservatrice du gouvernement fédéral. Elle est la seconde chambre conservatrice pour chacun des gouvernements d'États... Comme toutes les secondes chambres conservatrices, la Cour Suprême et la clause de « due process » sont dans un « dilemme » sans espoir ». *New Methods in Due-Process Cases*; 12 *American Political Science Review* 241. Cf. aussi Sayre, *Minimum wage Decision : How the Supreme Court become virtually a House of Lords* (1^{er} mai 1923) dans 50 *Survey* 150-151.

(32) Un « exercice inconstitutionnel de pouvoir par les branches législative et exécutive du gouvernement est sujet à empêchement (restraint) par le pouvoir judiciaire », a dit le Juge Stone, « tandis que le seul frein à notre propre exercice de pouvoir est notre propre sens de la modération (*selfrestraint*) ». Phrase extraite de son opinion dissidente (*dissent*), dans *United States v. Butler*, 56 *Supreme Court Reporter* 312, 325 (1936).

(33) [Décision déclarant inconstitutionnelle la loi fédérale sur le rajustement de l'agriculture nationale.]

(34) [Sur le sens de ce mot qui vise les voies à employer pour saisir la Cour et dont la portée a varié avec le temps, voir la contribution de Jaffin, à ce Recueil, tome III.]

(35) *United States v. Butler*, 56 *Supreme Court Reporter* 312, 318 (1936). On retrouve la même vue quant à l'attitude détachée des juges en examinant la validité de la législation, dans les considérants émis par le Juge Roberts dans le cas de l'Acte fédéral sur les retraites des cheminots, *Railroad Retirement Board v. Alton Ry Co.*, 295 U. S. 330 (1935).

xviii^e siècle et au début du xix^e, alors que le contrôle judiciaire de la législation était encore en voie de dégagement et à la recherche d'une formule ⁽³⁶⁾. Quoiqu'il ait été encore reproduit à divers moments par des juges désireux de paraître se maintenir dans un examen mécanique de la loi ⁽³⁷⁾, le caractère fallacieux de ce langage a été si souvent signalé par des juristes d'esprit « réaliste » et « sociologique » ⁽³⁸⁾ qu'il est vraiment devenu bien téméraire de reproduire cette explication comme une vérité première à laquelle il est impossible d'échapper.

Les juges dissidents, parlant par la bouche du Juge Stone [dans ce même procès constitutionnel de la loi sur le rajustement de l'Agriculture], n'ont pas traité avec beaucoup de respect ce « rituel juridique » ou cette « mythologie légale », comme l'appelle Frank. Dans cette opinion dissidente, exprimée en une forme mordante et caustique, la majorité de la Cour a été, au moins implicitement, accusée par la minorité d'avoir outrepassé son devoir et pouvoir judiciaires et d'avoir sanctionné une interprétation torturée de la constitution qui conduit à restreindre les pouvoirs du congrès par un acte arbitraire de volonté judiciaire (*judicial fiat*). Ce qui est présenté comme une application de la règle du droit ou l'effet pur et simple de la doctrine de l'*ultra vires* (dépassement de pouvoirs) dissimule un résultat beaucoup plus fondamental, à savoir que les « standards » de l'action législative aussi bien qu'administrative sont soumis à l'application ou la condamnation des juges, qui sont reconnus comme ayant un pouvoir de jugement définitif de leur validité. Quand elle prend comme guides des formules telles que « due process of law » ou « general welfare » (le bien-être public), ou quand elle procède à la démarcation entre les pouvoirs fédéraux et les pouvoirs des Etats quand les fonctions gouvernementales se recouvrent et s'entortillent nécessairement, la décision judiciaire intervient sur la base de l'admission consciente ou inconsciente de la désidérabilité sociale de certaines conséquences et le jugement qui est rendu est celui qui est présumé favoriser ces conséquences ⁽³⁹⁾. Quand ces standards imprécis sont appliqués par des juges « habitués à penser qu'il rentre dans la mission des cours de porter un jugement sur la sagesse de l'action législative », il est temps pour les membres honorés et respectés du plus haut des tribunaux de rappeler à leurs collègues et au peuple de la nation que « les cours ne sont pas les seules agences de gouvernement qui doivent être regardées comme la capacité de gouverner » ⁽⁴⁰⁾.

(36) Cf. Pound, *Mechanical Jurisprudence* (1908) 8. Columbia Law Review 605, et les décisions de Cours d'Etats de *Grimball v. Ross*. T. U. P. Charl. 175, 178 (Ga. 1808) et *Byrne v. Stewart*, 3 Des. 466, 477 (S. C. 1812).

(37) Le même langage a été employé par le Juge Sutherland dans *Massachusetts v. Mellon*. 262 U. S. 447; 488 (1923).

(38) Voir Jérôme Frank, *Law and the modern mind* (1930) et *Are Judges Human?* (1931) 80 University of Pennsylvania Law Review, 17, 231; Llewellyn. *A realistic jurisprudence*, (1930) 30 Columbia Law Review, 431, et *The Constitution as an Institution* (1934) 34 Col. L. Rev. 1; Powell, *The judicialty of minimum wage legislation*, (1924) 37 Harvard Law Review 545. Pour une comparaison de la « théorie mécanique » et de la théorie « de la libre décision juridique », voir mon article, *General observations on the effects of personal, political and economic influences in the decisions of judges*, (1922) 17 Illinois Law Review, 96.

(39) Walter Wheeler Cook, *Legal Methods* dans *Fifth Conference of Teachers of International Law* (1933) 56.

(40) Opinion dissidente du Juge Stone dans *United States v. Butler*, 56 Supreme Court Reporter 312, pp. 329 et s. (1936).

En réalité, les limitations rigides que la Cour fait sortir par interprétation de la Constitution, et auxquelles elle recourt pour réprimander sévèrement les départements législatif et exécutif, sont des limitations d'origine judiciaire lues dans la Constitution par des juges qui regardent avec défaveur les tendances gouvernementales au paternalisme et ont peu de respect pour le gouvernement populaire, tel qu'il est conduit par les membres des législatures et les représentants du pouvoir exécutif élus par le peuple ⁽⁴¹⁾. Un exemple d'une telle limitation apparaît dans l'interprétation de la théorie de la séparation des pouvoirs, actuellement employée comme maxime pour empêcher la délégation des pouvoirs législatif et administratif. Bien que la théorie de la séparation des pouvoirs ait été formulée et adoptée dans les constitutions de certains Etats depuis 1776, c'est un fait significatif que, pendant un siècle environ, les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire ont été fréquemment mêlés, malgré cette division théorique. Les législatures ont agi comme cours de dernier ressort et à maints égards exercé une suprématie virtuelle sur les autres départements. Elles ont délégué librement leurs pouvoirs à des agences de l'exécutif et parfois aux cours, l'inverse ne se produisant qu'exceptionnellement. Primitivement, la théorie de la séparation des pouvoirs a été employée pour protéger le judiciaire contre les interventions des législatures dans l'exercice des pouvoirs judiciaires et pour donner aide et sanction au développement de la doctrine du contrôle judiciaire de la législation ⁽⁴²⁾. Ceux qui sont responsables de l'adoption de la théorie de la séparation des pouvoirs comme l'un des traits caractéristiques du droit constitutionnel d'Etat et fédéral américain, affirme M. Bondy, étaient peu familiarisés avec la supposition qu'il est possible de classer les pouvoirs d'après leur nature intrinsèque. Telle qu'on l'entendait à cette époque, la théorie de la séparation signifiait que « tout pouvoir non expressément conféré par la Constitution à l'un ou l'autre des départements ou à une autorité gouvernementale, *quelle que fût sa nature*, pouvait être assumé par la législature ou délégué par elle à l'un des autres départements ou à une autre agence gouvernementale sans violer la clause de répartition des pouvoirs » ⁽⁴³⁾ : ce qu'exprimaient ces mots du Juge Story : « Quand nous parlons des trois grands départements du gouvernement et soutenons que cette séparation

(41) « La théorie paternaliste du gouvernement, dit le Juge Brewer, m'est odieuse. Le plus de liberté possible pour l'individu, le plus de protection possible pour lui et sa propriété, voilà à la fois la limitation aux pouvoirs du gouvernement et son devoir. » Opinion dissidente du Juge Brewer dans *Budd. v. New-York*. 143 U. S., 517, 551 (1892). Cette vue du juge Brewer devint plus tard la doctrine de la majorité de la Cour. Voir *Chicago, Milwaukee and St-Paul Ry. Co. v. Minnesota*. 134 U. S. 418 (1890); *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U. S. 578 (1897); *Lochner v. New-York*. 198. U. S. 45 (1905). Comparer aussi les vues du juge Peckham dans *in re Jacobs*, 98 N. Y. 98 (1885).

(42) Voir les lignes où Thomas Reed Powell expose que la théorie de la séparation des pouvoirs, en tant qu'elle concerne le gouvernement fédéral, « est devenue par décision judiciaire une règle de droit ». *Separation of powers : Administrative exercise of legislative and judicial power* (Juin 1912) 27 *Political Science Quarterly* 215. La plupart des cas auxquels Powell se réfère comme ayant donné force à la théorie de la séparation des pouvoirs ont été décidés après 1885, quand les Cours ont découvert de nouvelles significations pour le terme « *due process of law* ».

(43) William Bondy. *The separation of governmental Powers in theory and the constitutions* dans *Columbia University Studies in History, Economics and Public Law* (1896) 210.

est indispensable à la liberté publique, nous entendons la maxime en ce sens étroit... que sa vraie signification est que la totalité du pouvoir de l'un de ces départements ne doit pas être exercée par les mêmes mains qui possèdent la totalité du pouvoir de l'un ou l'autre des autres départements ». On pensait alors que cet exercice de l'ensemble du pouvoir d'un autre département pourrait détruire le principe d'une libre constitution ⁽⁴⁴⁾. C'est sur cette hypothèse que le gouvernement fédéral et les gouvernements d'Etats ont agi pendant près d'un siècle, en suivant l'instruction du Juge en Chef Marshall que « la différence entre les départements est indubitablement que la législature fait, l'exécutif exécute et le judiciaire interprète la loi; mais celui qui fait la loi peut remettre quelque chose à la discrétion d'autres départements, et la limite précise de ce pouvoir est sujette à de difficiles et délicates recherches dans lesquelles une cour de justice ne doit pas entrer sans nécessité » ⁽⁴⁵⁾.

Ce n'est pas avant les décades qui ont suivi la Guerre Civile que les cours d'Etat, imbues de l'esprit du *laissez-faire* économique et politique, et cherchant en conséquence des moyens de freiner la croissance des pouvoirs de contrôle populaire sur les affaires politiques et économiques, ont recouru à la théorie de la séparation des pouvoirs et au principe corrélatif de la non-délégation des pouvoirs ⁽⁴⁶⁾ en même temps qu'à la clause de « due process » comme instruments pratiques d'attaque contre ce que les juges estimaient être un exercice imprudent des pouvoirs législatif et exécutif. Ce précepte d'interprétation judiciaire fut alors annoncé que le pouvoir discrétionnaire, en tant qu'il concerne l'exercice des fonctions de l'Etat, est accordé par la théorie de la séparation des pouvoirs à la législature seule, et que le pouvoir exécutif ne pouvait agir qu'en fonction d'administration ou application de la loi. Par de nombreuses décisions de cours, cette théorie de création judiciaire fut opposée à la marche de développement de méthodes efficaces d'administration dans les Etats. Des lois sur les accidents du travail, sur les lotissements et les plans de développement urbain, sur le contrôle des droits sur les eaux, l'administration des lois du travail, la législation sur le bien-être public, et autres types de contrôle public, furent « nullifiées » par ce qui apparut à beaucoup de personnes comme des déclarations judiciaires restreignant indûment l'étendue du pouvoir législatif : déclarations basées sur la séparation des pouvoirs. Heureusement l'attitude, qu'avaient prise les juges en dressant ces obstacles à l'exercice du pouvoir législatif, s'est ensuite nettement modifiée. Le changement fut si marqué que Elihu Root en 1916, dans son discours présidentiel au meeting annuel de l'Association du Barreau Américain, a pu dire : « Nous entrons dans la période de création d'un corps de droit administratif entièrement différent dans sa machinerie, ses sanctions... des vieilles méthodes de réglementation par des lois spécifiques mises en force par les cours... En présence de ces agences [Commission du commerce entre Etats, Commissions de services publics, etc.] la vieille

(44) *Commentaries on the Constitution of the United States* (5^e édition, 1891) 1-393.

(45) *Wayman v. Southard*, 10 Wheaton 1 (U. S. 1825).

(46) Pour les données sur l'origine de cette dernière phase de la théorie cf. Duff-Whiteside. *Delegata potestas non potest delegari : A maxim of american constitutional law* (1923) 14 Cornell Law Quarterly 168.

doctrine qui prohibait la délégation du pouvoir législatif est hors de combat. Nous ne renoncerons plus à ces expériences. A mesure que nous avançons, nous les multiplierons, que nous les approuvions théoriquement ou non, parce que ces agences apportent une protection aux droits et opposent des obstacles aux malfaiteurs qui, dans nos nouvelles conditions sociales et économiques, ne pourraient être obtenus par la vieille et simple procédure des législations et des cours de justice, telle qu'elle fonctionnait dans la génération précédente » (47).

A l'audience de la Cour Suprême fédérale du 27 mai 1935, le Juge en Chef Hughes, dans le jugement où il exposa au nom de la Cour les raisons pour lesquelles elle déclarait inconstitutionnelles les dispositions essentielles de l'Acte sur le Redressement Industriel National, émit l'idée que, pour que les mesures administratives prévues pour la mise à exécution de cette loi fédérale pussent être constitutionnellement acceptables, il aurait fallu qu'elles comportent une procédure quasi-judiciaire du type de celle de la *Federal Trade Commission* (48) ou de la *Commission du Commerce entre Etats*, afin de donner l'assurance que l'action de la Commission sera exercée conformément au pouvoir qui lui est conféré par la loi et dans ses limites (49). Mais ce genre de procédure n'aurait d'autre effet que de réduire le Président et le Congrès à une impuissance à résoudre les problèmes qui doivent être réglés en vertu du *National Industrial Recovery Act*. En effet, la législature ne peut pas préparer et voter elle-même des codes « de pratiques commerciales loyales » pour des milliers de types de commerces et d'industries, ni même formuler en directives précises les « standards » à respecter dans l'établissement de tels codes. Le Président ne pourrait pas, sans retards exagérés et sans limitations excessives à son action, suivre la procédure [avec organisation d'appels de leurs décisions aux cours de justice] de la *Federal Trade Commission* ou de l'*Interstate Commerce Commission*, dans la mise en force de ces standards. Le résultat auquel aboutit une pareille jurisprudence a été exprimé [ailleurs] par la Cour en ces termes « arrêter les rouages du gouvernement et créer la confusion, sinon la paralysie dans la conduite des affaires publiques » (50). Une vue, plus raisonnable à la lumière des conditions modernes et des exigences effectives de l'administration publique, a été présentée par le juge de circuit Manton en citant le texte de récentes décisions. « Le Congrès légifère sur la matière aussi loin que c'est raisonnablement praticable ; mais des circonstances de la cause ressort l'utilité de laisser aux agents de l'exécutif la tâche d'atteindre le but visé par la loi. Dénier au Congrès le pouvoir de déléguer cette mission ce serait en fait déclarer que les pleins pouvoirs déferés au Congrès pour réglementer le commerce entre Etats et avec l'étranger ne pourront pas être exercés efficacement » (51).

(47) 41 American Bar Association Reports, 368-369.

(48) [Sur la procédure, ainsi que sur les origines, le rôle et l'organisation de cette grande commission fédérale, voir le tome 13 de la Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon : Max J. Wasserman, *L'œuvre de la Federal Trade Commission, La dernière phase de la législation américaine contre les trusts, la spéculation illicite et les pratiques commerciales déloyales.*]

(49) *A. L. A. Schechter Poultry Co. v. United States* 295 U. S. 495 (1935) ; 55 Supreme Court Reporter 837.

(50) *Union Bridge Company v. United States*, 295 U. S. 495 (1925).

(51) 76 Federal Reporter (2 d) 617, 621 (1935).

Mais, dans le jugement du 27 mai 1935, ainsi que dans un autre procès constitutionnel également dirigé contre la loi sur le redressement industriel national — le cas de la *Panama Refining Company* — ⁽⁵²⁾, le Juge en Chef Hughes avec l'approbation de ses collègues a exprimé son ressentiment contre les tendances modernes au développement d'un droit administratif et aux vues qu'il avait développées antérieurement ⁽⁵³⁾, il a joint d'ardentes critiques des méthodes récentes de l'administration publique, critiques semblables à celles d'un haut magistrat anglais Lord Hewart ⁽⁵⁴⁾ qui considère les tendances modernes du droit administratif comme le « nouveau despotisme » et du professeur C. K. Allen, de l'Université d'Oxford qui désigne ces mêmes tendances comme « le triomphe de la bureaucratie » ⁽⁵⁵⁾. Toutefois, une enquête parlementaire, faite à la suite de ces critiques, n'a pas trouvé grand chose à reprocher à la politique anglaise de délégations étendues de pouvoirs aux agences administratives ⁽⁵⁶⁾. L'usage de donner aux ministres, non seulement l'autorité pour administrer, mais aussi une compétence étendue pour faire la loi, est maintenant une règle généralement approuvée du gouvernement anglais ⁽⁵⁷⁾.

POUVOIR DE RÉGLEMENTER LE COMMERCE

En statuant sur les procès constitutionnels dirigés contre la loi sur les retraites des cheminots et contre la loi sur le redressement industriel national, la Cour Suprême des Etats-Unis a interprété le terme « commerce entre Etats » d'après la théorie de James Madison, suivant laquelle les diverses parties d'un même organe doivent être traitées de façon que chacune d'elles ait sa signification propre, et la Constitution et les lois votées sous son autorité doivent permettre aux Etats et au gouvernement fédéral de fonctionner de façon satisfaisante et sans empiétement excessif l'un sur l'autre des divers départements du gouvernement dans l'exercice de leurs fonctions. Cependant, quoique la Cour Suprême ait parfois entendu les limitations à appliquer aux pouvoirs fédéraux de la façon dont les avait envisagés Madison dans sa doctrine fédéraliste ⁽⁵⁸⁾, ses interprétations ont plus fréquemment cherché à étendre la portée et la signification des pouvoirs qui peuvent être exercés en vertu de la clause commerciale et à restreindre la compétence des Etats en matière de réglementation et de taxation du commerce. Déjà avec la décision du Juge en Chef Marshall dans *Brown v. Maryland* ⁽⁵⁹⁾, il a commencé à être rendu clair que les Etats se

(52) *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U. S. 388 (1935) 55 Sup. Ct. Rep. 241.

(53) *New-York Times* du 13 février 1931, p. 8.

(54) *The New Despotism*, Londres, 1929.

(55) *Bureaucracy triumphant*, Londres, 1931.

(56) Rapport du Comité Donoughmore présenté au Parlement en avril 1932. Cf. Willis, *The parliamentary powers of english department* (1933) pp. 174 et s.

(57) Pour une étude plus complète de la législation déléguée en Angleterre consulter Willis, *op. cit.* supra note 46.

(58) Edward S. Corwin a analysé les idées de Madison sur le fédéralisme dans *Congress' Power to prohibit Commerce : Crucial Constitutional Issues* (1933), 18 Cornell Law Quarterly 477, 481.

(59) 12 Wheaton 419 (U. S. 1827).

voient en fait interdire toutes interventions substantielles dans la réglementation du commerce et que le gouvernement fédéral a le devoir de tenir les canaux du commerce entre Etats à l'abri des obstructions pour en assurer le cours régulier et continu.

« Le génie ou la nature du gouvernement d'ensemble paraît être », a dit Marshall, « que son action doit s'appliquer à toutes les affaires extérieures de la nation, et à celles des affaires intérieures qui intéressent ces Etats en général, mais non pas à celles qui se cantonnent complètement à l'intérieur d'un Etat, n'intéressent pas les autres ».

Dans les dernières années, la Cour a adopté la doctrine que le gouvernement fédéral n'a pas seulement autorité pour réglementer directement le commerce entre Etats, mais qu'il a aussi le devoir de protéger ce commerce contre les troubles qui pourraient lui être causés indirectement par des facteurs et des influences à l'intérieur des Etats. Dans *United Mine Workers v. Coronado Coal Company* ⁽⁶⁰⁾, le Juge en Chef Taft ⁽⁶¹⁾ a dit : Il ressort clairement de ces cas ⁽⁶²⁾ que, si le Congrès estime que certaines pratiques courantes, quoique ne faisant pas réellement partie du commerce entre Etats, sont de nature à l'obstruer, le restreindre ou lui imposer une charge, il a le pouvoir de les soumettre à une surveillance ou une répression nationale ». Il a ainsi confirmé une vue déjà exprimée un certain nombre d'années avant par le Juge Holmes quand il suggérait que le Congrès avait autorité pour intervenir « dans les cas où cette intervention était estimée nécessaire pour la protection du commerce entre les Etats » ⁽⁶³⁾. En s'inspirant de ce raisonnement, le Juge de Circuit Manton a émis l'opinion que les traits essentiels de l'Administration de la loi sur le redressement industriel national, aussi bien que les autres formes récentes de la législation fédérale, auraient pu être déclarés constitutionnellement admissibles, en observant que « des pratiques commerciales qui, en temps normal, n'auraient pu avoir qu'un effet indirect et accidentel sur le commerce entre Etats peuvent peser lourdement sur ce commerce dans une période de surproduction, de concurrence déloyale et de pouvoir réduit d'achat » ⁽⁶⁴⁾.

D'un autre point de vue encore, la décision de la Cour aurait pu, dans les deux cas ci-dessus [où l'inconstitutionnalité de la *Nira* a été admise] être favorable à l'exercice des pouvoirs fédéraux. Bien que la doctrine, formulée par le Juge en Chef Jay et acceptée par la majorité des Fédéralistes, qu'il y a place pour un « *common law* » des Etats-Unis, ait été rejetée dans *United States v. Hudson and Goodwin* ⁽⁶⁵⁾, et que la doctrine du

(60) [La traduction des parties essentielles et l'étude de cette décision forment l'objet d'un des derniers chapitres du tome VI de la Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon : Lambert et Brown, *La lutte judiciaire du capital et du travail organisés aux Etats-Unis*.]

(61) 259 U. S. 344. 408 (1922).

(62) Les cas auxquels il est fait allusion sont *Swift and Co. v. United States*, 196 U. S. 375 (1905); *United States v. Patten*, 226 U. S. 523 (1913); *United States v. Ferger*, 250 U. S. 199 (1919); *Railroad Commission of Wisconsin v. Chicago B & Q. Rr. Co.*, 257 U. S. 563 (1922); *Stafford v. Wallace*, 258 U. S. 495 (1922).

(63) *Swift and Co. v. United States*, 196. U. S. 375, 400 (1905).

(64) *United States v. Schechter Poultry Corporation*, 76 Federal Reporter (2 d) 620 (1935).

(65) 7 Cranch 32 (U. S. 1812).

Cas Goodwin ait été maintes fois approuvée, néanmoins cette dernière doctrine a été en fait considérablement modifiée par une série de décisions qui ont suivi la Guerre Civile. Quand le Congrès a commencé à réglementer, avec l'approbation des cours, les loteries ⁽⁶⁶⁾, le trafic de l'opium ⁽⁶⁷⁾, les connaissements ⁽⁶⁸⁾ et des transactions similaires rentrant dans le champ du commerce, la Cour a adopté ce raisonnement que le transport de personnes ou de marchandises estimées malfaisantes ou nuisibles aux intérêts du bien-être public peut être réglementé par le Congrès et qu'au besoin elles peuvent former l'objet d'interdictions par lui de les transporter par les canaux du commerce entre Etats. Quand la réglementation souhaitée ne pouvait pas être atteinte par la réglementation du commerce entre Etats, des mesures ont été prises pour y arriver par le moyen de taxations de caractère prohibitif. Par cette sorte de « législation couverte », comme l'a appelée le Juge Hough ⁽⁶⁹⁾ un type de pouvoir de police fédéral s'est établi comme l'un des traits caractéristiques du système fédéral ⁽⁷⁰⁾. La Cour a toutefois réclamé une halte, au moins temporaire de ce type de contrôle fédéral sur les affaires à l'intérieur des Etats, en condamnant les lois sur le travail des enfants et sur les spéculations sur les grains ou d'autres produits de la terre (*Future Trading Acts*) ⁽⁷¹⁾.

En dépit du raisonnement tenu par les juges dans le [second] *cas du travail des enfants*, le développement graduel d'un pouvoir fédéral de police sur les actes nuisibles et criminels dans des transactions qui intéressent plus d'un Etat en vertu du principe — que la Cour a approuvé en diverses occasions — que les actes qui ont un effet indirect sur le commerce sont exclus du contrôle par les Etats, a ouvert la voie à une approbation d'Actes du Congrès semblables à ceux qui avaient été antérieurement condamnés par la Cour. Ainsi, le résultat du développement du pouvoir de police fédéral par une application étendue de la clause de commerce et par le contrôle sur les affaires, même à l'intérieur des Etats, au moyen du pouvoir de taxation, a été qu'on commence à prendre comme base d'action gouvernementale l'hypothèse que le gouvernement est autorisé, comme on l'avait soutenu dans la convention de Philadelphie et comme l'avaient énergiquement affirmé les chefs fédéralistes — à légiférer quand une nécessité urgente le

(66) *Champion v. Ames*, 188 U. S. 321 (1903).

(67) *United States v. Doremus*, 249 U. S. 86 (1919).

(68) *United States v. Ferger*, 250 U. S. 199 (1919).

(69) D'après le juge Hough « Le Congrès a finalement choisi le pouvoir de taxation plutôt que le monopole postal comme support pour la réglementation d'affaires qui presque invariablement se cantonnent dans les limites d'un Etat et ne sont pas affectées par un usage public. *Covered legislation and the Constitution* (1917), 30 Harvard Law Review, 801 [Sur le rôle de la législation couverte ou législation par ricochet cf. Edouard Lambert : *Les tendances à l'unification du droit aux Etats-Unis*, dans Bulletin de la Société de Législation Comparée, 1923, pp. 147-153.]

(70) La marche de développement graduel d'une police du pouvoir national avec l'approbation des Cours a été suivie par Cushman dans ses études sur *Police Power of the National Government*, 4 Minnesota Law Review (1920) 242 et 402, et 5 (1921) pp. 1 et s.

(71) *Hammer v. Dagenhart*, 247 U. S. 251 (1918); *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, 259 U. S. 20 (1922) et *Hill v. Wallace*, 259 U. S. 44 (1922). Mais, si dans ce dernier cas une loi sur les marchés à terme et bourses de commerce des grains, a été annulée, un *Grain Futures Act* postérieur, basé sur la clause de commerce, a été approuvé dans *Board of Trade v. Olsen* 262 U. S. 1.

requiert pour les intérêts généraux des Etats-Unis, et à assumer les fonctions pour lesquelles les Etats sont séparément incompétents ⁽⁷²⁾.

Que la Cour Suprême aurait pu aussi approuver l'Acte de redressement industriel national en vertu de son propre raisonnement dans des décisions antérieures, c'est ce qui apparaît quand on examine sa pratique et ses précédents quant à l'exercice de pouvoirs extraordinaires pour faire face aux situations antérieures d'*emergency* ⁽⁷³⁾ (survenance d'événements graves et imprévus, état de crise ou de péril public). Si le N. R. A. est inconstitutionnel, les diverses phases des activités et des fonctions accomplies par le gouvernement fédéral de 1914 à 1920 sont aussi frappées d'invalidité, du moment où l'on ne veut plus tenir compte des pouvoirs exceptionnels accordés aux départements législatif et exécutif pendant les périodes de crise ou danger (*emergency*) antérieures. Les pouvoirs conférés au président Wilson ⁽⁷⁴⁾, quand le Congrès l'a chargé comme général en chef de gagner la guerre, ont été non moins larges et non moins généraux que ceux qui ont été accordés au président Roosevelt pour procéder au redressement de certains des résultats désastreux d'une dépression économique. La Cour n'aurait-elle pas pu admettre sur la base de ces précédents que la nation se trouvait en 1933 en face d'une *emergency* comme cela s'était produit en 1916-1917 ? ⁽⁷⁵⁾. Pour employer les paroles mêmes de la Cour, on peut dire que « évidemment les circonstances peuvent changer avec le temps ou différer dans l'espace de façon telle qu'elles fassent revêtir un intérêt public à ce qui en d'autres temps ou d'autres lieux serait une matière d'intérêt purement privé » ou, comme la Cour s'est exprimée en une autre occasion, « la limitation de son autorité à la durée nécessaire pour lutter contre une crise passagère peut bien justifier une loi qui ne saurait être admise en tant que législation permanente » ⁽⁷⁶⁾. Le fait que les Actes du Congrès qui avaient eu pour but de faire face à l'*emergency* de la guerre, et la délégation générale de pouvoirs au président Wilson, n'avaient pas soulevé d'opposition de la Cour, avait conduit à la conclusion que « le pouvoir du gouvernement fédéral pour poursuivre une guerre est aussi étendu que le demandent les besoins de la situation ».

(72) V. Stern, *That Commerce which concerns more States than one*, 47 Har. L. Rev. 1351.

(73) [Sur la place de la théorie de l'*emergency* dans la jurisprudence constitutionnelle américaine cf. Ed. Lambert, *Quatre années d'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis. Mélanges Hauriou*, 1929, pp. 29 et ss. du tirage à part.]

(74) « Les pouvoirs du Président Wilson, dit le professeur Fenwick, ont été si grands qu'il était alors dans une situation virtuelle de dictateur sur un vaste champ couvrant toutes les activités du peuple qui, dans l'opinion du Congrès, pouvaient... contribuer à fortifier l'arme militaire du gouvernement. » *Political systems in transition*, (1920) 133.

(75) Le Président Roosevelt, en prêtant le serment d'entrée en fonctions a dit : « Je demanderai au Congrès, pour soutenir la guerre contre l'*emergency* [actuelle], un pouvoir exécutif aussi large que celui qui me serait donné si nous étions envahis, en fait, par un ennemi du dehors. »

(76) *Wilson v. New*, 243 U. S. 332 (1917); *Block v. Hirsch*, 256 U. S. 135 (1921). Que les Cours puissent appliquer un « standard » de constitutionnalité différent quand « l'*emergency* cesse ou les faits changent », c'est ce qui a été reconnu dans l'« opinion » du Juge Holmes sur le cas de *Chastleton Corporation v. Sinclair*, 264 U. S., 543 (1924). [Sur cet arrêt, et les deux degrés d'inconstitutionnalité qui se dégagent de la théorie de l'*emergency*, cf. le passage précité (note 63) de la contribution de Ed. Lambert aux *Mélanges Hauriou*.]

Le pouvoir assumé pendant la guerre mondiale par le Congrès et le Président — qui a été approuvé par la Cour Suprême dans diverses applications importantes comme la Loi Adamson sur la journée de huit heures dans les chemins de fer et les lois interdisant l'augmentation des loyers — semblait conduire à sa conclusion logique une ligne de raisonnement et d'interprétation de la Constitution qui avait commencé avec Hamilton, et d'après laquelle, quand l'intérêt public et le bien-être général le demandent, toute autorité qui peut être nécessaire pour faire face à une *emergency* et les pouvoirs exceptionnels qui peuvent être désirables pour remplir en temps de paix les fins normales du gouvernement, peuvent être assumés par le gouvernement fédéral sans qu'il soit nécessaire de recourir à un amendement à la Constitution. Car il est à noter que le processus d'extension des pouvoirs fédéraux par voie d'interprétation pour les amener progressivement au point qui peut sembler désirable au Président et au Congrès a tendu, — en dépit de quelques exceptions — à devenir la politique fixée de notre pays, politique réalisée par de simples interprétations extensives des termes et phrases de la Constitution fédérale.

Il y avait eu naturellement des réactions momentanées par lesquelles les Cours fédérales avaient rappelé au Congrès et au Président que la Constitution est destinée à assurer le fonctionnement continu d'un système de dualisme entre le gouvernement d'Etat et le gouvernement fédéral fonctionnant en même temps, et que ni l'un ni l'autre ne peut empiéter gravement sur les attributions appartenant à l'autre. Mais ces réactions avaient tendu simplement à ralentir ce qui apparaissait comme une marche inévitable de centralisation, basée sur des demandes de plus en plus insistantes de l'opinion publique — motivées par une transformation des conditions sociales et économiques — d'où il est résulté que les affaires, l'industrie, l'agriculture et les relations commerciales sont devenues en général nationales dans leurs opérations essentielles, ce qui rend vains les efforts faits pour retenir leur force et leur action dans les limites d'Etat.

LA SITUATION CRÉÉE PAR LES ORIENTATIONS ACTUELLES DU CONTROLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS

Pendant plus de quarante ans après son établissement la Cour Suprême a conçu son devoir et sa fonction comme étant de favoriser la centralisation et les courants nationalistes de l'époque. Dans une nation bâtissant un empire politique et industriel, les juges adoptèrent des principes compatibles avec le progrès et l'expansion. Cette attitude de « haute vision judiciaire dans un esprit d'hommes d'Etat », comme on l'a fréquemment appelée, fortifia le judiciaire dans l'estime publique et assura son succès comme force de stabilisation du gouvernement. Pendant les cinquante dernières années, cependant l'attitude des juges a été orientée vers la recherche de limites aux activités et fonctions du gouvernement. Les avenues des réglementations publiques, d'Etats ou fédérales, ont été en conséquence étroitement limitées (*cabined and confined*). Le regard des juges s'est tourné vers le passé plutôt que vers l'avenir; leur sens d'hommes d'Etat — si on peut encore l'appeler ainsi — s'est tourné principalement vers le maintien du

status quo. Et, dès lors, en un temps où les éléments désorganiseurs ou destructifs de la vie industrielle demanderaient à être combattus avec plus d'activité que jamais par les agences législative et exécutive de gouvernement, les cours ont adopté une politique de chiens de garde, en refusant de permettre au gouvernement de réglementer les formes les plus importantes de la vie sociale et industrielle (77).

Il en est finalement résulté, comme l'avait prévu le Juge White, que « les gouvernements, d'Etat et fédéral, sont également dépourvus par l'effet de la Constitution des Etats-Unis d'un pouvoir qui doit appartenir à tout gouvernement [de peuple] civilisé et résider dans l'un ou l'autre de ses organes » (78). Qu'on se rende compte que, d'après les critères constitutionnels actuels et leurs gloses judiciaires, ni le Congrès ni les Etats ne peuvent réglementer pleinement et efficacement le trafic à la fois entre les Etats et à l'intérieur des Etats, que ni le Congrès ni les Etats ne peuvent imposer une réglementation sérieuse aux compagnies de *holdings* ou aux *pools* ou aux *trusts*, que ni le Congrès ni les Etats ne peuvent réglementer, — de façon à en éliminer des conditions ou situations estimées généralement indésirables et injustes — ni le travail des enfants, ni le chômage, ni les salaires, ni les heures de travail ou les prix. Et il deviendra apparent que la doctrine américaine d'un gouvernement à pouvoirs limités — telle qu'elle a été appliquée par les cours de justice — aboutit à une forme de paralysie politique (79). Les décisions de la Cour Suprême des Etats-Unis, approuvant des lois de temps de crise (*emergency*) par des Etats — dans le *Cas du Moratorium du Minnesota* (80) et dans le *Cas de la loi de New-York sur le contrôle du lait* (81) — quoiqu'indiquant une tendance à recourir à des critères plus libéraux pour le contrôle des Actes législatifs, ont été interprétées de façon à fort peu réagir sur le champ normal ou durable de la réglementation publique.

Le contrôle judiciaire des Actes du Congrès aussi bien que de ceux des Etats a donc tendu à encourager une forme de législation judiciaire, dont le principal objectif est de fermer quelques-unes des avenues du contrôle public, à moins que les décisions judiciaires ne puissent être renversées par la procédure incommode des amendements constitutionnels. Il a fait de la Cour Suprême l'une des principales agences législatives de la

(77) « Dans la situation actuelle..., dit le doyen Garrison, la question est de savoir non pas comment les fonctions gouvernementales seront partagées, mais si nous serons gouvernés », dans *The Constitution and the Future*, New Republic du 29 janv. 1936, p. 328.

(78) *Andrews v. Andrews*, 188 U. S., 15, 32 (1903).

(79) « Il n'a jamais été supposé depuis l'adoption de la Constitution que les métiers de boucher, de tailleur ou de casseur de bois, de chef d'exploitation minière ou de mineur soient revêtus d'un intérêt public tel que le prix de leurs produits ou de leurs salaires puisse être fixé par une réglementation d'Etat. » *Wolff Packing Co. v. Industrial Court* 262 U. S. 522, 537 (1923). Voir aussi les décisions condamnant d'autres lois d'Etats réglementant des industries: *Fairmont Creamery Co. v. Minnesota*, 274 U. S. 1 (1926) — réglementation de la vente des crèmes — *Williams v. Standard Oil Co.*, 278 U. S. 235 (1927) — réglementation des prix de vente de gasoline — *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U. S. 262 — contrôle de la fabrication et la vente de glace.

(80) *Home Building and Loan Association v. Blaisdell*, 290 U. S. 398, (1934).

(81) *Nebbia v. New-York* 291 U. S. 502 (1934). [Cas partiellement traduit en français et en allemand dans 9 *Recueil International de Jurisprudence du Travail* (1933) Etats-Unis, n° 1, 2° espèce.]

nation. Mais ses activités législatives sont exercées pour la majeure partie d'une manière négative et destructive ⁽⁸²⁾. Et la législation judiciaire dans le champ du droit constitutionnel est sujette aux mêmes infirmités qui la caractérisent dans le champ du droit privé de formation judiciaire (*common law*). Quoique les juges soient influencés par les croyances et les sentiments de leur temps, il est probable qu'ils seront encore plus guidés par leurs habitudes professionnelles et les façons de penser des groupes auxquels ils sont normalement associés. En outre ils sont plus portés à se préoccuper de la logique et de la symétrie du droit que des objets et des politiques à atteindre par son moyen ⁽⁸³⁾. Il faut donc plutôt s'attendre à ce que les juges ne voient pas favorablement de nouvelles aventures législatives et cherchent à trouver des limites aux pouvoirs gouvernementaux autres que celles qui ont été expressément définies dans la Constitution.

Les juges ont fréquemment noté, à la suite du Chancelier Kent, qu'ils peuvent décider d'abord ce qui est juste et opportun, et chercher ensuite des précédents pour justifier leur solution. Cette observation s'applique tout particulièrement à certaines phases de l'interprétation constitutionnelle. Le langage de la Cour, aussi bien que son attitude générale, montrent clairement qu'elle s'est faite une opinion défavorable des récents Actes du Congrès et qu'elle a recouru, par suite, à des raisonnements juridiques qui puissent sanctionner l'opinion qu'elle s'était déjà formée. Elle semble avoir oublié la position bien établie qu'elle avait prise en interprétant la Constitution comme un « document destiné à établir un gouvernement pour une Nation ». On ne saurait imaginer de situation plus décourageante et plus déprimante que la présente démoralisation de l'administration fédérale, due à un défaut d'accord, de compréhension mutuelle et de coopération entre les départements législatif et exécutif et le département judiciaire du gouvernement.

On peut tenir comme faits admis que des erreurs et des maladroites ont été commises, et dans l'établissement de la législation et dans son administration. Mais ces erreurs n'ont pas été dues à un défaut de compréhension de la signification et du rôle de la Constitution. Des autorités éminentes du droit constitutionnel peuvent trouver ample justification pour les Actes votés par le Congrès, et dans le langage exprès de ce monument et dans son amplification par la construction judiciaire. Les résultats désastreux actuels du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois ne peuvent conduire qu'à cette seule conclusion que, si l'on désire un gouvernement qui soit capable de faire face aux exigences de la société industrielle moderne, il faut donner aux départements législatif et exécutif du gouvernement compé-

(82) « Annuler une loi, dit le professeur Hans Kelsen, est établir une règle générale; car l'abolition d'une loi a (le même) caractère de généralité que sa création, n'étant, pour ainsi dire, qu'une façon négative de faire la loi — par conséquent une des formes de la fonction législative. Une cour... qui a le pouvoir d'annuler les lois est par conséquent un organe du pouvoir législatif. » *La garantie juridictionnelle de la Constitution* (1928) 45 *Revue du Droit Public* 197. Sur certaines modifications à la pratique et la procédure du contrôle judiciaire, basées sur la notion que cette fonction des Cours est d'une nature essentiellement législative, voir Grant, *Judicial review under the Austrian Constitution of 1920*, (1934), 28 *American Political Science Review*, 670 et s.

(83) Dicey. *Lectures on the relation between law and public opinion during the Nineteenth Century* (1905) 361.

tence pour remédier aux situations de crise (emergencies) et réaliser les volontés du peuple ⁽⁸⁴⁾.

LA NÉCESSITÉ D'UNE RÉFORME CONSTITUTIONNELLE ET LES MOYENS DE LA RÉALISER

Si la notion du commerce entre Etats reste cantonnée dans les limites indiquées par les critères annoncés par la Cour dans les procès constitutionnels relatifs à la *loi sur les retraites des cheminots*, et à la *loi de redressement industriel national* — et si les pouvoirs d'imposer et de dépenser du Congrès restent soumis aux restrictions imposées par la décision sur l'*Acte de rajustement de l'Agriculture* — une large interprétation de l'autorité fédérale a été définitivement rejetée et la Constitution est devenue un instrument insusceptible d'adaptation aux conditions sociales de la vie moderne. « Les pouvoirs non accordés par elle sont prohibés. Il n'existe point de pouvoir de réglementer la production agricole », a déclaré le Juge Roberts dans le cas de l'*Agricultural Adjustment Act*, « et, par conséquent, toute législation à cette fin par le Congrès est interdite » ⁽⁸⁵⁾. Ainsi se trouve ajouté au dixième amendement ⁽⁸⁶⁾ le mot « expressement », mot que le Juge en Chef Marshall remarquait avec insistance être étranger à cet amendement, quand il se refusait à adopter les vues de Jefferson et approuvait, au contraire, ces paroles d'Hamilton, citées par le Juge Stone dans son opinion dissidente [sur le cas de l'A.A.A.]. « Si la fin est légitime, elle est dans le champ de la Constitution et tous les moyens qui sont appropriés, qui sont clairement adaptés à cette fin, ne sont point interdits, mais, étant en accord avec la lettre et l'esprit de la Constitution, sont constitutionnels » ⁽⁸⁷⁾. Après plus d'un siècle d'interprétation libérale, s'inspirant de la formule d'Hamilton, — telle qu'elle avait été développée par Marshall et ses successeurs —, avec assez peu d'exceptions pour ne pas freiner sérieusement le courant principal de l'interprétation constitutionnelle, le gouvernement fédéral, par une série de décisions récentes des cours, est déclaré être confiné dans des limites semblables à celles qu'avait préconisées Thomas Jefferson. On nous demande ainsi de vivre dans les lisières

(84) « Aucune grande nation, dit Harold J. Laski, qui a à résoudre des problèmes proportionnés à sa grandeur, ne voudra soumettre le contrôle de sa politique à une majorité d'entre neuf hommes qui ne sont pas appelés à rendre compte de leurs actions. Quand un défaut d'harmonie aussi fondamental persiste, l'heure est venue d'une révision constitutionnelle. » Dans sa récession du livre de Corwin (*The Twilight of the Supreme Court*, 1935), 44 Yale Law Journal, 1126.

(85) Opinion de la majorité dans *United States v. Butler*, 56 Supreme Court Reporter 320 (1936).

(86) Le X^e amendement dit : « Les pouvoirs qui ne sont ni délégués par la Constitution des Etats-Unis, ni interdits par elle aux Etats, sont réservés aux Etats respectivement ou au peuple ». Sur le rôle qu'a joué Marshall, en y sous-entendant à la suite du mot délégués le mot « expressement » et sur les discussions auxquelles donna lieu dans la période antérieure à la Guerre de Sécession la théorie des pouvoirs implicites, qui en est sortie, voir le second volume de l'*Histoire constitutionnelle de l'Union Américaine* de Jacques Lambert, pp. 86-106. Note du trad.

(87) *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheaton 316, 421 (U. S. 1816). Voir *The Works of Alexander Hamilton* Lodge éd. 1885-86, 458.

de la Constitution, telles qu'elles ont été tracées par le langage littéral de la Constitution et l'interprétation judiciaire qui en a été déduite, jusqu'à ce que le X^e amendement puisse être à son tour régulièrement amendé — quel que puisse être l'effet de cette attitude pour la Nation. Il faut rappeler, d'ailleurs, que Jefferson apportait un tempérament à cette interprétation restrictive en conseillant qu'il soit apporté à la Constitution de fréquents amendements et une révision totale, au moins pour chaque génération. Une constitution, qui ne peut pas être élargie par l'interprétation ou promptement amendée pour faire face aux conditions d'une société économique et industrielle moderne, doit ou bien être mise au rancart ou former l'objet d'une révision systématique.

La version modernisée de la doctrine de Jefferson-Madison, à laquelle la Cour Suprême paraît actuellement s'être attachée, signifie qu'il ne peut point y avoir de programmes ou de plans économiques ou politiques nationaux consistants, que le progrès dans la poursuite de politiques nationales ne peut se produire que par secousses et bonds, que les périodes de marche en avant doivent être suivies de périodes de paralysie politique. Un pareil état de choses nous amène à conclure qu'il faut, ou bien que la Constitution actuelle soit révisée de façon à assurer au gouvernement fédéral les pouvoirs indispensables pour remédier à ceux des inconvénients de cette situation que les Etats pris isolément sont impuissants à écarter, ou à faire disparaître quelques-unes des chaînes qui entravent l'action des Etats, ou bien que des mesures soient prises pour assurer une forme de suprématie législative nationale.

Il n'est pas douteux que le temps est venu de songer sérieusement à la convocation d'une Assemblée (Convention) Constitutionnelle et à la réalisation du plan, trop longtemps délaissé, de révision périodique tracé jadis par Jefferson. Tous ceux qui désirent voir organiser un système de gouvernement apte à résoudre les problèmes complexes de la vie moderne doivent le souhaiter (88).

Pour la majeure partie, sauf quelques articles désuets, les dispositions actuelles de la Constitution pourraient être gardées, en s'efforçant toutefois d'écarter quelques-uns des « freins et balances » qui ont été délibérément insérés dans la Constitution pour empêcher une action libre et efficace. Des arrangements plus définis pourraient être prévus pour assurer la coopération des départements législatif et exécutif. Des changements importants seraient nécessaires dans le sens d'un accroissement des pouvoirs fédéraux. Compétence devrait être donnée au gouvernement fédéral pour réglementer le commerce, l'industrie et les affaires aussi bien à l'intérieur des Etats qu'entre Etats, dans la mesure où c'est nécessaire pour réaliser des politiques nationales. Il faudrait qu'on donne au gouvernement fédéral autorité pour assurer une direction uniforme du droit pénal et de la procédure criminelle, aussi bien que le pouvoir de développer des « standards » et assurer l'uniformité dans le champ de la législation sociale et économique. Des moyens devraient être créés aussi pour permettre l'extension de plans ou programmes régionaux d'organisation

(88) Dans son étude : *The Need for Constitutional Reform* (1935) le professeur W.-Y. Elliot développe des arguments décisifs en faveur d'une révision complète de la Constitution et présente de suggestives propositions à soumettre à l'examen de cette « convention

et d'administration du gouvernement. Il importe d'ailleurs de signaler que la proposition d'accroître les pouvoirs du gouvernement fédéral s'accorde avec les dispositions et la pratique constitutionnelles des autres systèmes fédéraux de gouvernement ⁽⁸⁹⁾.

Il conviendra avant tout de se préoccuper de faire disparaître les freins et la paralysie de l'activité politique résultant de la révision judiciaire des Actes législatifs. Pour réajuster les pratiques généralement suivies aujourd'hui dans l'exercice de ce pouvoir, il sera nécessaire de distinguer trois types de contrôle judiciaire. Le premier de ces types est celui qui consiste à examiner si la procédure requise a été observée dans l'établissement de la loi, si par exemple une mesure législative a été approuvée par les deux Chambres, et si aucune irrégularité n'a vicié le processus de discussion ou d'émission de la loi. Ce type de contrôle judiciaire est admis dans la plupart des pays qui ont des constitutions écrites. Même là où prévaut la suprématie législative, comme en France et en Belgique, on reconnaît que les cours ont autorité pour constater ces irrégularités procédurales.

Un second type de contrôle judiciaire des actes législatifs constitue l'un des rouages importants de gouvernement dans tous les systèmes fédéraux. Quelque arbitre doit être autorisé à trancher les conflits qui peuvent s'élever entre les organes fédéraux et les organes des Etats, quand ils empiètent sur leurs droits et fonctions respectifs ⁽⁹⁰⁾. Quand les dispositions des constitutions sont relativement claires, et que les pouvoirs y ont été expressément distribués entre les agences nationales et les agences locales, ce type juridictionnel de contrôle de la législation n'est de nature à saisir les cours que d'un très petit nombre de procès. Le principal objet d'une révision constitutionnelle, en ce qui concerne ce type de contrôle, devra être de rendre la division des pouvoirs entre les agences fédérales et les agences locales aussi claire et précise que possible et d'éviter des formules, comme « due process of law » et « égale protection des lois », qui encouragent les juges à se livrer à une forme peu recommandable d'activité législative. Cette seconde forme de contrôle de la législation fonctionne de la façon la plus avantageuse là où, comme en Suisse, au correctif des

(89) Compétence est accordée au gouvernement national de l'Argentine d'édicter des codes civil, commercial, pénal et minier et de « pourvoir à tout ce qui conduit à la prospérité du pays, au progrès et au bien-être de toutes les provinces, et à l'avancement et à l'instruction du peuple », article 67, §§ 11 et 16. Le Parlement d'Australie a le pouvoir « de faire des lois pour la paix et le gouvernement de la république [fédérale], d'accorder des primes à la production ou pour l'exportation des marchandises, de réglementer les sociétés (*corporations*) étrangères et les corporations commerciales ou financières, et d'édicter des lois sur les matières matrimoniales, les pensions aux invalides et aux vieillards, la conciliation et l'arbitrage », article 51. Le gouvernement du Dominion au Canada a autorité « pour faire des lois pour la paix, le bon ordre et le bon gouvernement du Canada en relation avec toutes les matières qui ne rentrent pas dans les classes de sujets réservées exclusivement aux législatures des provinces ». Article 91. Le gouvernement fédéral de la Suisse a le pouvoir d'édicter des réglementations pour l'exercice du commerce et les manufactures aussi bien que sur le droit criminel. Articles 31 et 64.

(90) Pour la défense de l'application de la règle fédérale de suprématie législative dans un système fédéral de gouvernement, consulter William E. Rappard, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales aux Etats-Unis et en Suisse*. (Bâle, 1934), et pour une brève analyse du contrôle judiciaire de la législation au Canada et en Australie, mon livre : *The american doctrine of judicial supremacy* (2^e édition, 1932, 538, 578.

amendements constitutionnels est ajoutée la reconnaissance au législatif d'une autorité pour intervenir quand la nécessité ou le bien-être publics l'exigent, ou là où, comme au Canada et en Australie, les phrases vagues et non définies ont été écartées de la constitution.

Le troisième type de contrôle judiciaire de la législation est celui où la Constitution est interprétée — par des déductions tirées de termes vagues et généraux, tels que « due process of law » et « égale protection des lois » — comme donnant pouvoir aux cours de justice d'empêcher l'exécution de dispositions de fond des Actes de législation et d'administration en plaçant ainsi sous la surveillance judiciaire les branches coordonnées du même gouvernement. C'est cette dernière forme de contrôle judiciaire de la législation qui s'est développée aux Etats-Unis depuis 1885 environ et qui a fait de l'autorité ainsi acquise par les tribunaux la puissante arme qu'elle fournit pour protéger les droits et intérêts acquis. Il faut nécessairement, quand on envisage les réformes qu'il serait souhaitable d'apporter au régime actuel, distinguer et traiter de façons différentes les trois types de contrôle judiciaire que nous venons de décrire. En les jugeant par le point de vue de l'aptitude à servir l'intérêt public, il apparaît que le premier de ces types peut être maintenu intact, que le second type peut être conservé en limitant considérablement le cercle d'application, mais que le troisième type doit être abandonné ou, — si on le maintient — être tempéré par l'admission de la possibilité d'un renversement de l'annulation judiciaire par le vote de lois ultérieures de même contenu par un vote soit à la majorité simple, soit à la majorité des deux tiers, comme dans le cas de veto présidentiel. Et, en outre, devrait être adoptée une méthode d'amendement à la constitution rendant plus facile qu'aujourd'hui de rendre efficace le sentiment dominant de la nation.

Si une Convention était convoquée pour préparer une nouvelle constitution, il ne serait pas nécessaire de présenter un document entièrement nouveau à ceux qui auraient à ratifier cette proposition par leurs votes [législatures ou conventions des Etats]. Les amendements pourraient être présentés et votés séparément de façon que dans le cas où ils désapprouveraient certains amendements, les électeurs ne soient pas obligés pour cela de désapprouver l'ensemble du document. Mais, quelques désirables que puissent être ces changements dans la Constitution, il n'est pas probable qu'une révision à fond de la Constitution puisse intervenir avant qu'il s'écoule encore quelque temps. Mais le temps n'est-il pas venu tout au moins de commencer une propagande pour la convocation d'une Convention ?

On affirme fréquemment que, quand les juges interprètent la Constitution de façon à imposer des limitations indues aux pouvoirs du gouvernement fédéral ou des gouvernements d'Etats, le moyen normal et pratique de remédier à cette situation est de recourir à la procédure habituelle de l'amendement à la Constitution. Mais la plupart des propositions d'amendement tendant à accroître les pouvoirs fédéraux peuvent trop facilement être condamnées à avortement par une minorité d'Etats, qui ne s'intéressent pas à la réforme proposée ou peuvent trouver leur avantage à s'opposer à la réglementation fédérale. Le fait que l'amendement, proposé par le Congrès en 1924 pour se faire conférer le pouvoir de légiférer pour la réglementation du travail infantile (*Federal Child Labor Amendment*) n'a pas encore réussi à être approuvé par le nombre requis (3/4) des

législatures d'Etats, est révélateur de ce qu'on peut attendre des efforts pour élargir l'autorité fédérale par la voie habituelle de l'amendement à la Constitution. Malgré cela, le sentiment de l'opinion publique se cristallise dans la direction de quelques amendements essentiels pour remédier à quelques-uns des défauts de la distribution des pouvoirs entre la Fédération et les Etats, telle qu'elle est interprétée actuellement par les Cours.

La place limitée, dans laquelle doivent tenir les contributions à ce Recueil, ne permet pas d'énumérer ici les formules nombreuses et variées d'amendements qui ont été soit introduites par leurs membres devant l'une ou l'autre des Chambres du Congrès, soit suggérées par des spécialistes du droit ou de la science politique. Nous les avons pour la plupart passées ailleurs en revue ⁽⁹¹⁾, ainsi que les mesures que le Congrès a pu prendre pour limiter ou rendre plus difficile le contrôle exercé par les Cours fédérales inférieures — qui ont été créées par lui, et ne peuvent plus, dès lors, comme la Cour suprême, invoquer la Constitution pour protester contre les modifications législatives apportées à leur organisation ou leurs activités.

Que peut-on faire entre temps, pendant que n'est encore qu'en voie de préparation le mouvement qui poussera l'opinion publique à réclamer avec une suffisante énergie l'adoption d'amendements notables à la Constitution ou la convocation d'une Convention constitutionnelle ? Faudra-t-il que le *statu quo* reste sans modification substantielle pendant une période qui vraisemblablement sera longue — peut-être même indéfinie ? La réponse à cette question n'est pas nécessairement décourageante. Il existe divers moyens par lesquels le pouvoir du peuple, agissant par l'organe de ses représentants, peut être rendu effectif. Tout d'abord la déférence envers les décisions des cours de justice, — qui entraîne une attitude générale d'acceptation des décisions invalidant des lois et la renonciation à agir en sens opposé — est une attitude qui ne s'est développée que lentement et qui n'est point imposée expressément par la Constitution. Quand les Cours s'engagent dans de mauvais chemins — comme un jugement mieux informé a montré qu'elles l'avaient fait dans la condamnation prononcée par la Cour Suprême contre la loi pour le district fédéral de Columbia prévoyant des salaires minima pour certaines catégories de femmes ⁽⁹²⁾ ou pour les applications qu'elle avait faites de la règle de *Smyth v. Ames* ⁽⁹³⁾ à certains cas

(91) [45 Yale Law Journal 847-849. Ces propositions tendent le plus souvent, soit — comme celle du membre de la Chambre des Représentants Wood ou celle du sénateur Costigan — à faire conférer par un amendement à la Constitution, une compétence expresse au Congrès pour légiférer sur les matières qui intéressent le développement d'une politique nationale du commerce, de l'industrie, de la production et des relations entre le capital et le travail, soit à raréfier et rendre plus réfléchies les déclarations d'inconstitutionnalité — telle la résolution du sénateur Norris prévoyant que ces déclarations d'inconstitutionnalité ne pourraient être émises qu'à la majorité des deux tiers des membres de la Cour.]

(92) *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U. S. 525 (1923). [La doctrine formulée dans ce cas par le Juge Sutherland, au nom de la majorité de la Cour Suprême, pour justifier la déclaration d'inconstitutionnalité, a en effet été nettement abandonnée par la Cour dans son arrêt du 1^{er} juin 1936 sur *People ex rel. Tipaldo v. Moreland, Warden* (56 Supreme Court Reporter 918) dont les motifs ont été traduits en français et en allemand dans 11 Recueil International de Jurisprudence du Travail, 1935-1936, Etats-Unis, n° 3, 2^e espèce.]

(93) [Sur la décision de *Smyth v. Ames*, 169 U. S. 466, (1888), et sur l'abondante

de réglementation de tarifs par des Commissions de services publics — il est possible, comme des États l'ont découvert, d'appliquer des doctrines plus rationnelles sans qu'il intervienne beaucoup d'oppositions judiciaires pour empêcher cette application. Ni le Congrès ni l'Exécutif ne sont obligés d'accepter les décisions des cours comme définitives, concluantes et à l'abri de toute discussion quant à leurs effets politiques et économiques ⁽⁹⁴⁾. Les juges eux-mêmes insistent sur cette affirmation qu'ils ne déclarent pas des Actes législatifs nuls, mais se refusent seulement à appliquer tel ou tel Acte au cas en discussion devant eux. Si l'on prend à la lettre cette affirmation que la loi, qu'ils se refusent à appliquer, n'en reste pas moins loi, alors l'application n'en est refusée que dans les rapports entre les parties en cause, et l'invalidation finale de la loi peut ne se produire que par l'effet d'une longue série de décisions dans le même sens. Et pourquoi le Congrès ne pourrait-il pas alors, comme le proposait Madison, donner à la Constitution une interprétation qui puisse s'imposer au respect des cours de justice comme des autres départements du gouvernement ? En fait, le Congrès a déjà donné à la Constitution des interprétations de ce genre, dont quelques-unes sont devenues la loi du pays pour de nombreuses années. La persistance d'interprétations contradictoires par les départements de même rang du gouvernement fédéral devrait, en tout cas, nécessiter que, pour la solution des questions constitutionnelles cruciales, on fasse plus fréquemment appel à la source ultime du pouvoir — le peuple.

lignée de jurisprudence relative aux tarifications de services publics, qui en est sortie, voir le tome 30 de la Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé. François Trévoux. *Le développement et la réglementation de l'industrie électrique aux Etats-Unis*, pp. 176-228 et sur le rapprochement de cette branche de la jurisprudence constitutionnelle américaine avec le développement de la jurisprudence du Conseil d'Etat français, l'introduction d'Edouard Lambert à ce volume pp. 3-60 : Economie et droit des entreprises de services publics.]

(94) Voir l'opinion du Président Jackson sur la constitutionnalité d'une banque nationale, 2 *Messages and Papers of the Presidents* (1898) 581, les vues de Lincoln sur le cas Dredd Scott (*Lincoln and Douglas Debates* (1895) 29, 30), et l'affirmation de Théodore Roosevelt que « c'est le peuple — et non les juges — qui a qualité pour dire ce que signifie la Constitution », dans son introduction à Ransom, *Majority Rule and the Judiciary* (1912) p. 3.

LA REFORME CONSTITUTIONNELLE AUX ETATS-UNIS D'AMERIQUE

Par Charles E. CLARK

Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Yale

Traduit par Robert PELLOUX,

Chargé de Cours à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon

Tandis que nous préparons cet essai ⁽¹⁾, les Etats-Unis se trouvent au cœur d'un débat constitutionnel qui dépasse par son étendue, par l'ampleur des vues soulevées aussi bien par les profanes que par les juristes, et par son âpreté, toutes les discussions analogues des dernières années. Il s'agit du débat suscité par le Président Roosevelt, à propos de son projet de revivifier la Cour Suprême des Etats-Unis en nommant un juge supplémentaire pour chacun des juges ayant atteint soixante-dix ans et n'ayant pas pris sa retraite ⁽²⁾. Dès lors que le projet se limite à la nomination de juges supplémentaires, la Cour ne devant pas dépasser quinze membres, et dès lors qu'il y a dès maintenant six juges qui ont plus de soixante-dix ans, il devenait immédiatement évident que le but essentiel du programme présidentiel, en dehors d'éviter l'embouteillage des affaires devant

(1) Comme les matériaux relatifs au problème discuté dans cet article sont facilement accessibles, nous n'essaierons pas de donner une bibliographie détaillée. Il existe d'excellentes études en français, les suivantes notamment : Professeur Edouard Lambert, *Le gouvernement des juges*, 1921; E. Lambert et Halfred C. Brown, *La lutte judiciaire du capital et du travail organisés aux Etats-Unis*, 1928; et le très récent ouvrage du Professeur Jacques Lambert, *Histoire constitutionnelle de l'Union américaine*, 1937, II, spécialement les chapitres 3 et 6. On peut également faire une mention spéciale des travaux suivants : Professeur Charles G. Haines, *The American Doctrine of Judicial supremacy*, 2^e éd., 1932; du même, un article sur *Judicial Review of Acts of Congress and the Need for Constitutional Reform* (Yale Law Journal, 1936, vol. 45, 816); les différents livres du Professeur Edward S. Corwin, notamment *Twilight of the Supreme Court*, 1934, et *The Commerce Power versus State Rights*, 1936. Voir également mon article : *Supreme Court or People ?* (The American Scholar, 1937, vol. 6, 201-213), que j'ai pu, grâce à la bienveillance des éditeurs, largement utiliser dans la préparation du présent essai.

(2) Les juges ne peuvent pas être obligés de prendre leur retraite, puisque, en vertu de la Constitution, ils conservent leur charge à vie ou, tout au moins, tant qu'ils observent une bonne conduite (good behaviour). Une loi ordinaire leur a accordé leur plein traitement s'ils se retirent à l'âge de 70 ans, après 10 ans de service.

les tribunaux fédéraux, était d'essayer d'obtenir un nouvel examen de la doctrine constitutionnelle, parce que de récentes décisions importantes de la Cour ont déclaré inconstitutionnels des points essentiels du programme de « New Deal ». Ce but, le Président vient de l'affirmer en s'adressant par radio à la nation tout entière ; dans ces allocutions, il a directement accusé la Cour, ou sa majorité, de s'ériger en super-législature et de faire sortir abusivement de la constitution l'affirmation de ses préjugés économiques, de manière à écarter la réalisation des vœux de la nation.

Les polémiques entre le pouvoir exécutif et la Cour ne sont pas nouvelles dans l'histoire américaine. Les présidents Jefferson, Jackson, Abraham Lincoln et Théodore Roosevelt provoquèrent tous de vigoureuses batailles constitutionnelles. Peut-être le plus heureux fut-il Lincoln, qui choisit comme plate-forme électorale la critique de la décision du cas *Dred Scott*, qui avait déclaré inconstitutionnelle la législation anti-esclavagiste ⁽³⁾. L'issue de la guerre civile (guerre de Sécession) fut une confirmation, à vrai dire sanglante, de l'attitude de Lincoln ; elle provoqua, entre autres choses, une réaction contre la doctrine du cas *Dred Scott*, réaction rendue définitive par l'adoption des treizième, quatorzième et quinzième amendements. Théodore Roosevelt, au contraire, fut complètement battu dans sa lutte contre le pouvoir judiciaire, et, si l'on refusa de le réélire à la présidence, ce fut en partie à cause des objections qu'avait fait naître son projet de révocation (« recall ») des décisions judiciaires, un plan de referendum populaire sur les cas constitutionnels importants. En dépit de critiques qui allaient croissant, notamment de la part des groupements de travailleurs et des groupements pour le développement du bien-être public, aussi bien que de la part des constitutionnalistes, le pouvoir de la Cour sur la législation a été utilisé de plus en plus largement au cours de ces dernières années et n'avait pas été directement attaqué depuis le premier président Roosevelt jusqu'à ces derniers temps. Sans doute les décisions de la Cour ont-elles donné lieu à de nombreuses critiques, sans doute y a-t-il eu de nombreuses discussions sur des amendements possibles à la constitution. Les deux partis politiques, au début de la campagne présidentielle de 1936, admettaient la possibilité d'un amendement. La réélection de M. Roosevelt à une majorité écrasante fut une approbation de ses vues ; il considéra ce succès comme un mandat d'agir directement dans le sens d'une modification de la Cour.

Dans le cours normal des événements, un président peut modifier la Cour par le jeu normal de son pouvoir de nommer, avec l'approbation du Sénat, aux postes vacants. Mais aucune vacance ne s'est encore présentée pendant la présidence de M. Roosevelt. Une des critiques adressées à son projet est que la plate-forme de son parti l'obligeait à utiliser la procédure de l'amendement constitutionnel, de préférence à toute autre ; ce à quoi il répond que cette procédure de l'amendement ne doit être employée qu'en dernier ressort, lorsque les autres moyens et notamment les moyens législatifs ont échoué. Son projet consiste dans le vote d'une loi ordinaire, qui serait efficace et conforme à la constitution.

L'importance de ces questions constitutionnelles dans la vie améri-

(3) *Dred Scott v. Sandford*, 19 How. (U. S.), 393 (1857).

caine, aussi bien que le fait que le professeur Edouard Lambert, dans ses monographies écrites avec beaucoup de discernement, a grandement contribué à éclaircir ces problèmes en présentant les vues réfléchies d'un juriste étranger impartial, rend désirable l'examen de l'arrière-plan du débat, aussi bien que des divers projets de modification de la Cour, par voie d'amendement ou autrement. Cette étude est gênée par l'impossibilité où nous sommes de prédire quelle sera l'issue du débat ; il semble toutefois raisonnable de s'attendre à un changement important et à une modification dans la suprématie judiciaire aux Etats-Unis. Ces transformations se produiront-elles ou non par les moyens que le président propose, avec ou sans le vote d'un amendement à la constitution ? Nous ne pouvons pas encore répondre sur ce point.

La crise actuelle a été hâtée, bien entendu, par les décisions de la Cour Suprême hostiles au large programme législatif inauguré par le président Roosevelt après la panique bancaire de 1933. Mais la pression en faveur d'une réforme constitutionnelle a été plus ou moins continue dans notre pays. Si la réforme n'aboutit pas, cette pression augmentera presque sûrement dans l'avenir, car deux tendances gouvernementales opposées se heurtent de plus en plus, et le conflit qui en résulte ne peut pas être évité.

La première de ces tendances est le besoin, senti diversement par les diverses personnes, mais éprouvé dans une certaine mesure par toutes, d'une activité plus grande de la part du gouvernement fédéral. D'aucuns peuvent la regretter, d'autres l'approuver ; quoi qu'il en soit, elle est inévitable dans une civilisation surpeuplée et mécanique. Cette tendance n'est pas le fait d'une seule administration politique, bien que les événements récents lui aient donné une force dramatique. A vrai dire, certains aspects de cette tendance sont bien près d'être universellement approuvés ; ce sont quelques autres seulement, en relation généralement avec le contrôle public des affaires, qui donnent lieu à une discussion acerbe ⁽⁴⁾. On a longtemps admis qu'il incombait aux *gouvernements des Etats particuliers* de s'occuper des pauvres et des nécessiteux (auxquels il faut ajouter maintenant les vieillards et les chômeurs). Aujourd'hui, la compétence du *gouvernement fédéral* s'est fermement établie dans ce domaine, bien que, aussi tard qu'en 1887, le président Cleveland ait encore opposé son veto à une loi accordant un mince crédit de 10.000 dollars pour la distribution de semences dans les comtés du Texas dévastés par la sécheresse, pour le motif que le gouvernement fédéral n'avait pas compétence pour affecter des crédits à soulager des souffrances individuelles ⁽⁵⁾. Aujourd'hui, c'est devenu un lieu commun qu'il existe un devoir positif d'agir, pour écarter les calamités publiques, par des moyens qui auraient étonné les générations précédentes. Les interventions du gouvernement fédéral, en temps de guerre, de peste, d'inondation nous sont aujourd'hui familières. Il y a quatre ans, une crise économique et financière a fait naître un besoin similaire et une acceptation similaire des mesures prises en conséquence. Il est intéressant de noter que la fermeture de toutes les banques en 1933 n'a jamais été examinée dans un procès important, bien que la

(4) Cf. E. Lambert et Brown, et J. Lambert, *loc. cit. supra* note 1.

(5) *Messages and Papers of the Presidents*, 1789-1897, VIII, 557.

constitutionnalité de cette mesure eût bien pu être mise en doute. Cette fermeture passera sans doute à l'histoire comme un précédent consacré par le consentement universel plutôt que par un texte explicite du droit.

Telle est la tendance en faveur de l'intervention du gouvernement fédéral, et tout laisse supposer que, au fur et à mesure que notre civilisation devient plus complexe, elle ira en augmentant plutôt qu'en diminuant. Contre elle se dresse la tendance, exprimée par une constitution écrite, à une restriction toujours plus grande. Une pareille constitution devrait compenser par sa certitude et sa précision les inconvénients d'une rigidité qui augmente, plutôt qu'elle ne diminue, avec le temps. C'est là la conséquence naturelle du fait qu'une déclaration d'inconstitutionnalité a des suites plus importantes qu'une déclaration de constitutionnalité. Toute condamnation de l'intervention législative tend malheureusement à constituer un réel obstacle pour une action future ; tandis que toute approbation n'apparaît que comme un refus de la Cour d'agir dans un cas déterminé. L'exercice par la Cour de son pouvoir de contrôle apparaît donc toujours plus rigoureux, non seulement en raison des cas de plus en plus nombreux où l'inconstitutionnalité est proclamée, mais aussi en raison de l'accroissement du nombre des prohibitions annoncées. Par exemple, la décision de la Cour Suprême dans l'affaire de l'A. A. A., déclarant inconstitutionnelle la loi sur la réorganisation de l'agriculture (Agricultural Adjustment Act) a établi un droit nouveau, complètement inattendu de la part des professeurs de droit. La plupart d'entre eux avaient prophétisé une décision contraire et critiquent encore aujourd'hui les résultats qui ont été effectivement obtenus. Mais, malgré leur caractère inattendu, les restrictions que les juges ont découvertes dans la constitution sont d'une très grande portée.

Aussi, malgré la force d'inertie qui s'oppose à la réforme constitutionnelle et la résistance de ceux qui ont des intérêts acquis au maintien du *statu quo*, il paraît probable que les forces qui tendent à faire sauter les limites constitutionnelles actuellement assignées aux activités fédérales, sont trop puissantes pour être arrêtées et qu'un changement se produira dans le sens d'une augmentation des pouvoirs du gouvernement fédéral.

L'expérience d'autres pays semble montrer que la faiblesse du gouvernement risque de permettre à une forte personnalité de s'emparer du pouvoir, avec l'assentiment du public. Le public demande, à tout le moins accepte une correction ainsi apportée à la faiblesse gouvernementale. Augmenter modérément les pouvoirs de l'autorité publique, comme le besoin en est généralement ressenti, semble constituer une garantie contre une dictature éventuelle. Une bonne politique, aussi bien que la science du gouvernement, suggèrent donc qu'il est désirable d'examiner avec soin et impartialité les différents projets de réforme constitutionnelle.

Le malheur est qu'il y a pléthore de suggestions, comme on peut s'y attendre, en raison de l'importance des questions en jeu. Bien plus, la doctrine du contrôle judiciaire s'est développée aux Etats-Unis progressivement, et les partisans d'une réforme doivent bouleverser des habitudes maintenant bien établies et familières. En un sens, il y a là un surcroît inéquitable de charge qui explique en grande partie le ressentiment des groupements de travailleurs et des groupements pour la défense du bien-être public, car, lorsque, comme dans la décision relative à l'A. A. A., on

annonce une jurisprudence constitutionnelle nouvelle et sans précédent, bien que cette opinion n'émane que d'une majorité de la Cour Suprême, elle est immédiatement protégée par le halo constitutionnel que les adorateurs projettent non seulement sur la sentence elle-même, mais aussi sur sa glose interprétative ; dès lors, aucun changement n'est plus possible sans le vote d'un amendement constitutionnel, à moins que la Cour elle-même ne change d'attitude. Ainsi le processus auquel nous venons de faire allusion semble pouvoir se résumer ainsi : une simple déclaration de la Cour suffit pour créer de nouvelles restrictions aux interventions du gouvernement fédéral ; par contre, on ne peut écarter ce résultat qu'en recourant à la procédure de l'amendement constitutionnel.

Néanmoins, il faut envisager une issue à ce problème. On peut résumer les différents points de vue comme suit. Première opinion : il n'y aurait pas lieu d'apporter aucune modification à l'état de choses actuel. Elle a des défenseurs assez divers, depuis ceux qui ont tiré avantage des lacunes actuelles du pouvoir, ou ceux qui croient de bonne foi que ce mode d'action individuelle qu'ils appellent « liberté » est encore possible, et ceux qui pensent que le Congrès a des pouvoirs suffisants pour réaliser lui-même de grandes réformes, jusqu'à ceux qui, bien que convaincus de l'erreur de la Cour Suprême, soutiennent que la seule solution est l'aveu par la Cour elle-même de sa propre erreur. Parmi ceux qui préconisent l'amendement constitutionnel, il y a ceux qui affirment que la solution opportune est un nouvel aménagement de l'équilibre des pouvoirs entre le législatif et le judiciaire avec de nouveaux freins et contrepoids en faveur de la législature ; d'autres, au contraire, voudraient simplement donner une nouvelle définition de la répartition actuelle des pouvoirs, en des termes qu'ils croient plus justifiés aussi bien au regard de l'histoire que de la politique actuelle. Enfin certains projets tendent à une reconstruction plus poussée de l'édifice gouvernemental, impliquent des transformations qui dépassent de beaucoup une simple réforme du contrôle judiciaire. Même à l'intérieur de ces différentes catégories, les détails des modifications préconisées peuvent être importants et très divers. Examinons quelque peu les diverses propositions.

En ce qui concerne les opposants à tout changement constitutionnel, on peut comprendre l'attitude de ceux qui, pour des raisons égoïstes ou philosophiques, désirent ardemment le maintien du système actuel. Moins compréhensible est l'opinion de ces savants qui sont peut-être les plus sévères critiques des décisions actuelles, mais qui affirment qu'il n'est d'autre action possible que de pousser la Cour elle-même à avouer son erreur et à promettre un revirement de jurisprudence. Psychologiquement cette opinion laisse les partisans d'une législation sociale dans une situation assez faible, et sans rien de positif à faire, bien que le changement ne paraisse pas susceptible de se produire tout seul. La doctrine du contrôle judiciaire, telle que nous la connaissons aujourd'hui, est le produit de plus d'un siècle d'activité d'esprits vigoureux, et a été au moins aussi applaudie que critiquée. Sur elle a été construit tout un édifice gouvernemental, comprenant la direction par les juges de matières aussi diverses que la réglementation des tarifs des services d'utilité publique (public utilities) et les condamnations en vertu de lois d'Etat restreignant la liberté de parole. Tous les juges de la Cour Suprême, y compris ceux qu'on appelle

généralement « libéraux », sont d'accord pour ne pas refuser le *pouvoir* de contrôle, même dans les affaires telles que celles impliquant le « *due process of law* », catégorie sur laquelle l'extension du contrôle est de date relativement récente ⁽⁶⁾. La divergence de vues entre ces juges et les autres ne concerne pas le pouvoir lui-même, mais seulement la manière dont il devrait être exercé dans tel ou tel cas. Les juges libéraux, par exemple, ne sont pas prêts à prendre la responsabilité (ni à justifier la condamnation que d'autres libéraux leur infligeraient rapidement) de se refuser à examiner la constitutionnalité de dures lois de quelques Etats restreignant la liberté de parole. C'est pourquoi la simple nomination de juges à l'esprit tourné vers l'avenir ne suffirait pas, d'une manière durable, à changer le cours de cette histoire. C'est là la faiblesse du projet du président Roosevelt. Comme nous le soulignons ci-après, son intérêt est temporaire et non permanent. Il ne fait pas de doute que les nominations au siège devraient être faites avec le plus grand soin et que le pouvoir de nomination — surtout lorsqu'il est appuyé par l'opinion publique, telle qu'elle se manifeste dans la procédure de l'amendement ou de toute autre manière — est un des premiers atouts pour réaliser sur ce point un changement constitutionnel. Mais on ne peut pas se reposer sur lui seul. C'est un fait historique qu'un président ne peut pas prophétiser exactement l'attitude que prendront les juges qu'il nomme. Bien plus, d'un point de vue réaliste, il faut admettre que les juges possédant toutes les qualités requises sont rares, et que la liste des candidats de ce type qui sont aussi politiquement possibles est vraiment limitée. Si l'on considère la classe dans laquelle on fait les nominations et si l'on envisage une assez longue période, il est plus vraisemblable qu'ils continueront à être, comme par le passé, des hommes capables, mais dont la force ne peut pas être escomptée, et dont les opinions seront souvent, sinon généralement, conservatrices. Même si l'on réalisait un renversement complet de la majorité, il ne faudrait pas oublier qu'il ne serait probablement que temporaire, puisque le pouvoir de contrôle sera tout au plus en sommeil, mais non abandonné.

Le programme qui consiste à demander aux juges d'avouer leur erreur et de changer leurs dispositions n'est donc qu'un programme incomplet. Ceci ne signifie pas que le projet du président de nommer à la Cour des juges supplémentaires pour ceux de ses membres qui ont dépassé soixante-dix ans doive être rejeté complètement, bien qu'il faille s'attendre à des modifications limitant le nombre des juges supplémentaires. C'est aujourd'hui un fait que la doctrine constitutionnelle de la majorité des juges ne coïncide plus non seulement avec le sentiment populaire, mais aussi avec l'opinion des spécialistes de la science juridique. Les commentaires qui sont régulièrement publiés dans les revues juridiques américaines condamnent presque toujours les décisions comme celles qui ont invalidé la loi sur la réorganisation de l'agriculture (*Agricultural Adjustment Act*), et la loi sur la retraite des cheminots (*Railroad Retirement Act*) ⁽⁷⁾. Il n'y a plus, pour défendre ces idées, que l'opinion pure-

(6) *United States v. Butler*, 297 U. S. 1 (1936). Cf. note 7, *infra*.

(7) *United States v. Butler*, *supra* note 6, et *Railroad Retirement Board v. Alton R. R.* 295 U. S. 330 (1935). Ces décisions ont été presque uniformément condamnées dans

ment professionnelle du praticien qui a gagné son procès au profit de grands intérêts financiers. C'est pourquoi, si les nouveaux juges sont pris dans la classe de juristes qui représentent le public, ou qui ont une clientèle diversifiée et non faite uniquement de grandes sociétés commerciales, ou parmi les écrivains juridiques, il est presque certain qu'ils seront du type « libéral », représenté aujourd'hui par la minorité, qui comprenait autrefois Holmes, qui comprend maintenant Brandeis, Stone et Cardozo.

Bien que l'on ait prophétisé de graves dangers pour une action comme celle que le président a l'intention de déclencher, elle ne semble pas, en réalité, donner autant prise à objections qu'on l'a prétendu. Si elle n'atteint pas tous les résultats que ses partisans se proposent, elle peut, cependant, produire des effets réels comme partie d'un plan général concernant la mise à la retraite. Dans de nombreux tribunaux d'Etats, les juges doivent se retirer, en vertu de la constitution même de l'Etat, à l'âge de soixante-dix ans; dans les Universités et le milieu des affaires, l'âge de la retraite est plus bas. Une pareille disposition générale, appliquée aux membres de la Cour suprême, ne semble pas différer des règles habituellement suivies. Mais les deux grands dangers invoqués sont la diminution de l'indépendance du judiciaire et un renforcement de l'exécutif.

Quant au premier danger, c'est une tradition que les juges doivent être indépendants; cette indépendance est nécessaire pour assurer l'impartialité dans les procès entre particuliers. Mais parler de cette indépendance comme devant s'appliquer aux décisions politiques du gouvernement, c'est simplement poser la question de savoir s'il doit exister un corps gouvernemental échappant à tout contrôle de la législature ou du peuple. Le contrôle s'exerce actuellement, en fin de compte, par le législatif, et non par l'exécutif. Il a été exercé plusieurs fois auparavant en fait, notamment sous la présidence de Grant, lorsque deux nouveaux juges revinrent sur une décision antérieure de la Cour qui annulait la loi monétaire (*Legal Tender Act*) du temps de la guerre de Sécession⁽⁸⁾. La crainte que le président ne devienne un dictateur ne semble avoir qu'un fondement lointain. Après tout, il est strictement limité par la présence du Congrès, composé de sénateurs et de représentants, qui sont choisis sur place dans les différentes parties d'un grand pays. Il semble impossible pour qui que ce soit de dominer deux grandes assemblées législatives, ainsi recrutées. Mais, puisque cette crainte a été largement exprimée, on pourrait arriver à un compromis sur un projet prévoyant, par exemple, quatre juges supplémentaires, projet accompagné par la présentation d'un amendement constitutionnel.

La procédure de l'amendement est la procédure naturelle, mais elle est excessivement difficile à faire aboutir. Les deux-tiers des deux Chambres du Congrès doivent se prononcer en faveur de la proposition qui

les notes, commentaires et articles publiés dans les revues juridiques et trop nombreux pour que nous les citions ici. Cf., pour le premier cas, Collier, *Judicial Bootstraps and the General Welfare Clause* (Geo. Wash. L. Rev., 1936, vol. 4, 211-242), et pour le second, Powell, *Commerce, Pensions and Codes* (Harv. L. Rev., 1935, vol. 49, 1-43, 193-238).

(8) *Legal Tender Cases*, 12 Wall. (U. S.) 457 (1870), renversant la jurisprudence de *Hepburn v. Griswold*, 8 Wall. (U. S.), 603 (1869).

doit être ensuite approuvée par les trois-quarts des Etats par l'intermédiaires de leurs législatures ou de conventions réunies spécialement à cet effet. Ainsi, treize Etats, comprenant moins d'un vingtième de la population totale, peuvent opposer leur veto à un projet d'amendement, et même une moins grande partie de la population suffirait, puisque les Assemblées d'Etat appelées à ratifier les amendements à la constitution sont composées normalement de représentants proportionnellement beaucoup plus nombreux pour les agglomérations rurales que pour les villes. Deux groupes sont susceptibles de s'opposer aux amendements : les représentants des affaires, du commerce et de l'industrie qui, naturellement, s'opposent à la réglementation par le gouvernement fédéral, et les partisans des droits des Etats, qui, traditionnellement, résistent au développement des pouvoirs du gouvernement fédéral; à ces opposants peuvent se joindre divers groupes d'intérêts spéciaux, d'ordre religieux ou racial. Il est très difficile de réaliser l'accord politique sur la forme à donner à l'amendement; mais il semble nécessaire d'arriver à cet accord, si l'on ne veut pas que la proposition d'amendement échoue. Comme le président a posé la question dramatiquement, il est possible que la violence même de la bataille conduise à un compromis impliquant le soutien d'un amendement comme solution permanente des difficultés actuelles. A moins qu'un tel accord ne soit réalisé, les chances d'approbation d'un amendement ne semblent pas particulièrement brillantes.

Il convient donc, naturellement, d'examiner les pouvoirs actuels du Congrès pour voir s'il n'en existe pas qui, actuellement inutilisés, permettraient d'atteindre le résultat souhaité par le vote d'une simple loi ordinaire. Mais ici, également, les possibilités sont limitées. Certaines de ces possibilités seront sans doute étudiées plus avant, comme par exemple l'enregistrement pour obtention de la personnalité civile auprès des autorités fédérales (*federal incorporation*), et par conséquent le contrôle par elles de toutes les corporations d'affaires. Mais l'étendue du pouvoir d'édicter de pareilles mesures est vague, mal défini, et le remède semble au moins limité. Les projets de loi tendant à contrôler l'exercice de la fonction judiciaire, en exigeant, par exemple, un vote de majorité pour rejeter une loi, seraient certainement déclarés inconstitutionnels et sont, en tout cas, indésirables puisqu'ils tendent éventuellement à étouffer les vues de la minorité et la sagesse que produit toujours l'expression directe des opinions.

Enfin, les suggestions tendant à changer la compétence des tribunaux fédéraux constituent des remèdes pires que le mal actuel. Le Congrès peut définir la compétence des tribunaux fédéraux; il ne peut pas restreindre l'exercice de la fonction judiciaire dans les cas où la compétence est reconnue. Puisque tout procès a lieu entre des parties, tout tribunal de notre pays, à partir d'une justice de paix, peut fonder sa décision sur le principe qu'une loi inconstitutionnelle n'est plus une loi du tout. Le Congrès ne peut pas retirer leur compétence aux cours d'Etat; quant aux tribunaux fédéraux, il peut, peut-être, limiter le droit d'appel, mais il ne peut pas empêcher complètement que la question de droit posée aux juges revienne plus tard en examen. Tout au plus pourra-t-on par là retarder ou empêcher le règlement final par la Cour suprême, tout en instaurant le chaos constitutionnel.

Pour obtenir un résultat vraiment effectif, il faut donc aborder le problème par la voie de l'amendement constitutionnel, si douteuse qu'en soit l'issue. On propose plusieurs formes d'amendement. La suggestion suivante semble avoir acquis un nombre de partisans considérable : le Congrès pourrait, à la majorité des deux-tiers ou des trois-quarts, voter de nouveau une loi déclarée inconstitutionnelle par la Cour. Le projet est séduisant, parce qu'il est simple, facilement compréhensible et qu'il donne au Congrès une chance de réduire la Cour au silence. Ainsi il est bien fait pour toucher la sensibilité du Congrès. Je crois, cependant, que ce projet, malgré sa simplicité illusoire, est un des moins souhaitables parmi les amendements proposés ; car il aboutit à ajouter un nouveau frein et un nouveau contrepoids à une machine gouvernementale déjà excessivement compliquée. Les spécialistes de la science politique sont arrivés à reconnaître que la démocratie politique ne devient effective que dans la mesure où la responsabilité vis-à-vis du corps électoral devient directe. C'est une critique exacte de notre forme de gouvernement que de dire que, par suite d'un excès de freins et de contrepoids, la responsabilité disparaît et l'action se paralyse. Le projet que nous venons d'indiquer, au lieu d'affranchir les détenteurs du pouvoir pour leur permettre d'agir d'une manière qui rende claire leur responsabilité, ne ferait qu'ajouter des complications à un système déjà compliqué. On se réclame de l'analogie avec la possibilité pour le Congrès de triompher du veto présidentiel ; mais les deux situations ne sont pas comparables. Pratiquement, notre président est devenu le directeur législatif dont on attend l'intervention pour présenter des projets de lois. Le veto de l'exécutif renforce et appuie ce pouvoir de direction. En lui-même, il pourrait être une effroyable institution, puisque l'histoire montre que très peu de lois — et seulement des lois d'une nature spéciale, impliquant d'ordinaire des paiements par la Trésorerie — en ont triomphé. Faire de même du veto judiciaire un acte législatif de même genre aurait sans doute sur le Congrès un effet paralysant (comme le contrôle judiciaire sous sa forme actuelle), parce que les tribunaux ont seulement une fonction de négation et ne peuvent pas améliorer ou corriger les textes de lois ni en proposer d'autres pour les remplacer. La lenteur de cette procédure législative, et par conséquent l'incertitude quant à la valeur de la loi seraient grandement augmentées ; car le Congrès essaierait sans doute de répondre aux objections de la Cour par un amendement à la loi, prolongeant ainsi un conflit dramatique entre le législatif et le judiciaire. En réalité, le système que préconise ce projet enchaînerait à la fois le Congrès et la Cour, plutôt qu'il n'accroîtrait les pouvoirs du gouvernement. Les luttes auxquelles il se prêterait fourniraient peut-être un spectacle au peuple ; mais, quand elles seraient terminées, il n'y aurait personne à blâmer pour le manque d'efficacité de l'action.

Une autre suggestion populaire consisterait à consulter d'avance la Cour suprême sur les projets législatifs : c'est là une pratique suivie, à l'heure actuelle, dans quelques États où la constitution autorise les tribunaux à donner des « avis consultatifs ». Il est constant que ce n'est pas là une fonction judiciaire et qu'elle ne peut être remplie par les tribunaux que quand ils sont conviés par la constitution. D'autre part, l'avis consultatif rend confuse la procédure législative et paralyse l'action de la législature. Il change les dés au détriment des lois nouvelles et originales.

Au Massachusetts, par exemple, la législation contre les injonctions dans les conflits du travail — analogue à la loi fédérale Norris-La Guardia, déjà approuvée par les tribunaux fédéraux inférieurs — a été ainsi flétrie de la marque d'inconstitutionnalité, et au New-Hampshire les tribunaux ont de même écarté dès son début une tentative de législation pour résoudre le problème de l'indemnisation des victimes d'accidents causés par les automobiles, au moyen d'un système analogue à celui en vigueur au profit des ouvriers dans les accidents du travail. Dans la procédure de l'avis consultatif, la décision du tribunal doit être obtenue sans qu'une argumentation effective se fasse entendre à l'appui de la législation projetée, contrairement à ce qui se passe lorsqu'un procès réel, impliquant l'adjudication de droits réellement en litige, se présente devant la Cour et que la constitutionnalité de la loi est défendue par les avocats (*attorneys*) du gouvernement. Donc le système qui consisterait à solliciter préalablement l'opinion de la Cour par voie d'avis consultatif ne ferait que fournir à la législature une raison de ne rien faire, au lieu de lui donner l'autorisation et l'obligation d'agir.

Le meilleur type d'amendement semble être celui qui accorde au pouvoir législatif, simplement et directement, certaines compétences. On peut atteindre ce résultat soit en attribuant expressément au législatif des pouvoirs précis, soit en reprenant la définition des attributions de compétence, telles qu'elles se trouvent dans la constitution de la manière dont la minorité de la Cour a toujours prétendu qu'elles devaient avoir été définies. Le premier procédé offre quelques dangers. Si l'amendement spécifie certains pouvoirs, par exemple le pouvoir de réglementer le travail des enfants, alors il y aura plus de doute que jamais sur l'existence des pouvoirs ne figurant pas dans l'énumération. Si, d'autre part, l'amendement est rédigé d'une manière large et vague, il peut se montrer à l'usage aussi dépourvu de signification que certaines des généralités qui se trouvent déjà dans la constitution; ou si, contrairement à la tradition, un tel amendement était largement interprété par les juges, nous ne pourrions même plus deviner jusqu'où s'étendraient les nouveaux pouvoirs conférés par lui. Peut-être tout l'ensemble du système fédéral disparaîtrait-il, et tout le pouvoir des Etats finirait-il par être détruit. Si l'on n'y prenait garde, les garanties précieuses des libertés personnelles — liberté de parole, liberté religieuse, etc... — seraient aussi éliminées. Aussi a-t-il été déclaré dans des enquêtes officielles que de pareils projets de réforme inspiraient de grandes craintes aux représentants du travail. En tout cas, il y aura inévitablement une longue période d'incertitude jusqu'à ce que la signification de l'amendement ait été précisée et limitée par la jurisprudence. Il semble préférable de suivre l'autre procédé, c'est-à-dire de donner une nouvelle définition des termes employés par la constitution, suivant les grandes lignes qui se dégagent de manière précise de notre histoire.

Un pareil procédé semble un moyen relativement simple, et cependant adroit et efficace, de surmonter les difficultés auxquelles se heurtent les autres projets. Les principales discussions qu'il soulève ont trait à deux attributions de compétence et à deux problèmes : le premier de ces problèmes concerne les rapports entre les Etats et le gouvernement fédéral et a comme centre la définition des pouvoirs du Congrès quant au com-

merce entre Etats; le second concerne les rapports du gouvernement, — gouvernement fédéral ou gouvernement d'Etat — et de l'individu, et a comme centre la définition de ce qui constitue une privation de propriété sans « due process of law ». Quant au premier problème, les plus anciennes décisions de la Cour, sous la présidence de John Marshall, ont donné des termes de la constitution une définition large dans le sens de la suprématie fédérale. Plus tard se développa la théorie que le professeur E. S. Corwin a judicieusement appelée « dual federalism »⁽⁹⁾; il critique cette théorie comme contraire à la déclaration expresse de la constitution fédérale qu'elle sera « la loi suprême du pays » et parce qu'elle aboutit à répartir les compétences en litige entre les Etats particuliers et la nation en suivant un procédé qui semble souvent laisser un « no man's land » où ni l'un ni l'autre ne possède de pouvoirs effectifs. Ainsi, pour la réglementation du travail des enfants, les Etats particuliers peuvent avoir compétence législative, mais n'ont pas le pouvoir économique; tandis que le gouvernement fédéral, qui seul peut faire une réglementation économiquement efficace, n'a pas l'autorité législative pour l'établir⁽¹⁰⁾. Ce serait préparer dans un esprit réaliste la solution du problème que de donner une nouvelle définition du commerce entre Etats en adaptant la conception de Marshall aux besoins et aux complexités du commerce et de l'industrie modernes, qui dépassent maintenant dans la majorité des affaires les simples frontières d'Etat. Quant au « due process of law », cette expression historique nous vient d'un droit anglais qui remonte au moins à la Grande Charte. Le cinquième amendement en a fait une limitation à l'intervention du gouvernement fédéral; limitation que le quatorzième, issu de la guerre de Sécession, a aussi appliquée aux Etats particuliers. Aujourd'hui, on reconnaît comme un fait historique que son interprétation, en droit anglais et au début de notre droit fédéral, garantissait à l'individu qu'il serait entendu par le tribunal et jugé régulièrement, suivant les standards anglo-saxons. Cette garantie s'appliquait à la *procédure* judiciaire et ne constituait pas une limite au *contenu* de la législation. Mais, dans la seconde partie du dix-neuvième siècle, il s'est produit un complet revirement dans l'interprétation judiciaire de cette clause de « due process of law »⁽¹¹⁾; une interprétation extensive se fit jour, qui ne devait apparaître clairement qu'à l'époque de Théodore Roosevelt, lorsqu'elle conduisit ce dernier à son différend historique avec le pouvoir judiciaire. Même aujourd'hui, l'étendue de la clause n'est pas absolument précise, puisque nous avons appris récemment que la loi de New-York qui exige un contenu minimum pour chaque bouteille de lait, est conforme au « due process »⁽¹²⁾, tandis que la loi sur la retraite des cheminots (Railroad Retirement Act), qui prévoit un système de pensions pour les employés des chemins de fer en retraite, ne l'est pas⁽¹³⁾. Limiter le « due process » à sa signification historique, ce ne serait pas, semble-t-il, un procédé com-

(9) Voir les ouvrages cités dans la note 1 *supra*.

(10) *Hammer v. Dagenhart*, 247 U. S. 251 (1918).

(11) Voir les auteurs cités note 1 *supra*, et mon article : *Individualism and the Constitution* (N. Y. State Bar Bull., 1934, vol. 6, 81-96).

(12) *Nebbia v. People*, 291 U. S. 502 (1934).

(13) *Railroad Retirement Board v. Alton R. R.*, *supra* note 7.

pliqué. Il serait cependant nécessaire de veiller à ce que les garanties de la liberté personnelle ne soient pas troublées. A l'heure actuelle, le premier amendement prévoit ces garanties dans la mesure où il s'agit de l'intervention fédérale, tandis que la clause de « due process » du XIV^e amendement les applique également à l'encontre des Etats particuliers. Si la portée de cette clause dans le quatorzième amendement vient à être restreinte, on pourra cependant pleinement garantir la liberté personnelle en étendant le premier amendement aux Etats particuliers.

Nous pensons donc que l'amendement le plus satisfaisant consisterait à donner une nouvelle définition du commerce entre Etats pour y comprendre non seulement les produits qui sont transportés en dehors des frontières des Etats, mais aussi ceux qui sont extraits du sol ou manufacturés en vue de ce transport ou distribués après ce transport ou sont en concurrence directe avec ces derniers; que la garantie du « due process » devrait être limitée à l'impartialité du jugement et de la procédure, suivant le point de vue anglais; que l'amendement relatif à la liberté de parole devrait être rendu applicable aux Etats. Tout ceci n'est qu'un simple projet concret qui ne change pas les attributions historiques de compétence et dont les résultats restent prévisibles. Il semble préférable à des projets plus vagues et confus. Nous indiquons en note la forme dans laquelle il pourrait être proposé⁽¹⁴⁾.

Certains préconisent une réforme constitutionnelle plus étendue éliminant complètement le contrôle judiciaire aux Etats-Unis. On peut douter, toutefois, que, dans notre système fédéral qui comporte les gouvernements d'Etat et un gouvernement national et des agents publics élus pour une durée fixe et non soumis à un contrôle démocratique (référendum), il soit désirable de modifier plus profondément notre machine gouvernementale, jusqu'à ce que nous soyons préparés à envisager le problème véritable de rendre notre régime démocratique effectif. Ceci signifiera non seulement rendre les tribunaux plus responsables vis-à-vis de la volonté populaire, mais aussi, et peut-être surtout, rendre la législature et l'exécutif pareillement responsables. C'est là une étude qui vaut bien la peine d'être faite et qui mérite qu'on formule une proposition de réforme à longue portée. A notre époque de communications rapides par radio, télégraphe et téléphone, il serait tout à fait possible de faire une réalité de la responsabilité de l'exécutif et de la législature vis-à-vis du corps électoral. Le système parlementaire anglais nous offre au moins un exemple possible, qui devrait

(14) L'auteur de cette contribution a proposé de rédiger l'amendement comme suit:

« *Section 1.* Le commerce entre les divers Etats comprend la production, la manufacture ou la distribution de produits industriels ou agricoles, qui sont destinés à être ou ont été transportés d'un Etat à l'autre, ou sont en concurrence avec des produits qui sont destinés à être ou ont été ainsi transportés.

....*Section 2.* Le « due process of law » ne concernera que la procédure des autorités exécutives, administratives ou judiciaires chargées de l'application et de la sanction de la loi.

Section 3. La disposition de l'art 1^{er} en addition et en amendement à la Constitution s'imposera à l'action des différents Etats aussi bien que du Congrès. » Charles E. Clark, *Clarifying the Constitution by Amendment* (dans *Addresses Made at the 37th Annual Meeting of the National Consumers' League*, New-York City, Dec. 15, 1936, 16 à 22), reproduit dans 81 *Congressional Record*, Féb. 2, 1937, 905 à 907.

être soigneusement examiné. Nos longues campagnes électorales sont aujourd'hui un embarras, sinon une honte, par leur prix, leur gaspillage, leurs dépenses et leur indécision. Si le génie inventif américain se tourne vers ce problème, il pourra trouver des moyens par lesquels la responsabilité de l'exécutif et du législatif vis-à-vis du corps électoral se réaliserait par un vote mécanique avec transmission téléphonique, après une intelligente campagne radiophonique d'une semaine par exemple. Avec un pareil système de responsabilité vis-à-vis du corps électoral, le contrôle judiciaire pourrait devenir aussi peu nécessaire qu'il l'est en Angleterre et même en pratique dans le monde entier sauf l'Amérique. A l'heure actuelle, avec l'absence de responsabilité de l'exécutif et de la législature vis-à-vis du corps électoral, beaucoup d'individus s'appuient sur l'argument que le contrôle judiciaire offre au moins quelque garantie contre l'irresponsabilité dans les postes importants du gouvernement. En envisageant ces possibilités d'évolution, il faudrait peut-être, comme première étape, prévoir un contrôle plus direct du peuple sur sa loi fondamentale telle qu'elle est exprimée dans la constitution. La procédure de l'amendement devrait devenir une procédure consistant dans le vote direct et rapide du corps électoral tout entier. Les amendements proposés devraient être acceptés ou rejetés par une majorité du scrutin populaire; on consulterait le corps électoral à la première élection qui suivrait l'autorisation donnée par le Congrès de soumettre les amendements au vote.

Le débat actuel est donc une bonne chose. Quelque réforme est nécessaire; car trop de restrictions ont été apportées à l'action gouvernementale pour que le gouvernement apparaisse aujourd'hui comme un instrument susceptible d'exprimer la volonté du peuple. La question est maintenant nettement présentée. Si fortes que soient les critiques adressées par l'opposition à la tactique du président, il faut reconnaître qu'il a eu le courage et l'habileté politique de poser le problème devant le pays de la manière la plus dramatique possible. On peut espérer, lorsque l'âpreté de la bataille actuelle aura disparu, que non seulement la question immédiate sera résolue, mais encore que sa solution s'accompagnera d'une première étape vers un règlement durable, par une réforme constitutionnelle appropriée, de ce problème de longue durée.

VERS UNE NOUVELLE CONSTITUTION

Par W. Y ELLIOT

Doyen du « Department of Government » de Harvard University

Traduit par André GROS

Chargé de cours à la Faculté de Droit de Toulouse

Avons-nous besoin d'une nouvelle Constitution ? Et, dans l'affirmative, comment la faire ? La réponse à ces questions jouera un grand rôle dans notre histoire pendant les prochaines décades. Mais, pour les comprendre, il faut que nous nous formions quelque idée de notre Constitution actuelle et de la façon dont elle fonctionne. Tout système politique durable repose sur l'acceptation de quelques principes fondamentaux de gouvernement par les citoyens qui vivent sous ce régime. Ces principes constituent la base véritable des systèmes démocratiques qui durent. Même un Cæsar impérial doit gouverner dans une certaine mesure par le consentement du peuple s'il veut rester au pouvoir. Mais, pour une démocratie qui repose sur le gouvernement par persuasion plutôt que sur le gouvernement par la force, l'accord sur des idéaux fondamentaux de gouvernement est indispensable pour obtenir que les oppositions entre les diverses sections des Etats-Unis ou les groupes économiques ou les classes soient réglées pacifiquement. Ce que signifie une Constitution, c'est un accord fondamental sur des principes. Ces règles de jeu obligent le peuple à accepter la loi comme obligatoire pour tous les citoyens. Elles font que les minorités, tant qu'elles sont observées, acceptent la volonté des majorités. Sans une Constitution il ne peut y avoir ni une véritable moralité politique ni une réelle opinion publique. Le gouvernement de parti dépend d'une moralité politique que tous les partis acceptent et doivent observer.

Ceci est dit pour montrer combien je prends au sérieux le besoin de principes fondamentaux pour le gouvernement constitutionnel. Aucune Constitution qui représente cet accord fondamental sur la loi et les principes de justice ne peut être traitée à la légère. Car elle représente la foi commune cimentant une nation, basée sur une véritable communauté de buts moraux. Même quand les besoins de l'organisation sociale changent, ils ne doivent pas nécessairement changer l'idéal humain de justice. Mais les termes, dans lesquels la justice peut être exprimée en lois dans une génération ne s'appliquent pas toujours à la situation d'une autre. Une Constitution doit être capable de s'adapter à la vie d'un nouveau régime économi-

que pour ne pas devenir le tombeau d'une justice morte plutôt que l'expression de la justice vivante. Quand, par exemple, des garanties procédurales constitutionnelles des droits des citoyens, qui convenaient pour protéger la liberté individuelle contre les persécutions politiques arbitraires dans des communautés agraires, sont employées comme des instruments rigides pour faire échec à des méthodes de police moderne dans les grandes communautés métropolitaines, on aboutit, en ossifiant ainsi de vieilles règles, à détruire la Constitution véritable. Une Constitution, comme toute autre chose humaine, doit être apte à évoluer. Ses interprètes et gardiens, les Cours de justice, ont le devoir solennel de lui maintenir cette aptitude, en vertu de l'idéal fondamental de justice contenu dans nos constitutions : constitutions d'Etats et constitution fédérale.

ORGANISATION CONSTITUTIONNELLE

Notre Constitution Américaine a un autre aspect d'égale importance. Non seulement elle limite les pouvoirs des gouvernements en protégeant les droits des particuliers. Elle organise et sépare aussi les pouvoirs du gouvernement fédéral en fonctions : exécutive, — confiée au Président — ; législative — confiée au Congrès — et judiciaire — confiée aux tribunaux. Elle divise les sphères du pouvoir gouvernemental entre l'Etat et la Nation. Et elle prévoit, dans son article V, une méthode par laquelle des modifications pourront être apportées à l'une ou l'autre de ses parties par des majorités des branches législatives, à la fois des Etats et de la Nation, assez larges pour garantir l'acceptation générale du changement réalisé.

Dans la pratique usuelle, cette méthode d'amendement consiste dans la proposition de l'amendement par les deux-tiers des membres de l'une et l'autre des chambres du Congrès, et sa ratification par les législatures des trois-quarts des Etats. Mais il serait constitutionnellement possible que des amendements soient proposés par une assemblée spécialement élue à cette fin — Convention — convoquée par le Congrès à la demande des deux-tiers des Etats. La ratification des amendements à la Constitution fédérale peut aussi émaner de « conventions » convoquées dans les Etats, pourvu que trente-six, ou les trois-quarts du nombre des Etats, se prononcent en faveur de l'amendement. En fait, cette dernière méthode de ratification par des conventions convoquées dans les divers Etats, et composées de délégués mandatés par voie de referenda, a été employée pour amender le dix-huitième amendement, l'Amendement National de Prohibition, et pour introduire dans la Constitution le vingt-et-unième amendement, le dernier ratifié. Il existe aussi un amendement sur le travail des enfants, qu'on désigne usuellement de ce nom d'amendement, quoiqu'il n'ait pas encore été ratifié par le nombre requis de législatures d'Etats, malgré qu'il ait été proposé depuis déjà un certain nombre d'années par les majorités nécessaires au Congrès.

Tout ceci est suffisamment familier à ceux qui étudient la Constitution. Mais ceux-là même oublient parfois que notre Constitution se compose de trois éléments : des limites ou bornes au gouvernement, une séparation entre les trois fonctions du gouvernement, et une division ou répartition fédérale des pouvoirs. Trop souvent ils s'expriment comme si la Constitution ne s'occupait que du premier de ces trois objets, c'est-à-dire n'était uniquement

qu'une déclaration des Droits, faite pour protéger les personnes et la propriété.

En réalité, la Constitution dans son ensemble est un schéma pour organiser le gouvernement tout autant que pour lui imposer des bornes. Elle a été écrite par des hommes qui pensaient, comme l'avaient fait John Locke et Montesquieu, que c'était seulement par un système attentivement construit de séparation entre les pouvoirs de gouvernement ou en partageant les fonctions de façon qu'un organe de gouvernement puisse freiner l'autre (comme le Président peut freiner le Congrès par son veto), qu'il pouvait être possible d'empêcher des usurpations tyranniques de pouvoirs par une branche ou une autre du gouvernement. Le judiciaire seul — en ce qui concernait la Cour Suprême fédérale — a été mis par la Constitution dans une position aussi libre de tous freins possibles d'une nature directe que cela était humainement possible.

L'ADAPTATION AUX BESOINS DES TEMPS

Cette philosophie constitutionnelle était sans doute admirablement ajustée à une société agraire de pionniers où la préoccupation essentielle était d'empêcher la réapparition de l'absolutisme monarchique ou les abus des majorités législatives. Mais aujourd'hui il y a vraiment lieu de se demander si l'organisation de notre gouvernement, aussi bien du point de vue fédéral que du point de vue de la répartition des fonctions, peut répondre aux besoins du temps et à la volonté nationale du pays tel qu'il s'est développé par suite des transformations et des consolidations d'un siècle et demi. Au cours de cette longue période de temps, la Cour Suprême des Etats-Unis a souvent joué le rôle d'une sage-femme pour faire sortir de la Constitution une progéniture de pratiques ayant pour père la nécessité. Par exemple, pendant un quart de siècle, à partir des dernières années du XIX^e, la Cour Suprême a fait sortir de la matrice de la Constitution l'un après l'autre les pouvoirs constitutionnels qui ont mis le gouvernement fédéral en état d'accomplir sa tâche nationale. Elle s'est constamment refusée à limiter son pouvoir de conclure des traités ⁽¹⁾; elle a considérablement étendu les pouvoirs de police du gouvernement fédéral ⁽²⁾, et elle a donné à la notion du commerce entre Etats la plus large interprétation possible dans ses décisions sur les cas judiciaires relatifs aux chemins de fer, aux lois contre les trusts et au droit du travail ⁽³⁾. La même tendance s'est affirmée dans des cas beaucoup plus tardifs du XX^e siècle, comme ceux de *Stafford v. Wallace* et *Chicago Board of Trade v. Olsen*, augmentant toujours l'étendue du pouvoir fédéral.

On peut donc dire que la Cour elle-même avait reconnu, depuis le temps de John Marshall, la nécessité d'interpréter la Constitution assez libéralement pour adapter les conceptions de 1787 aux conditions économiques nouvelles. Il y avait bien eu parfois une réaction occasionnelle contre ce que la Cour regardait comme une centralisation fédérale excessive, par exemple dans ses décisions déclarant l'inconstitutionnalité des lois fédérales sur le

(1) *Holland v. Missouri*.

(2) *Champion v. Ames*; *Macrae v. U. S.*; *Swift v. U. S.*

(3) Cas de la *Great Northern Securities Holding Co.*; *Minnesota Rates Cases*; *Gompers v. Buck Stove and Range Co.*

travail des enfants ⁽⁴⁾. Mais il ne s'était pas produit d'arrêt brusque avant que les procès au sujet de la nouvelle politique (*New Deal*) du président Roosevelt, n'aient amené la Cour à prendre une position résolument anti-fédérale ou plus exactement antinationale. Ses décisions, dans le cas *Schechter* ⁽⁵⁾ (Code du commerce de la volaille vivante) contre le *National Industrial Recovery Act* et dans le cas *Butler* (Moulins Hoosac) contre l'*Agricultural Adjustment Act*, montrent que la Cour, dans sa composition actuelle, n'entend pas permettre que l'économie nationale soit traitée comme un système unitaire, même pour faire face à une crise (*emergency*). Elle a réaffirmé les vieilles conceptions de Roger Taney, le grand défenseur comme président de la Cour Suprême de la doctrine des droits des Etats, en affirmant que les pouvoirs fédéraux doivent rester aussi rigidelement limités qu'en 1787, à moins qu'ils ne soient modifiés par un amendement exprès à la Constitution.

La possibilité que cette attitude puisse être changée par les décisions ultérieures d'une cour, dont la composition ait été modifiée par le cours du temps, est souvent invoquée pour combattre tout effort en vue d'amender la Constitution formellement.

CEUX QUI S'OPPOSENT A L'AMENDEMENT

D'une façon générale, ils se divisent en deux groupes. Le premier groupe est composé de ceux qui, comme certains porte-parole de la *Liberty League*, traitent la Constitution de 1787 comme une sorte d'arche de l'alliance, trop sacrée pour être profanée par des mains humaines. Ces « Trompettes de la Constitution » sont enclins à parler comme s'il n'y avait jamais eu d'amendements, ou comme si les « fondements » de la Constitution n'étaient pas susceptibles d'être amendés. Le but de ce groupe est fort clairement, non pas seulement de tenir le gouvernement en dehors des affaires, mais aussi de le maintenir dans l'impuissance à régler les affaires d'une façon effective. Il souhaite que le pays soit conduit par la « grande entreprise commerciale ».

Le second groupe d'opposants exprime simplement son scepticisme quant à la possibilité d'obtenir un amendement satisfaisant qui « n'aille pas trop loin ». Il redoute particulièrement la convocation d'une convention constitutionnelle, signale les dangers de fascisme ou de bolchevisme et autres possibilités redoutables. Il préfère s'en rapporter à la Cour Suprême et courir ses chances du côté des juges plutôt que tenter « des acrobaties avec la machine ». Il se compose d'honnêtes conservateurs de l'espèce qui pense toujours qu'il vaut mieux supporter les maux présents que de voler au devant d'autres encore inconnus. Ils tendent à traiter le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois comme s'il avait toujours été le trait central de notre Constitution, alors pourtant que, dans sa forme actuelle d'une censure judiciaire de l'ensemble de la politique sociale, il est le produit d'un long développement institutionnel qui n'avait point été envisagé même par les esprits les plus réactionnaires en 1787.

(4) *Hammer v. Dagenhart; Bailey v. Drexel Furniture Co.*

(5) [Décision en partie traduite, en partie analysée en français et en allemand dans 10 *Recueil International de Jurisprudence du Travail*, 1934-1935, Etats-Unis, n° 1, 2^e espèce.]

LE RÉGIME ACTUEL

Mais il semble que les questions qu'il convient de poser sont les suivantes : quelles sont les parties de notre Constitution existante qui commandent encore une acceptation presque universelle ? Et quelles sont les parties qui ne correspondent plus aux besoins de notre nationalisme industriel ? Est-il possible de remédier à ces dernières sans toucher aux premières ? Et comment ?

En essayant de répondre à ces questions, il faut se rappeler la division tripartite de la Constitution fédérale : déclaration des droits, répartition des pouvoirs au sein de la fédération et séparation « fonctionnelle » des pouvoirs.

La Déclaration des Droits se trouve en substance dans les sections 9 et 10 de l'article I, qui limitent les pouvoirs l'une du gouvernement fédéral, l'autre des Etats, dans le premier des dix amendements de 1791 qui impose des limitations au Gouvernement fédéral; et dans les XIII^e et XIV^e amendements, intervenus après la Guerre Civile pour mettre la gourmelle aux Etats quant à l'esclavage et aux droits civils. Le quinzième et le dix-neuvième amendements ont été destinés à apporter des droits politiques positifs l'un aux nègres, l'autre aux femmes.

La division fédérale des pouvoirs doit être cherchée dans l'énumération des pouvoirs expressément conférés au Congrès Fédéral par l'article I, section 8, et dans la réserve de tous les autres pouvoirs aux Etats et au peuple par le dixième amendement de 1791. Des dispositions pour rendre effective la courtoisie (*comitas*) entre les Etats de l'Union et garantir et étendre le système fédéral aux nouveaux Etats sont prises dans l'article IV, et il y faut joindre la célèbre disposition de l'article VI portant que « cette Constitution et les lois des Etats-Unis qui seront faites en conformité avec elle, et tous les traités faits ou qui seront faits sous l'autorité des Etats-Unis, seront la loi suprême du pays ». Le XVI^e amendement a étendu expressément le pouvoir fédéral à la levée d'impôts sur le revenu, de quelque source qu'il provienne, et sans une répartition entre les divers Etats, proportionnelle au chiffre de leur population telle qu'il ressort des recensements.

La séparation des pouvoirs résulte du fait que les trois premiers articles de la Constitution investissent du pouvoir législatif des Etats-Unis le Président, de son pouvoir législatif le Congrès, et de son pouvoir judiciaire les Cours de justice. Il n'existe dans cette Constitution aucune affirmation expresse que les Cours fédérales, même la Cour Suprême, puissent déclarer inconstitutionnels des Actes du Congrès; mais on a pu légitimement déduire de son Article VI, comme l'a fait Marshall et comme l'ont fait depuis les juges, que les Cours doivent se refuser à appliquer les lois qu'elles estiment être *clairement* inconstitutionnelles.

Telle est la nature de notre système constitutionnel actuel. Mais dans quelle mesure fonctionne-t-il bien ?

LA DÉCLARATION DES DROITS

La Déclaration des Droits fonctionne fort bien et elle soulève fort peu de critiques fondées en dehors de celles qui s'adressent à l'extension extrêmement large que la Cour Suprême a donnée à la notion du *due process of law*, d'abord dans l'application du XIV^e amendement, et, plus tard, com-

me dans le cas des pensions de retraites pour les cheminots [décision judiciaire du 6 mai 1935 invalidant le *Railroad Retirement Act*] ⁽⁶⁾, dans l'application du V^e amendement. Par cette usurpation judiciaire, la Cour Suprême a étendu le « *due process of law* » fort au-delà de la portée à laquelle l'avaient limité les doctrines beaucoup plus anciennes du cas de l'abattoir et des cas des Grangers — c'est-à-dire de la portée d'une protection purement procédurale pour imposer judiciairement le respect des sauvegardes du *common law* et des libertés civiles. Elle l'a transformé en un mandat en blanc à la Cour de vérifier le caractère raisonnable ou non (*reasonableness*) de toute politique sociale entreprise par la législature. C'est là une transformation de la véritable Constitution que la Cour a amorcée avec le premier des *Minnesota Railway Cases* et qu'elle a achevée par l'usurpation de pouvoirs réalisée dans le cas de *Smyth v. Ames* ⁽⁷⁾ (1898). Elle a ainsi transféré la responsabilité d'une politique sociale sage de la discussion publique dans la législature élue — à laquelle elle appartenait — à la couverture de la robe judiciaire. La Cour a cessé d'être simplement un surarbitre mettant à exécution les règles établies et est intervenue comme un censeur qui change les règles comme il lui semble bon.

A mon avis ce n'est pas là une fonction judiciaire. Il conviendrait de détourner la Cour de l'exercer en la forçant à s'en tenir aux lignes générales des principes par le développement des « avis consultatifs » ⁽⁸⁾ ou d'« opinions » à rendre [sur sa constitutionnalité] dans un court délai après que la loi a été émise. Le Congrès, à mon avis, a le droit d'amender les lois fédérales d'organisation judiciaire (*judiciary Acts*), pour arriver à ces fins. Mais, si un amendement à la Constitution devait être nécessaire pour ramener la Cour à ces vues, — comme le XVI^e amendement fut jadis nécessaire pour renverser la doctrine judiciaire de *Pollock v. Farmers' Loan and Trust Co* — cet amendement devrait être accompagné d'une addition interprétative à la fois au V^e et au XIV^e amendements portant : « Sous cette réserve que rien dans ledit amendement ne sera regardé comme autorisant une Cour des Etats-Unis à substituer son jugement à celui de la législature sur le caractère raisonnable ou la sagesse de la loi en question. »

Si cet avertissement n'était pas encore suffisant, j'approuverais la proposition du sénateur Norris de voter une loi, ou si c'est nécessaire un amendement constitutionnel exigeant l'accord de 7 juges sur 9, — ou une majorité des deux-tiers des membres dont se compose la Cour, — pour déclarer un acte législatif inconstitutionnel. Ceci éliminerait les déterminations de politique sociale par les juges dans les cas où il n'y a pas de doutes raisonnables sur la constitutionnalité de lois.

Actuellement le doute sur la constitutionnalité a souvent cette consé-

(6) [Décision traduite en partie et en partie analysée en français et en allemand dans 10 *Recueil International de Jurisprudence du travail*, 1934-1935, Etats-Unis, n° 2.]

(7) [Sur cette décision de *Smyth v. Ames* et sur le rôle qu'elle a joué dans le développement du contrôle de la Cour Suprême fédérale sur la réglementation des tarifs des entreprises de services publics par les Commissions de services publics des divers Etats, voir le tome 30 (Trévoux. Le développement et la réglementation de l'industrie électrique aux Etats-Unis) de la Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé, pp. 177 et s., et l'introduction d'Edouard Lambert à ce volume (Economie et droit des entreprises de services publics) pp. 14 et s.]

(8) [Cf. sur les *advisory*, Lambert, *Gouvernement des juges*, pp. 178-181.]

quence fort grave qu'une loi, votée par les deux Chambres du Congrès et approuvée par le Président, peut se voir dénier validité, plusieurs années après son émission, par les vues d'une majorité de la Cour, déterminée par le vote d'un seul juge. Alors tout ce qui a été fait en conformité et sur la foi de cette loi devient illégal. Et assurément cela donne au laïque le sentiment que la loi après tout n'était pas *clairement* inconstitutionnelle. Une Constitution est destinée à fournir la sécurité des relations juridiques et un droit établi. Un état de choses, si confus que le monde des affaires et le gouvernement doivent attendre pendant des années pour être fixés sur la validité de lois nouvelles — et qui peut aboutir à ce résultat que toute la machinerie fiscale peut être désengrenée par les vues imprévisibles d'un seul juge — côtoie le ridicule et devient souvent périlleux.

POUVOIRS NATIONAUX ET POUVOIRS DES ÉTATS

La distribution des pouvoirs fédéraux est loin d'être satisfaisante actuellement. Les Etats se voient souvent interdire par la Cour, en vertu de la clause de « *due process* » d'agir dans une certaine sphère; ou ils se révèlent incompétents pour régler administrativement des matières comme le travail des enfants, ou les *holdings*, dont le contrôle exige une action nationale.

Si le gouvernement national se voit aussi refuser compétence pour agir parce que ces matières ne rentrent pas, d'après l'opinion d'une majorité ferme de la Cour Suprême fédérale, dans une définition stricte du pouvoir de réglementation du commerce entre Etats ou du pouvoir de taxation fédéral, aucun gouvernement ne peut agir, et il y a toute une sphère de l'organisation sociale abandonnée à une domination non réglée de l'activité privée qui peut, en fait, établir son contrôle tout puissant sur la vie économique de la Nation.

Pour remédier à cette situation, qui a été en fait produite par des décisions judiciaires, comme celles des *Child Labor Cases* et celles relatives à l'*Agricultural Adjustment Act*, le seul remède pourrait être trouvé dans un *amendement constitutionnel donnant pouvoir exprès au gouvernement fédéral de réglementer le commerce, l'industrie et l'agriculture, et la production ou l'extraction des ressources naturelles pour l'ensemble du territoire des Etats-Unis*. Les risques d'abus de ce pouvoir par la Fédération que l'on invoque sont peu sérieux, en présence de la protection accordée aux diverses sections du pays et aux petits Etats par l'égalité de représentation dans notre Sénat doté de pouvoirs si considérables. Les « droits d'Etats » ne sont plus invoqués par les Etats, mais par les « intérêts ». Actuellement les Etats eux-mêmes demandent que le Gouvernement Fédéral soit habilité à agir quand les Etats sont incapables à le faire, comme sept Etats l'ont réclamé dans la discussion devant la Cour du *Guffey Coal Act*. Si des excès de centralisation se produisent, ils seront corrigés, comme ils allaient l'être pour le *National Industrial Recovery Act* (N. R. A.), par l'action législative. Le N. R. A. avait été fortement modifié par le Congrès avant d'être condamné à mort par la Cour Suprême.

Un fédéralisme de cette sorte laisserait un cercle encore vaste de questions morales et culturelles à la réglementation par les Etats et ne centraliserait pas notre régime à un degré supérieur à celui où le régime canadien l'a été dès 1867. Et nous sommes beaucoup plus près de former une nation que ne l'était alors le Canada.

DISTRIBUTION « FONCTIONNELLE » DES POUVOIRS

En ce qui concerne la séparation des pouvoirs, notre système constitutionnel actuel fonctionne fort mal à divers égards importants. Le Président est devenu, par l'effet de la coutume et du XII^e amendement, un chef de parti qui prend l'initiative des lois et du budget. Et pourtant il n'a aucun contrôle sur ce qu'il advient de ces initiatives, sauf par son prestige près du public et son influence sur les représentants de son parti au Congrès. Mais c'est un trait presque normal du fonctionnement de notre système constitutionnel que le concours que lui donnent au Congrès les membres de son parti soit lié à la distribution du « patronage » par notre déplorable système des dépouilles. Quand le président a épuisé son pouvoir de nomination aux fonctions publiques et de « patronage », c'est une chose régulière qu'il perde progressivement de son emprise sur le Congrès et qu'une lutte politique en résulte. Le budget est alors repoussé ou transformé de fond en comble par des amendements. Si nous ne donnons pas au Président de plus grands pouvoirs pour imposer au Congrès la responsabilité envers une communauté nationale, nous resterons ce que nous sommes aujourd'hui : la proie des pressions exercées par les groupes, de la propagande, des démarches faites dans les couloirs par des étrangers au Congrès pour influencer le vote de ses membres (*lobbies*) et des manœuvres locales de captation de votes par les agents électoraux (*local pork barrels*).

N'est-il pas temps de munir le Président du même pouvoir de veto dont est armé le gouverneur dans l'Etat du Massachusetts. Nous aurions besoin aussi d'un amendement constitutionnel s'inspirant de la pratique du Massachusetts, qui veut que toute mesure ajoutant une charge au budget, *tel qu'il a été originellement voté*, doive être accompagnée dans la loi qui l'édicte d'une disposition prévoyant la ressource fiscale pour faire face aux dépenses autorisées — et un amendement exigeant que cette ressource fiscale soit déclarée acceptable par le Président.

Si nous ajoutions un amendement fixant à quatre ans la durée du mandat de la Chambre des Représentants, un autre forçant le Sénat à siéger conjointement avec la Chambre des Représentants en cas d'opposition sans issue (*dead lock*) sur une question budgétaire, chaque vote de membre de l'une ou l'autre Chambre ayant la même valeur, et un dernier amendement donnant au Président le droit de dissoudre la Chambre des Représentants et de faire procéder à une *élection générale*, au cours du terme de quatre ans, — la nouvelle Chambre continuant le terme de l'autre — nous pourrions avoir un système de responsabilité législative; car le Congrès serait alors forcé à agir en conformité avec les intérêts nationaux plutôt que sous les pressions locales. Les rangs des partis deviendraient plus stables et plus fermes, et la responsabilité pour l'établissement d'un programme cohérent serait placée là où elle doit l'être. Enfin le Président, transformé en un chef de parti responsable, n'aurait plus besoin de recourir à l'instrument de corruption qu'est le « patronage ». Nous pourrions, en combattant suffisamment en ce sens, espérer obtenir un véritable corps de fonctionnaires (*Civil Service*).

En même temps on s'accorde généralement à penser que l'approbation des traités par la majorité ordinaire, au lieu de la majorité des deux-tiers du Sénat, serait une garantie suffisante. La règle actuelle livre la politique extérieure du pays à M. Hearst et à la radio du Père Coughran. Un barrage de

télégrammes épouvante un tiers de notre Sénat et arrête tout programme positif de traités.

LA CONSTITUTION ACTUELLE PEUT-ELLE SAUVER LA NATION ?

Comment pourrions-nous obtenir une réforme de la Constitution assez radicale pour faire face aux besoins modernes, dans un monde où la prévision économique nationale à longue distance devient de jour en jour plus nécessaire ?

Peut-être n'en aurions-nous pas besoin. C'est ce qu'affirme l'école conservatrice du « ne touchez pas à une seule branche ». Mais supposons réalisés les plus chers espoirs de la Ligue de la Liberté et tout l'ensemble des mesures du *New Deal* anéanti par les foudres du Sinaï judiciaire. La Constitution, d'après la Ligue de la Liberté, serait sauvée. Mais pourrait-on espérer que disparaîtraient nos difficultés financières ? Supposons même que l'économiste M. Landon soit élu Président ? Avec le Sénat et la Chambre des Représentants du tempérament de ceux auxquels il aurait à s'accommoder, personne n'envierait sa tâche. Je pense qu'il aurait au bout de peu d'années favorisé une réforme constitutionnelle.

Nous demandons actuellement l'impossible à nos Présidents. Si le Président « ne renvoie pas la balle à ses compagnons », c'est-à-dire aux chasseurs de dépouilles de son parti, il perd son influence au Congrès ; s'il la leur renvoie, tôt ou tard, il perd le pays.

« Sauver la Constitution » de la façon que préconise la Ligue de la Liberté, ce ne serait pas sauver le pays. Ce ne serait même pas assurer la sécurité des affaires, parce que leur réel ennemi n'est pas une réglementation décente par le gouvernement, mais les politiques inévitablement dévastatrices de groupes irresponsables. A moins qu'on ne maîtrise les intérêts spéciaux de groupes, tels que les vétérans, les adeptes de Townsen, les débitants de protectionnisme, et les distributeurs et quémandeurs de « barils de porc » de toutes sortes, la constitution que nous avons actuellement aura échoué. Par ailleurs, les subventions fédérales seront employées, *constitutionnellement*, pour accomplir par voie indirecte des choses dont la réalisation ne devrait être obtenue que pour leurs seuls mérites. Et les subventions sont plus difficiles à combattre que le règlement direct et ouvert des problèmes qu'elles cherchent à résoudre indirectement par leur appât. La stratégie du conservatisme américain est décevante ; elle choisit pour combattre les points les plus difficiles à défendre.

Donc, la Constitution, telle qu'elle existe ou même telle qu'elle a été étayée par la Cour Suprême actuelle, ne peut pas résoudre et ne résoudra pas nos difficultés. Un vrai conservateur devrait faire aujourd'hui ce que fit Hamilton au début de notre gouvernement fédéral : prendre une vue d'ensemble de ses intérêts lointains et chercher à obtenir pour leur défense des solutions constitutionnelles positives plutôt d'esquiver les problèmes réels sous l'abri des cours de justice. Les conservateurs éclairés cherchent à sauver l'essentiel d'un régime constitutionnel en adaptant son mécanisme aux conditions changeantes des temps. C'est ce qu'ont fait Hamilton, Madison, Marshall ; c'est ce qu'ont fait Peel, Disraeli et Balfour en Angleterre.

COMMENT LES CHANGEMENTS PEUVENT-ILS ÊTRE ASSURÉS ?

Si l'on pouvait amener les contribuables de ce pays à comprendre que le problème n'est pas d'empêcher toute action législative, mais d'imposer une responsabilité législative pour l'exercice du pouvoir de dépenser et de mettre la stabilité de la composition des partis et leur unité en état de résister à la pression des groupes, nous pourrions obtenir quelques-uns des changements que j'ai suggérés.

Car il ne s'agit naturellement que de suggestions. Elles procèdent de l'examen de l'expérience des autres gouvernements, des plus forts d'entre eux, comme ceux de l'Empire Britannique y compris notre voisin Canadien, aussi bien que de ceux qui ont sombré devant le fascisme. J'exprime ces suggestions dans l'espoir qu'elles provoqueront des critiques et d'autres suggestions.

Il serait possible d'obtenir quelques-uns de ces changements pièce à pièce — comme, par exemple, l'amendement Norris du « Canard boiteux » (le xx^e) a été voté après des années d'agitation. Je range dans cette catégorie les avis consultatifs et l'exigence d'exceptionnellement fortes majorités de la Cour Suprême en vue de réfréner les abus du pouvoir judiciaire, et probablement aussi la nouvelle sorte, précédemment définie, de veto du Président et un amendement destiné à forcer le Congrès à prévoir des ressources budgétaires correspondantes quand il ajoute des dépenses au budget. Il serait même peut-être possible d'y ajouter la ratification des traités par une majorité ordinaire du Sénat.

Pour les changements plus profonds qui vont au cœur de notre système fédéral et remédieraient à ses vices essentiels — la division de la responsabilité entre le Président et le Congrès et l'impuissance à l'imposer réellement à l'un ou à l'autre — il y aurait besoin de discussions plus étendues pour arriver à une reconstruction cohérente. Faire procéder à une révision par une convention nationale ne serait pas un saut dans l'obscurité. Car nous avons une riche histoire des conventions constitutionnelles. Le Massachusetts et New-York ont brillamment montré ce qui peut être fait par elles. Même quand le succès n'a pas immédiatement couronné leurs sages suggestions, elles ont préparé le terrain pour une approbation ultérieure. Pendant la prochaine décade le terrain pour une convention nationale pourrait peut-être être préparé comme il le fut en 1786 par une convention « privée » des leaders nationaux à Annapolis. Si notre régime constitutionnel produit aujourd'hui de mauvais effets — et l'état actuel de la Nation prouve qu'il en est ainsi — ils ne sauraient être exorcisés par la formule de la piété envers la Constitution. Il faut les étudier et y remédier. Une convention qui examinerait et proposerait une série d'amendements, un par un, aurait des chances de voir ratifier ses propositions.

Pour l'instant la psychologie du pays rend cependant impossible toute réforme profonde. Les défenseurs professionnels de la Constitution sacrosainte ont développé une impatience contre le rapiécetage improvisé, nécessairement hâtif, mais non pas nécessairement mal opéré, du *New Deal*. Lorsque nous aurons fait quelques expériences encore plus pénibles de la faiblesse de cette constitution, sa réforme ne restera plus matière à querelles de partis. Les républicains aussi pourront sentir le besoin qu'on l'améliore. Les bons américains, qui n'ont pas besoin de serments pour prouver leur fidélité aux idéaux travestis par les patriotes professionnels

devront, pendant les années qui viennent, prouver qu'ils sont les héritiers des hommes hardis et sincères qui, en 1787, ont accompli le miracle de créer, malgré une série d'obstacles et de causes de découragement, la Constitution d'où est sortie la Nation américaine. Aujourd'hui ces Pères fondateurs de la Constitution seraient les premiers à la réformer.

SECTION IV

LE PROBLEME DU CONTROLE JURIDICTIONNEL DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS PEUT-IL SE POSER EN FRANCE ?

HAURIOU, *La technique française en matière de contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois.*

LA TECHNIQUE FRANÇAISE EN MATIÈRE DE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS

Par André HAURIOU

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

Il peut paraître audacieux de traiter en 1937 des méthodes employées par le juge français pour contrôler la constitutionnalité des lois.

Il y a quelques mois, à peine, le Conseil d'Etat affirmait dans deux arrêts qu'en l'état actuel du droit public français, l'inconstitutionnalité d'une loi n'était pas un moyen susceptible d'être discuté devant lui (C. E. 6 nov. 1936, *Dame Coudert*, *Arrighi*, S. 1937, III, 33, note Mestre. Concl. Latournerie).

De même, les tribunaux judiciaires. Le 23 octobre 1925, le tribunal civil de la Seine a refusé de procéder au contrôle de constitutionnalité qui lui était demandé dans l'affaire de la commission d'enquête et la Cour de Cassation a confirmé la position prise par le tribunal le 11 juin 1926.

La cause, à première vue, semble donc entendue. Bien que, depuis quelques années, tous les auteurs, ou à peu près, estiment que le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois serait possible en France, comme dans tous les pays où il n'est pas interdit par la constitution elle-même, ce contrôle *tout au moins lorsqu'il est opéré par le juge seul*, n'est pas entré dans nos mœurs.

Sur ce point, nous sommes d'accord avec M. le Doyen Duez, lorsqu'il indique dans son article sur « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France » (*Mélanges Hauriou*, 1929) qu'en fait, le juge français n'a pas suivi l'exemple des juges américains.

Les raisons de cette divergence d'attitude sont faciles à comprendre : tandis qu'aux Etats-Unis, comme d'ailleurs dans tous les pays anglo-saxons, les tribunaux ont une autorité sociale fondamentale, un véritable pouvoir politique, en France, le pouvoir judiciaire a été considérablement abaissé au moment de la Révolution et du Consulat, par suite surtout de la division entre tribunaux judiciaires et tribunaux administratifs.

Dans notre pays, depuis cette époque, les organes juridictionnels ne constituent plus un *pouvoir politique*. Or, si l'on va au fond des choses, on s'aperçoit que, pour que le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois puisse fonctionner, il faut que l'autorité judiciaire soit un pouvoir

politique, parce que, en fait, la déclaration d'inconstitutionnalité aboutit à faire échec à la volonté du législateur et que, ici, comme partout en matière politique, seul le pouvoir, suivant la formule de Montesquieu, peut arrêter le pouvoir.

Seulement, ce dont on ne s'est pas aperçu, jusqu'ici, de façon suffisamment nette, c'est que si, en France, le contrôle de constitutionnalité *opéré par le juge seul* n'existe pas, il existe cependant une méthode française de contrôle de la constitutionnalité, *opéré de façon conjointe par le pouvoir exécutif et les organes juridictionnels*.

On peut chercher la raison de cette technique particulière dans le fait que, dans notre pays, la mission de faire exécuter les lois étant partagée entre le pouvoir exécutif et le juge, il est légitime que ces deux autorités se réunissent lorsqu'il s'agit de choisir, pour les exécuter, entre deux textes de valeur inégale : une loi et un statut constitutionnel. C'est exact. Mais ce qui est plus exact encore, c'est que le concours de l'exécutif fournit aux organes juridictionnels l'appoint de pouvoir politique qui leur est nécessaire pour faire échec, en certains cas, au pouvoir législatif et que, seule, cette juxtaposition des deux autorités permet, dans les cas où la constitution l'exige, *d'arrêter* le pouvoir législatif.

D'une façon plus précise, la technique française, en matière de contrôle de constitutionnalité des lois, se présente de la façon suivante : Lorsqu'une loi apparaît, en raison généralement d'une période de crise, franchement inconstitutionnelle, le gouvernement prend l'initiative, par voie de décret de refuser ou de suspendre l'application de la loi. L'organe juridictionnel ensuite, généralement le Conseil d'Etat, chargé d'apprécier la validité de ce décret qui fait échec à la loi, valide, s'il estime, qu'en l'hypothèse, le gouvernement devait donner le pas à la norme constitutionnelle, l'initiative prise par voie réglementaire.

Cette analyse de la méthode, utilisée en France pour assurer, vis-à-vis du législateur, le respect des règles de la constitution n'est pas une vue de l'esprit ; elle est confirmée par l'examen de la jurisprudence et particulièrement celle du Conseil d'Etat.

Il y a, au moins, cinq arrêts du Conseil d'Etat qui peuvent être considérés comme une application du procédé français de contrôle de la constitutionnalité des lois : Les arrêts *Winkell* et *Rosier* du 7 août 1909 ; l'arrêt *Fichet*, du 1^{er} mars 1912 ; l'arrêt *Heyriès*, du 28 juin 1918 ; l'arrêt *Gaudet*, du 1^{er} avril 1919 ; l'arrêt *Syndicat Patronal de la Boulangerie de Paris*, du 14 mai 1920.

Prenons l'exemple de l'arrêt *Heyriès*, qui est un des plus caractéristiques. La loi du 22 avril 1905, dans son article 65, établit que les fonctionnaires frappés de mesures disciplinaires ont droit, au préalable, à la communication de leur dossier. Au début de la guerre de 1914-1918, le gouvernement prit deux décrets suspendant l'application de la loi pendant la durée des hostilités ; un du 15 août 1914 pour les militaires, un second du 10 septembre 1914 pour les fonctionnaires civils. Le décret du 15 août fut validé par la loi de ratification du 31 mars 1915, le décret du 10 septembre, par suite d'un oubli, ne le fut pas.

La question se posa devant le Conseil d'Etat de savoir si ce décret du 10 septembre 1914 était juridiquement valable. Le Conseil d'Etat donna, le 28 juin 1918, une réponse affirmative. Se basant, à la fois sur l'article 3

de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 et sur le caractère fondamental, dans notre droit public, du principe de la continuité dans le fonctionnement des services publics, il justifia l'initiative prise par le gouvernement de suspendre *par décret* l'application d'une loi, particulièrement impérative, cependant, dans ses dispositions.

La même démonstration pourrait être faite pour les autres arrêtés ci-dessus indiqués, dans lesquels le Conseil d'Etat sanctionne l'initiative prise par le gouvernement de ne pas appliquer un texte législatif dont le caractère inconstitutionnel apparaît à un moment donné particulièrement grave.

Ce procédé français de contrôle de constitutionnalité des lois qui consiste essentiellement en un décret suspendant ou modifiant la loi, suivi d'une décision juridictionnelle approuvant l'initiative du pouvoir exécutif, appelle quelques remarques.

Tout d'abord, il semble ne devoir jouer que dans des hypothèses limitées. Du fait que cette technique implique la collaboration de deux autorités différentes, c'est seulement dans les cas où le caractère inconstitutionnel de la loi est flagrant, heurte le sentiment de la justice ou menace directement l'ordre social, que la volonté du législateur est arrêtée ou amendée.

On peut, en effet, observer que, jusqu'à présent, c'est seulement en périodes de crises, guerre ou grèves dans les services publics, que le mécanisme a fonctionné. Il ne faut pas, à notre sens, regretter cette discrétion dans la censure du législateur.

A trop perfectionner le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, on risque de tomber dans le « gouvernement des juges » et Edouard Lambert a montré dans son maître livre (*Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris 1921) quels sont, à cet égard, les dangers qu'il convient d'éviter.

On peut, du reste, remarquer qu'avec la technique française, l'intervention du juge reste toujours au second plan. C'est le pouvoir exécutif qui prend l'initiative d'arrêter l'exécution d'une loi, de telle sorte que ce procédé fortifie plutôt l'emprise du gouvernement sur la loi que celle du juge. En réalité, on se trouve davantage en présence d'une sauvegarde gouvernementale du statut constitutionnel que d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Toutefois, la participation des tribunaux reste effective. Jusqu'à l'heure actuelle, le Conseil d'Etat a toujours validé les initiatives prises par le gouvernement lorsque celui-ci a choisi entre l'exécution d'une loi ordinaire et d'une loi constitutionnelle. Mais rien ne dit qu'il approuvera toujours, à cet égard, les décisions de l'exécutif et le jour où une annulation interviendra on se rendra nettement compte du rôle joué dans cette procédure par le juge français.

Tel qu'il se présente, ce procédé français de contrôle de la constitutionnalité des lois nous paraît en harmonie avec le droit public de notre pays. Nous formons le souhait de le voir se préciser et se développer.

SECTION V

L'EXAMEN PREALABLE DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS EN ROUMANIE

T. IONASCO, *Le Conseil Législatif en Roumanie. — Organe de technologie et de politique législatives destiné aussi à l'unification des Droits d'un Etat unitaire.*

(Publié ci-dessous, Quatrième Partie, Titre II, Chapitre III, § 123).

SECTION VI

LE DROIT CONSTITUTIONNEL ANGLAIS

JENNINGS, *Les caractéristiques du Droit Public Anglais.*

CHEVALLIER, *Le rôle de la Couronne dans l'Empire Britannique.*

(Cette dernière contribution publiée ci-dessus, Chapitre I^{er}, Section III « Les Communautés Internationales », § 80).

LE PROBLÈME DES DÉLÉGATIONS LÉGISLATIVES EN ANGLETERRE est étudié dans l'article de M. SCHMITT, UNE ÉTUDE DE DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARÉ : L'ÉVOLUTION RÉCENTE DU PROBLÈME DES DÉLÉGATIONS LÉGISLATIVES, publié ci-dessus, Section I, § 83.

LES CARACTERISTIQUES DU DROIT PUBLIC ANGLAIS

Par W. Ivor JENNINGS

Professeur à la London School of Economics

Traduit par Jacques LAMBERT

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

I

Une des caractéristiques les plus évidentes du droit public anglais est son antiquité. Bien que la grande Charte de 1215 ne fasse pas formellement partie du droit, la confirmation de 1297, connue sous le nom de *Confirmatio Cartarum*, demeure dans le recueil des lois (*Statute Book*). Elle ne constitue même pas la plus ancienne des lois qui s'y trouvent. Prétendre que les principes essentiels du droit constitutionnel anglais étaient posés dès le treizième siècle serait cependant exagéré. Le droit privé anglais est très réellement, de plusieurs siècles, plus ancien que le droit public anglais. Car, jusqu'à ce que le conflit entre le Roi et le Parlement ait été réglé, on ne pouvait pas déterminer la nature des institutions gouvernementales de l'Angleterre. Ce conflit a atteint son apogée en 1641, avec la convocation du *Long Parlement*. Entre temps, les juges avaient rendu, en matière de droit public, des décisions qui sont encore citées dans nos livres. Elles demeurent valables pour autant qu'elles s'accordent avec la suprématie du Parlement ; elles ne sont plus citées que pour être réfutées pour autant qu'elles plaçaient le Roi au-dessus des lois.

Francis Bacon, Vicomte St-Albans, était un bien meilleur juriste, un historien infiniment supérieur, un homme beaucoup plus savant que le Juge en Chef Coke ; mais Bacon était un royaliste et Coke tenait pour le Parlement ; il n'hésitait pas attaquer les prérogatives de son royal maître ; par conséquent, c'est à Coke que nous devons nous adresser pour rechercher les principes du droit public anglais.

De même, dans la grande affaire *Case of Ship-Money* (1637), sept juges rendirent leur jugement en faveur du Roi et cinq contre lui. Le Long Parlement décida que ce jugement était contraire au droit ; aussi lorsqu'on cite l'affaire *Case of Ship-Money*, doit-on se reporter à la décision de la minorité et aux conclusions des conseils de Hampden (le gentleman du Buckinghamshire qui refusa de payer la somme d'une guinée, à laquelle on avait fixé sa contribution au fonds maritime (*ship-money*), et contre qui le jugement avait été rendu par la Cour de la Chambre de l'Echiquier).

Bien que Charles II soit revenu à flot en 1660 et que la vieille constitution ait été rétablie, elle ne fut rétablie qu'avec modifications. Car, bien que Charles II fût roi, le Parlement était maître. Charles II soutint ses prérogatives jusqu'au point, et jusqu'au point seulement, où le Parlement le laissa faire. Jacques II ne connaissait pas semblable contrainte. Aussi, les Lords modérés firent-ils appel à Guillaume d'Orange et un Parlement décida-t-il que Jacques avait abdiqué et que Guillaume et sa femme Marie étaient conjointement les souverains.

Guillaume et Marie acceptèrent le trône sous condition de la *Déclaration des Droits* ; ils n'avaient point de titre au trône, si ce n'est en vertu de la Déclaration des Droits. La Déclaration des Droits contient diverses propositions, mais un seul principe est important, bien qu'il n'ait pas été formulé avec précision ; le principe que le Parlement devait être suprême. Depuis lors, jusqu'à aujourd'hui, les Rois ont régné en vertu d'un titre Parlementaire. Il y a toujours eu quelqu'un qui possédait un meilleur titre héréditaire, mais l'hérédité ne tient point devant le Parlement.

Le droit public anglais se développa donc autour du principe fondamental de la suprématie du Parlement. Les décisions des tribunaux, antérieures à 1689, qui se trouvaient d'accord avec ce principe, conservèrent leur force. Les décisions des tribunaux qui ne se trouvaient pas d'accord avec ce principe cessèrent d'être suivies ; elles furent considérées comme sans valeur. Dans le cadre de ce principe fondamental (la suprématie du Parlement) les tribunaux ont déterminé les prérogatives de la Couronne, la validité des actes administratifs, la nature des remèdes administratifs, les pouvoirs du contrôle judiciaire. Il n'y a pas de constitution écrite parce que il n'y en a pas eu besoin. S'il y avait une constitution, elle pourrait uniquement disposer qu'il existera un Parlement et que ce Parlement pourra faire ce qui lui plaira.

II

Le droit constitutionnel, dans le sens où ce terme est employé ailleurs, est donc fort étroit en Angleterre. La signification de droit constitutionnel est toujours douteuse chez nous. Car, du fait qu'il n'existe pas de constitution écrite et pas de *Lois Fondamentales*, il ne peut y avoir de distinction précise entre les règles de droit qui sont d'importance constitutionnelle et celles qui ne le sont point. Aucune procédure spéciale n'est nécessaire pour déposer un Roi, pour modifier la composition du Parlement, pour dépouiller les individus des libertés les plus chères ou pour faire n'importe lequel des actes que l'on prévoit d'ordinaire dans une constitution écrite.

Les traités de droit constitutionnel donnent une esquisse de la structure constitutionnelle, de la position légale du Roi, de la composition du Parlement, des soi-disant libertés fondamentales, des règles gouvernant les procédures intentées par la Couronne ou contre la Couronne, de l'organisation des forces royales, des grandes lignes du gouvernement local, de la situation de l'église d'Angleterre et des églises non établies... En résumé, ces traités peuvent comprendre tout ce que l'auteur estime important.

La véritable raison de l'emploi si rare des termes *droit administratif*

est que les auteurs anglais traitent généralement dans le droit constitutionnel les questions qui ailleurs seraient exposées sous le nom de droit administratif. Chaque auteur peut faire son propre choix.

Il existe, il est vrai, une division traditionnelle, principalement basée sur les travaux des juristes du XIX^e siècle. Avec le développement du droit administratif sous l'influence des idées collectivistes, on a vu naître une grande masse de droit qui ne peut entrer aisément dans la classification traditionnelle en droit constitutionnel, droit criminel ou droit privé. Il y a bien des questions qui ne sont pas traitées comme des questions de droit constitutionnel, simplement parce qu'on ne les considère pas comme ayant une importance suffisante, mais qui cependant ne peuvent appartenir ni au droit criminel, ni au droit privé. Ce n'est que récemment que les auteurs ont utilisé les mots droit administratif. Et, pour des raisons qu'il faut maintenant expliquer, ces termes sont encore considérés avec suspicion.

III

La déclaration des droits a reconnu implicitement que le Roi était soumis au Parlement. Cela ne dépouillait d'ailleurs pas le Roi des fonctions de gouvernement. Le Roi ne peut faire de législation que du consentement du Parlement, il ne peut établir d'impôts sans le consentement du Parlement, il ne peut suspendre l'application des lois ou en dispenser quelqu'un. Il peut cependant diriger les affaires étrangères, acquérir des colonies, faire la guerre ou la paix, nommer des ambassadeurs, armer une marine (pour autant que le Parlement fournira l'argent), gracier des criminels, et faire bien d'autres choses qui, dans une époque non industrialisée, constituaient les fonctions ordinaires du gouvernement. Ses ressources financières étaient cependant maigres.

L'abolition de la plupart des ressources féodales pendant le *Commonwealth* et la consécration légale de cette abolition, en 1660, le plaçaient essentiellement dans la dépendance du Parlement. Pendant la fin du XVII^e siècle et pendant la plus grande partie du XVIII^e, l'Angleterre (ou après 1707, la Grande-Bretagne) a été gouvernée par un système dualiste. D'un côté, il y avait le Roi qui exerçait les fonctions les plus importantes du pouvoir exécutif, de l'autre côté, il y avait le Parlement qui pouvait refuser les pouvoirs nécessaires et tenir les cordons de la Bourse royale fortement serrés. Durant un temps, la peur du « prétendant » de l'autre côté de l'eau et de la religion que, supposait-on, il ramènerait vinrent au secours du patriotisme et obligèrent à un *modus vivendi* entre le Roi et le Parlement. Plus tard, on développa le système du « *management* », tantôt corrompu, tantôt non. Si le Roi parvenait à maintenir au Parlement un parti des amis du Roi, il pouvait supporter le contrôle parlementaire avec un minimum d'asservissement et une bonne dose de compromis.

« *Management* » impliquait la présence au Parlement des principaux ministres du Roi. C'était leur affaire de conserver une majorité dans les deux chambres. Au cours des temps, le système des deux partis s'intégra dans le système du *management*. La division date, dans tous ses caractères essentiels, de l'opposition à Charles II. Elle grandit rapidement sous Jacques II. Bien que les *Wighs* et les *Tories* modérés se soient unis pour

faire appel à Guillaume d'Orange, ce furent les *Whigs* seuls qui défendirent le *Settlement* hanovrien. La division est ainsi devenue traditionnelle ; elle n'a jamais été franche. Il y avait toujours des divisions entre les partis. Les partis ne constituaient pas des organismes formellement organisés. Il y avait toujours un parti des amis du Roi. Mais le système du *management* exigeait le *management* de ceux qui étaient considérés comme chefs ou comme personnages influents dans les deux partis et dans leurs diverses subdivisions. La forme la plus simple de *management* était celle qui consistait à nommer ministre les chefs et les membres influents des partis et de leurs groupes. Ainsi, lorsque Jones était ministre, son adversaire James était dans l'opposition. Parfois il était possible d'obtenir une coalition « contre nature » entre John et James, mais alors c'était Robert qui se trouvait dans l'opposition.

Ainsi, presque imperceptiblement, des pouvoirs effectifs passèrent entre les mains des ministres. Leur autorité reposait sur leur aptitude à s'assurer un soutien dans le Parlement. Par conséquent, s'ils perdaient ce soutien et ne pouvaient le recouvrer, le Roi ne pouvait que changer de ministres. Cette procédure fut sérieusement renforcée par la succession hanovrienne. Georges 1^{er} et Georges II étaient essentiellement électeurs de Hanovre. La Grande-Bretagne était une dépendance, un petit-poste dont le soutien était utile dans la politique de l'Allemagne et dont les ressources financières étaient importantes pour un prince allemand relativement pauvre. Ces monarques eurent aussi un vigoureux Premier Ministre — le premier qui ait été désigné par le terme *Prime Minister* — le *Whig*, Sir Robert Walpole. Ainsi le système de la responsabilité gouvernementale se raffermir.

Georges III, né et élevé en Angleterre, se faisant gloire du titre d'Anglais, essaya de briser le système. Alors qu'il allait triompher, il échoua. William Pitt devint Premier Ministre en 1783, au milieu des railleries d'un Parlement presque entièrement uni. Avec l'aide du Roi, il battit l'opposition du dedans. Il obtint une majorité ; mais, et c'est là le fait essentiel, il s'appuyait sur cette majorité plus que sur le Roi. Un ministre qui avait une majorité pouvait défier le Roi ; un ministre qui avait une majorité dans le pays pouvait défier une majorité dans le Parlement. « Je défie vos majorités, disait Canning ; je soutiens le Roi et j'en appellerai au peuple ».

Georges III mena une lutte inégale. A certains moments, lui et son successeur pouvaient passer, même par-dessus William Pitt. Mais le Roi était vieux et, par moments, insensé. Bien que, pendant les cinquante années qui suivirent, les monarques aient pu opposer leur veto à certaines politiques, c'étaient les ministres qui faisaient une politique. La Réforme de 1832 reconnaissait que c'étaient les électeurs qui déterminaient en définitive la politique. Quand le ministre favori fut battu, en 1841, il n'y avait rien d'autre à faire pour la reine Victoria que d'appeler Sir Robert Peel. Les *Whigs* avaient été battus au scrutin ; les *Tories* arrivèrent ; la politique *Tory* succéda à la politique *Whig*, quel que fut le désir de la reine. La responsabilité gouvernementale était définitivement instaurée.

IV

Tout ceci s'est passé entièrement en dehors du droit. Le droit ne connaissait les ministres que comme serviteurs de la Couronne. Les pou-

voirs de la Couronne appartenait à la Couronne, même lorsqu'ils étaient exercés par les ministres. Le droit ignorait le Cabinet, véritable gouvernement du pays. Et cependant une constitution ne peut pas dégager, au cours d'un siècle et demi, et maintenir pendant un autre siècle, un système de gouvernement de Cabinet, sans créer aussi un jeu de règles pour le faire fonctionner. Ces règles étaient entièrement extra-juridiques ; Burke s'y réfère à la fin du XVIII^e siècle. Elles furent fixées à mesure que le système de la responsabilité gouvernementale s'établissait définitivement. Elles étaient mentionnées par Austin dans ses *Lectures on Jurisprudence*. Leur importance fut soulignée par John Stuart Mill dans son *Representative Government*. Elles furent exposées en détail par Todd dans son *Parliamentary Government in England*. Elles fournirent les matériaux sur lesquels Bagehot écrivit son *English Constitution*. Comme d'habitude, la théorie fut dégagée bien après la pratique et ce ne fut que lorsque, en 1885, Dicey publia ses *Lectures on the Law of the Constitution* que leur base théorique fut étudiée. Dicey leur donna le nom sous lequel elles sont connues : elles sont des *constitutional conventions*.

Des conventions constitutionnelles comme celles-là existent dans tous les systèmes de gouvernement. La constitution des Etats-Unis est en pratique très différente de la constitution conservée dans le document. Le Président de la République Française possède beaucoup plus de pouvoirs sur le papier qu'il n'en a en pratique. Dans les quelques années d'existence de la constitution de Weimar, il y a eu un développement rapide des conventions constitutionnelles. Elles sont particulièrement importantes dans le Royaume Uni et dans tous les Dominions à l'exception de l'Etat Libre d'Irlande et ceci pour deux raisons. La première est la nature informelle de ce qu'on appellerait ailleurs la constitution formelle. La seule règle fondamentale, ainsi qu'il a été dit plus haut, c'est que le Parlement peut faire ce qu'il lui plaît. Il n'y a pas de *limitation* constitutionnelle qui interdise de faire ceci ou cela. Si la loi est gênante, la loi peut être modifiée. En fait, d'ailleurs, il n'y a pas de loi qui gêne ou qui ait jamais gêné la responsabilité gouvernementale. Une clause de l'*Act of Settlement* aurait contraint de choisir les ministres hors du Parlement. Cette clause fut abrogée avant d'entrer en vigueur. Par conséquent, rien ne pouvait empêcher le développement de la responsabilité gouvernementale et tout le faisceau de règles qui se sont développées autour.

La seconde raison est l'antiquité comparative de ce droit. Les principaux principes de droit constitutionnel et administratif, pour autant qu'on ne les trouve pas dans la législation, reposaient sur les décisions des tribunaux sous les Stuarts. Après l'accession de Guillaume et Marie, ces principes évoluèrent à la lumière de la nouvelle situation constitutionnelle. Le développement des conventions constitutionnelles a été parallèle, mais plus lent. Lorsque les principes essentiels de la structure conventionnelle eurent été acceptés après le *Reform Act*, la *common law*, sur laquelle le droit constitutionnel et le droit administratif moderne sont basés était déjà fixée. Le droit parle du Roi et de la Couronne, alors que les conventions parlent du Cabinet et des Ministres. Les conventions, pour adopter la célèbre phrase de Maitland, ne sont pas venues détruire le droit, mais en accomplir les fins. Elles ajustèrent le droit à la pratique de la constitution en y ajoutant quelque chose qui ne s'y trouvait pas. Le droit recon-

naît, entre le Roi et le Parlement, une dichotomie qui, politiquement, était instable. Les rois s'arrangeaient avec le Parlement par l'intermédiaire de ministres, jusqu'au moment où les ministres arrivèrent à s'arranger avec le parlement à l'aide du système des partis. En droit, les pouvoirs des ministres étaient les pouvoirs du Roi.

Il serait faux de pousser ce fait historique à sa conclusion logique comme le fait Dicey. Les pouvoirs que les ministres exercent aujourd'hui ne sont pas nécessairement les pouvoirs du Roi. Et même la plupart des pouvoirs exercés aujourd'hui n'étaient point considérés par le droit comme étant confiés au monarque. Les ministres ont des fonctions qui sont juridiquement reconnues. Ils sont d'après le droit les serviteurs du Roi, mais ils sont des serviteurs à qui des pouvoirs sont confiés par le droit.

Les *pouvoirs de prérogative*, les pouvoirs que la *common law* déclare confiés au Roi lui restent confiés, même quand ils sont exercés pour son compte par les ministres. Les pouvoirs du Ministre des Affaires Etrangères, en matière d'Affaires Etrangères, les pouvoirs des ministres des Dominions et des Colonies, les pouvoirs du Ministre de l'Intérieur, en matière de grâces, les pouvoirs des Finances en matière de fonctionnaires, tous, ou presque tous ces pouvoirs sont considérés par la loi comme appartenant au Roi. Le Parlement confère parfois des pouvoirs au Roi en son conseil ou même au Roi seul, sachant bien qu'ils seront exercés par les ministres. Mais les pouvoirs nouveaux, résultats inévitables de la législation collectiviste, sont confiés aux ministres eux-mêmes. Le gouvernement local est contrôlé par le moyen de pouvoirs juridiquement confiés au ministre de la Santé. Le Ministre des Transports, le Ministre des Postes, le Ministre du Travail, le *Board of Trade*, le *Board of Education* et même le Ministre de l'Intérieur et le Ministre de la Défense, tous exercent un grand nombre de pouvoirs qui leur sont juridiquement confiés. L'unité juridique formelle n'est préservée que par le fait que ces ministres sont reconnus par le droit comme serviteurs de la Couronne. Il en résulte, par exemple, que, si l'on fait un contrat, on le fait pour le compte de la Couronne ; si l'on acquiert un bien, il est détenu pour le compte de la Couronne, ou en *trust* pour la Couronne ; s'il est commis des délits civils, la question de responsabilité sera tranchée comme si les délits civils avaient été commis au service de la Couronne.

Il ne faut pas non plus supposer que toutes les conventions constitutionnelles se rapportent uniquement au système de la responsabilité gouvernementale. Sans doute, ces conventions constitutionnelles là sont de grande importance. Elles permettent à un système monarchique en droit d'être, en fait, démocratique. Cependant, il y en a bien d'autres. Le fonctionnement du système des partis, par exemple, exige un grand nombre de conventions constitutionnelles qui jouent dans chacune des chambres du Parlement. Tant qu'il reste une Chambre des Lords, reposant principalement sur le droit héréditaire, la reconnaissance du principe démocratique implique des conventions qui déterminent les rapports entre les deux chambres. La reconnaissance du fait que le Cabinet gouverne par la volonté du peuple implique l'existence de conventions constitutionnelles entre le gouvernement et le peuple. Et, plus que tout, l'accession des Dominions à l'indépendance de fait, bien qu'ils soient demeurés, jusqu'à une époque récente, de simples colonies, a entraîné l'apparition d'un grand nombre

de conventions constitutionnelles qui n'ont rien à faire avec le gouvernement intérieur. Il y en a même d'autres. Par exemple, la Chambre des Lords est l'organe judiciaire suprême. Il serait absurde que 700 nobles Lords puissent rejeter toute la *common law*. En conséquence, il est une convention constitutionnelle bien établie, suivant laquelle seuls ceux des Lords qui ont une expérience judiciaire antérieure exerceront les fonctions judiciaires de la Chambre.

Il n'est pas facile de marquer une délimitation précise entre le droit et les conventions. En tant que le droit se trouve dans la *common law*, il est nécessairement « non écrit », suivant la signification habituelle de cette expression. Il est susceptible de modifications et d'évolution du fait des décisions des tribunaux. Si une question n'est pas soulevée dans un procès, elle ne peut être tranchée. Un excellent exemple se trouve dans ce qu'on appelle la doctrine du sceau (*doctrine of the Seal*). On dit ordinairement que le Roi ne peut agir seul, mais que certaines fonctions peuvent être exercées en Conseil et que d'autres sont exercées concurremment avec des ministres dont le consentement est obtenu par l'apposition du sceau. Quelquefois, on se sert du Grand Sceau qui est entre les mains du *Lord Chancellor*. D'autres fois, le Sceau utilisé est le *signet* qui se trouve entre les mains des ministres. On dit d'ordinaire qu'il s'agit là d'une règle de droit. S'il en est ainsi, c'est une règle qu'on ne peut démontrer. Car elle n'est nulle part posée dans la législation (encore qu'on puisse interpréter la loi d'Union avec l'Ecosse comme exigeant le Grand Sceau pour les traités) ; on ne la trouvera pas non plus dans une décision quelconque des tribunaux. S'il s'agit d'une règle de droit, ce doit être d'une règle de *common law* ; et la *common law* est contenue dans les décisions des juges ; il n'existe point de décision sur ce point. En fait, la règle est immanquablement obéie ; mais on ne peut déterminer s'il s'agit d'une règle de droit ou d'une convention constitutionnelle.

Dicey disait qu'une loi serait reconnue par les tribunaux, tandis qu'une convention ne le serait pas. Alors qu'est-ce donc qu'on appelle un tribunal (*court*) ? La Chambre des Lords est certainement un tribunal. Les règles concernant l'expédition de la besogne législative dans cette Chambre sont par conséquent du droit. Et cependant elles ne diffèrent en aucune façon des règles concernant l'expédition des affaires dans la Chambre des Communes. Et même, on a affirmé que la Chambre des Communes est pour d'autres raisons un tribunal — elle fait partie de la Haute Cour du Parlement. Dans la Chambre des Communes, les conventions du gouvernement par cabinet sont certainement reconnues.

Par conséquent, ces conventions sont du droit. Naturellement, en principe Dicey avait raison : les lois sont les règles reconnues et appliquées par les tribunaux ordinaires, par la Cour Suprême de Justice et par les cours soumises à sa juridiction. Les conventions sont les autres règles qui dominent la constitution et les « lois et coutumes du Parlement ». En montrant que la démarcation entre les lois et la coutume est mince, nous avons cependant prouvé incidemment qu'il n'y a pas de différence de substance. Il y aurait même d'autres moyens de le démontrer.

En se référant à la loi sur le gouvernement de l'Irlande de 1920, le comité judiciaire du conseil privé dit que la loi de 1920, qui certainement est une loi, impliquait les conventions de la responsabilité gouvernemen-

tale. En interprétant la loi de 1900 sur la constitution du Commonwealth d'Australie, la Haute Cour d'Australie dit, en 1920, que les décisions américaines sur un point similaire n'étaient pas applicables à l'Australie, et l'une des raisons qu'elle donnait était que la loi de 1900 impliquait un système de responsabilité gouvernementale. Dans une décision récente sur l'interprétation du Statut de Westminster de 1931, le comité judiciaire du Conseil Privé dit que le comité est « véritablement » (*in truth*) un tribunal et interpréta le statut en conséquence. Mais c'est uniquement par convention que c'est un tribunal, car en droit c'est un comité qui assiste le Roi en conseil, donc un organisme exécutif. Dans une décision, encore plus récente, de la Cour Suprême du Canada, le Juge en Chef dit qu'avec le temps les usages deviennent du droit, et déclara que puisque les Conférences Impériales (qui n'ont pas le pouvoir de faire du droit) ont reconnu que le Canada pouvait conclure des accords internationaux) c'était par conséquent en vertu du droit que le Gouverneur Général en conseil avait le pouvoir de conclure des accords internationaux; ces « usages » sont des conventions constitutionnelles. Et même toutes les constitutions, à l'exception de celle de l'Etat Libre d'Irlande, contiennent par implication, les conventions constitutionnelles de la responsabilité gouvernementale.

En résumé, les conventions constitutionnelles et le droit ne diffèrent pas par l'essence. Elles sont observées avec le même soin. Il est vrai qu'il existe des différences secondaires. Lorsqu'un tribunal a déclaré qu'une règle existe, cette règle ne peut être modifiée que par la législation ou par un autre tribunal. Avec le temps, quelle que soit la situation en théorie, la *common law* change son contenu : mais ce contenu se transforme par l'effet des modifications progressives résultant des décisions judiciaires. Même le contenu de la législation peut être changé. Car le sens d'une loi n'est pas dans sa lettre, mais dans l'interprétation que lui donnent les tribunaux : et l'amas des précédents modifie progressivement sa signification. Cependant l'évolution est lente : et toutes les fois qu'il s'agit de législation, la sphère d'évolution est restreinte par les termes exprès de la législation. D'autre part, les conventions constituent une coutume constitutionnelle. Elles évoluent de temps à autre avec les transformations de la structure politique et économique. Les précédents sur lesquels ces conventions sont basées ne sont sujets à aucune règle de *stare decisis*. Leur évolution est lente, mais elle n'est nullement aussi lente que l'évolution de la *common law*.

Dicey vivait à une époque où dominait la *Willenstheorie*. La théorie du droit de Hobbes fut adoptée par Bentham et mise au point par Austin. En conséquence, Dicey, faisait une distinction très nette entre le droit qui a été voulu et ordonné et les conventions qui sont simplement sorties de la coutume. Il insistait, par conséquent, sur l'importance de la sanction. On obéit aux conventions, dit-il, parce que, en définitive, une violation de la convention conduit à une violation du droit.

Il prit pour exemple les conventions de la responsabilité gouvernementale. Si le gouvernement demeure au pouvoir après qu'il a perdu une majorité, la Chambre des Communes refusera de voter la loi Annuelle sur l'Armée (*Army and Air Force Bill*), de sorte que, en vertu de la Déclaration des Droits, l'armée deviendra illégale. En outre, la Chambre refusera de voter des crédits, de sorte que les dépenses deviendront illégales, et com-

me certains impôts ne sont votés que pour un an, la perception de ces impôts deviendra illégale.

La réponse la plus simple à cet argument c'est qu'il représente une théorie du droit naïve. Il est peu d'auteurs qui voudront défendre la notion suivant laquelle si le Ministre de l'Intérieur obéit à la loi, c'est parce que la police dont il a la direction le traînera devant un tribunal qui le condamnera à une peine de prison, qu'il fera dans une prison dont il a le contrôle, dans laquelle il sera gardé par des fonctionnaires qui reçoivent ses ordres. Mais il y a bien d'autres réponses.

Dicey a choisi pour exemple les hypothèses dans lesquelles une violation des conventions pouvait conduire à une violation du droit. Il y en a bien d'autres dans lesquelles cette seconde violation ne se produit pas. Les exemples de Dicey impliquent un conflit entre le Gouvernement et la Chambre des Communes. Si la majorité est d'accord avec le gouvernement toutes les conventions peuvent être violées, et si la sanction est la caractéristique du droit, elles n'existent pas. La majorité peut enfreindre les droits conventionnels de la minorité; les pairs laïques peuvent trancher des questions judiciaires dans la Chambre des Lords; le Gouvernement Britannique peut se délivrer des conventions qu'implique le statut de dominion; et ainsi de suite.

Et même si c'est la majorité dans la Chambre des Communes qui détermine la présence des conventions, il est difficile de comprendre pourquoi la majorité dans la Chambre des Pairs ne pourrait en faire autant. La Chambre des Lords peut refuser de voter la loi annuelle sur l'armée. Avant 1911, la Chambre des Lords pouvait légalement refuser des crédits et l'établissement d'impôts. Et qui plus est, il est une bonne part de l'année pendant laquelle la Chambre des Communes elle-même, est dans l'impossibilité de le faire. La loi militaire annuelle est adoptée en mars; les crédits sont votés et les impôts sont accordés en juillet. Ainsi suivant la théorie de Dicey, du mois d'août au mois de mars il n'y a pas de sanctions pour les conventions et, par conséquent, les conventions n'existent pas.

La vérité est que, en tant qu'il s'agit du gouvernement, les lois et les conventions sont respectées pour les mêmes raisons. Sauf en temps de crise, personne ne songe à violer les lois ou les conventions; et en temps de crise, il est aussi facile de modifier les lois que les conventions. Tout le système politique dépend du respect des formes existantes. En outre, le pouvoir du gouvernement repose en dernière analyse sur le consentement du peuple. S'il ne réussit pas à se conformer aux formes et aux principes de gouvernement reconnus, il ne s'assurera pas d'une majorité pour l'élection suivante. L'ensemble du système de gouvernement est mené avec une oreille tournée vers l'opinion publique. On ne peut douter que le gouvernement puisse prendre des mesures destinées à renverser le système démocratique : mais ceci est vrai aussi bien si la démocratie repose sur des lois que si elle repose sur des conventions. Le maintien de la démocratie implique la bonne foi du gouvernement et la vigilance du peuple. Aucune constitution ne peut effectivement interdire les révolutions.

V

La pré-notion suivant laquelle le droit public de l'Angleterre doit se trouver dans la *common law* se trouve à la base de bien des erreurs qui

demeurent encore dans les livres. Sans doute, la *common law* domine bien des phases du processus gouvernemental. Nous avons déjà cité des exemples — les affaires étrangères, les rapports avec les Dominions et les Colonies, et le contrôle des fonctionnaires. Cependant ces questions n'embrasent qu'une faible partie du domaine du gouvernement. L'Armée, la Marine et les forces Aériennes sont aujourd'hui presque complètement couvertes par un statut légal. En outre, il y a de nombreuses branches du droit qui se sont développées depuis la révolution industrielle et qui grandissent rapidement.

On a souvent fait remarquer que l'Angleterre est un Etat décentralisé. Jusqu'à une époque fort récente cette affirmation était juste. En dehors des affaires étrangères et de la défense nationale, les principales fonctions du gouvernement étaient exercées par les autorités locales. Le droit administratif anglais était du droit public local. Et ce terme même est d'invention récente. Il y a de bonnes raisons historiques à ce fait que les auteurs de droit constitutionnel de la dernière génération n'ont pas reconnu l'existence du droit administratif en Angleterre. Au cours des trois premiers siècles qui ont suivi la conquête normande, l'Angleterre a été un des Etats les plus centralisés qui existassent alors. Les rois Normands et Angevins étaient pour la plupart d'excellents administrateurs. C'est à eux que nous devons l'accroissement des fonctions du Conseil ou de la Cour du Roi, et par conséquent le développement de la *common law*. L'autorité des tribunaux du roi avait pour conséquence la faiblesse des autres tribunaux féodaux; et en tout cas la coexistence des organismes anglo-saxons, tribunaux de comtés et tribunaux de centaine, impliquait une faiblesse du système féodal de gouvernement. L'envoi des *justices in eyre* et des *justices of assize*, pour contrôler l'administration des fonctionnaires royaux et pour contrôler la juridiction des seigneurs féodaux a fait partie du processus de centralisation qui commença au XII^e siècle. A ce système fut ajouté au treizième siècle, un système de juges royaux locaux qui avaient principalement compétence en matière de préservation de la paix, mais qui prirent aussi les fonctions des juges des paysans (*justice of labourers*) nommés en conséquence de la *Black Death*, et qui peu à peu se sont attribué une importante juridiction administrative. Ainsi, avec le temps, les juges de paix (*justices of the peace*) devinrent les instruments du gouvernement royal local; et, à mesure que s'affaiblirent les institutions de la féodalité, ils constituèrent en fait le gouvernement local.

Ces juges étaient soumis à un contrôle aussi strict que possible pour l'époque. Ils recevaient des ordres du Roi en Conseil; ils étaient contrôlés par les *justices of assize*. Comme les juges de la Cour du Roi ils exerçaient leur juridiction en forme juridique (*in a formal judicial manner*). Même, à l'origine, leur compétence portait presque uniquement sur des questions criminelles, de façon que c'est la procédure judiciaire qui était appropriée. De temps en temps cependant, on leur attribuait une compétence administrative. Ils tendaient naturellement à suivre la procédure judiciaire. C'est ainsi que leur contrôle sur les routes fut exercé par voie d'inculpation des habitants de la paroisse; que leur contrôle sur les ponts fut assuré par des poursuites contre les habitants du comté; que leur contrôle sur l'assistance publique fut effectué en acceptant des appels des contrôleurs et des conseillers paroissiaux (*overseers and churchwardens*). Il fallut attendre jus-

qu'au XVIII^e siècle pour qu'ils fissent une distinction effective entre leurs fonctions judiciaires et leurs fonctions administratives, et encore cette distinction fut-elle sans aucune forme. Lorsqu'ils avaient terminé leur besogne judiciaire, en bien des endroits, les juges renvoyaient l'audience au cabaret local, où ils exerçaient en privé leur juridiction administrative.

Cependant le strict contrôle du gouvernement central avait disparu. Sous le règne des Tudors et des Stuarts, le contrôle fut exercé par la *Court of Star Chamber*. Pour le Long Parlement c'était un nom qui fleurait la tyrannie. En conséquence, le contrôle fut balayé par la législation pour n'être jamais rétabli. Avec lui disparut le contrôle des juges de paix. Et par suite, bien qu'il ne fût pas rare de voir émettre des instructions par le Ministère de l'Intérieur, le contrôle des juges devint de la compétence judiciaire et fut exercé par les Cours Centrales.

Ce système qui dans les comtés fut universel, fut l'objet de modifications dans les villes. Là, même au seizième siècle, il existait un système de gouvernement local qui ne semblait pas exiger une sanction juridique distincte. On présumait que ce contrôle était compris dans la charte en vertu de laquelle la ville était admise au *self-government*. Mais le conseil municipal ne constituait pas un organe de gouvernement susceptible de percevoir des impôts et d'organiser des services avec le produit de ces impôts. S'il existait des impôts, ils étaient la conséquence de coutumes locales. Pour la plupart les municipalités (*corporations*) possédaient des biens et utilisaient ces biens dans l'intérêt des membres (*corporators*).

La révolution industrielle a contraint à faire face à des services publics tels que le pavage, les égouts, l'approvisionnement en eau, l'enlèvement des ordures ménagères et l'éclairage. Quelquefois le conseil municipal a demandé des pouvoirs au Parlement. Fréquemment les habitants de la localité ou un groupe de ces habitants se faisaient donner la personnalité afin d'organiser un service déterminé. Les nouvelles routes exigées pour le transport des produits industriels étaient fournies de façon semblable par des « *turnpike trustees* ». En conséquence, au début du XIX^e siècle, le gouvernement local était assuré, en partie par les juges de paix, en partie par des sociétés spéciales ayant un caractère de service public. Si le juriste anglais de l'époque avait été porté à la théorie (ce qu'il n'était pas) il n'aurait point songé à un droit administratif ou même à un droit du gouvernement local. La compétence des juges était traitée comme une partie de la compétence judiciaire générale et était assimilée au droit criminel. Le reste du droit du gouvernement local était considéré comme faisant partie du droit des sociétés. Il est significatif que tout ce que Blackstone dit, au sujet du droit administratif (et c'est fort peu), se trouve sous la rubrique « *Droit des Personnes* ».

Au cours du XIX^e siècle, le développement du droit du gouvernement local s'est produit lentement, sous l'influence des idées de Bentham. L'assistance publique (*poor law*) fut réformée en 1834 par l'institution d'organismes élus. La réforme des *corporations* municipales en 1835, mit le gouvernement à même de leur conférer de nouveaux pouvoirs de gouvernement. Le droit des chemins publics fut précisé en 1835, et, tout d'abord, par des autorités locales. Après 1867, il y eut un mouvement en faveur de la simplification du système d'administration. Des organismes spéciaux furent abrogés et la plupart des pouvoirs de gouvernement local furent con-

fiés aux organismes urbains ou ruraux de l'hygiène (*sanitary authorities*) (*y compris les town councils*). En 1888, les fonctions administratives des juges de paix furent confiées à des conseils de comté élus. En 1894, le système de la santé publique fut réformé à nouveau et les conseils de districts urbains et ruraux furent créés (*Urban and rural district councils*). Ce n'est qu'en 1930 que les organismes spéciaux de l'assistance publique s'éteignirent et que leurs fonctions furent transférées aux conseils de comté et aux *county borough councils*.

Ainsi, aujourd'hui, l'Angleterre a un système de gouvernement local et droit du gouvernement local (*local government law*) est une phrase acceptée dans la terminologie juridique. A l'époque où écrivait l'ancienne génération des juristes de droit constitutionnel, le système était en cours de développement. Dicey, par exemple, était complètement ignorant du droit du gouvernement local. Il en était si ignorant que, en discutant de questions comme le droit de réunion, il se livrait à des affirmations entièrement fausses au sujet du droit de l'Angleterre parce qu'il étudiait la *common law* et négligeait d'étudier les lois. Et Dicey était même un de ces juristes, communs au siècle dernier et encore peu rares aujourd'hui, qui concentrent leur attention sur la *common law*, à l'exclusion de l'énorme volume de législation.

Or, la *common law* ne connaît pas le droit administratif. Les comtés étaient gouvernés par des juges de paix, organes judiciaires. Dans les villes, il y avait des *corporations*; c'est-à-dire il existait des espèces particulières de personnes juridiques, conformes à la *common law*. En conséquence le droit anglais se divisait en trois branches : le droit constitutionnel, le droit criminel et le droit privé. Le droit constitutionnel était de même nature en Angleterre et ailleurs. C'est-à-dire qu'il fixait le cadre du gouvernement — Couronne et Parlement — et les libertés fondamentales des sujets. Dicey était un grand individualiste. Il écrivait à une époque où l'individualisme était vigoureux. Il négligeait de prêter attention aux premiers pas vers la collectivisation qui se produisait dans le domaine du gouvernement.

Pour un écrivain de la génération présente, le développement du droit administratif ne peut être ignoré. De grandes quantités de nouvelles lois sont adoptées chaque année. De 1.900 pages de législation adoptée en 1936, au moins 1.800 sont du domaine du droit public. Cette législation n'est d'ailleurs par limitée au gouvernement local. Bien des organismes centraux ont de nouveaux pouvoirs administratifs : et il s'est produit un important développement d'organes semi-indépendants échappant aux divisions habituelles entre gouvernement central et gouvernement local. En résumé, il existe un système administratif très complexe qui comporte un large pouvoir d'ingérence dans les droits et les privilèges des citoyens.

Quand, en 1885, Dicey comparait l'individualisme de l'Angleterre avec l'individualisme de la France, il était naturellement frappé par une différence importante. Il y avait en France un *régime administratif* qui n'avait pas de parallèle en Angleterre. Sa connaissance de ce système était inadéquate à bien des égards. Elle reposait naturellement sur les ouvrages d'écrivains du début du XIX^e siècle. Il supposait que le Conseil d'Etat n'était pas un tribunal, ou que si c'était un tribunal il était prévenu en faveur de l'administration. Le droit s'il était possible d'appeler cela un droit, qu'administrerait ce tribunal était du droit administratif; en Angleterre, il n'existait

pas de conseil ou de tribunal de ce genre, par conséquent en Angleterre, il n'y avait pas de droit administratif. Dicey se servait invariablement de la phrase française *droit administratif*, pour démontrer que c'était quelque chose d'étranger et même d'hostile aux idées anglaises. Ce qu'il y avait de plus proche en Angleterre du Conseil d'Etat, c'était la *Court of Star Chamber*, que tout enfant anglais apprend à mépriser comme un instrument de tyrannie.

Il ne nous appartient pas d'examiner la valeur des idées de Dicey sur le droit administratif français. Il est cependant essentiel de discuter les principes du droit anglais qui, dans son opinion, étaient en opposition directe avec ce droit administratif. Ces principes se trouvent contenus dans la phrase « règne du droit » (*Rule of law*). Ce qui, d'après Dicey, comporte une triple signification.

La première est « la suprématie absolue ou la prédominance du droit régulier opposée à l'influence du pouvoir arbitraire; elle exclut l'existence d'arbitraire, de *prerogative*, ou même d'un large pouvoir discrétionnaire de la part du gouvernement ». S'il fallait entendre par là uniquement que l'Angleterre est un *Rechtsstaat* ou Etat de Droit, ce serait exact. Les nations britanniques partagent avec les autres nations de civilisation occidentale le principe qu'un acte est, soit valide, soit non valide, soit légal, soit illégal. En un mot, l'Anglais, qu'il soit le Premier Ministre ou un simple citoyen se demande, et doit se demander : « Est-ce que je puis légalement faire ceci ? Si *rule of law* ne signifie rien de plus, si, en un mot « *rule of law* » signifie règne du droit, l'analyse serait correcte.

Mais on va voir que cette première signification entraîne d'autres implications. Certainement, les Anglais détestent le gouvernement arbitraire; ils pensent que, en Angleterre au moins, il signifie tyrannie. Actuellement, le droit de l'Angleterre n'accorde pas de pouvoirs arbitraires ou tyranniques. Mais dire que ceci fait partie de la constitution britannique c'est affirmer qu'un principe politique actuel demeurera aussi longtemps qu'existera la constitution un principe politique fondamental. Il n'en est pas ainsi. Etant donné que le Parlement peut tout faire, il peut introduire le gouvernement arbitraire ou la tyrannie. Un gouvernement qui possède une majorité dans la Chambre des Communes et qui est soutenu par la Chambre des Lords, peut ainsi constitutionnellement et juridiquement s'accorder des pouvoirs arbitraires et tyranniques. Ce n'est pas le droit, ce sont des conventions constitutionnelles qui assurent la démocratie et la liberté. La Constitution est libérale, parce qu'elle est démocratique : et elle est démocratique à raison de conventions constitutionnelles.

Pendant la guerre de 1914-1918, le gouvernement s'est attribué des pouvoirs très larges du type le plus arbitraire. Dans l'opinion de certains — quoique d'une faible minorité — ces pouvoirs furent exercés de façon tyrannique. Dans l'Irlande du Nord présentement, il existe juridiquement des pouvoirs d'une espèce si large qu'on a invoqué une sorte de tyrannie de la part du gouvernement conservateur. Il est fréquent que des citoyens britanniques dans d'autres parties du monde se plaignent — ce n'est pas à nous d'examiner s'ils ont raison — que la suprématie britannique soit maintenue par la tyrannie. Il n'importe pas que cette prétention soit ou non correcte. Ce qui est évident c'est que, dès lors que le Parlement peut faire ce qui lui plait, et dès lors que le Gouvernement contrôle le Parle-

ment par le système des partis, la tyrannie est possible dans une parfaite légalité.

Cette première acception va même plus loin. Elle n'exclut pas seulement la tyrannie, mais « même une large autorité discrétionnaire ». Si Dicey, en parlant de l'absence de tyrannie parlait en qualité de démocrate, en faisant des objections à une large autorité discrétionnaire, il parlait en individualiste. Il n'aimait pas l'intervention de l'Etat : par conséquent il disait qu'une large autorité discrétionnaire était contraire à la constitution britannique. En d'autres termes, l'individualisme était pour lui un principe constitutionnel essentiel. Une large autorité discrétionnaire est légalement possible dans le système britannique. Elle est conventionnellement possible si le peuple la désire. Le peuple, en fait, l'a désirée. Car les grands services sociaux, comportant le contrôle de quelques industries essentielles, ou des mesures de monopole comme pour la radio, impliquent une large autorité discrétionnaire.

Il est vrai que, sauf entre 1914 et 1918, on a pris des mesures pour protéger les intérêts des personnes privées. En ce qui concerne la liberté des individus, les larges pouvoirs discrétionnaires ont toujours été profondément détestés en Grande-Bretagne. Dicey doit avoir su que pour l'Irlande c'était le contraire. Dicey quitta le parti libéral, parce que M. Gladstone proposa d'introduire le *Home Rule*. Il soutint les gouvernements unionistes qui gouvernèrent l'Irlande par la force pendant une génération entière. Il importe peu que politiquement il eut raison ou tort; le point essentiel c'est qu'il présentait comme une proposition juridique un principe qui était essentiellement politique.

La seconde acception était celle « d'égalité devant la loi, ou de soumission égale de toutes les classes aux lois ordinaires mises en œuvre par les tribunaux ordinaires ». « Dans ce sens *rule of law* exclut l'idée de toute exemption, au profit des fonctionnaires ou de toute autre personne, du devoir d'obéissance au droit qui s'impose aux autres personnes ou de la juridiction des tribunaux ordinaires ; il ne peut y avoir chez nous rien qui corresponde aux tribunaux administratifs ou au droit administratif de France ». Si Dicey avait dit simplement qu'il n'existait pas en Angleterre de tribunaux administratifs distincts et qu'on ne peut différencier avec précision le droit administratif du droit privé, il aurait encore eu raison. Il se méprenait sur la nature du droit administratif français. L'emploi du mot « ordinaire » présuppose que les tribunaux administratifs sont « extraordinaires ». En fait qu'il existe ou qu'il n'existe pas de tribunaux administratifs spéciaux, c'est une simple question de technique. Nous avons en Angleterre des tribunaux commerciaux distincts et des tribunaux distincts en matière fiscale (*revenue courts*). Quelques-uns des tribunaux criminels ne s'intéressent point aux affaires civiles. Et cependant ce sont des tribunaux « ordinaires » : on les tient pour nécessaires, parce qu'on pense que quelque degré de spécialisation est désirable. Les règles du droit elles-mêmes s'appliquent nécessairement de façon différente à des situations différentes. Le droit des obligations ne s'applique pas aux immeubles. L'impôt sur le revenu ne s'applique pas aux personnes dont le revenu est inférieur au minimum légal. Le droit maritime ne s'applique pas aux personnes qui n'ont rien à faire avec la navigation. Le droit administratif ne s'applique pas aux personnes qui n'ont rien à voir avec l'administration. S'il

y avait un tribunal distinct pour s'occuper des questions de biens (*property*), ce serait un tribunal ordinaire.

Quant à l'égalité devant la loi, la notion est fallacieuse. Un prêteur d'argent, comme un citoyen, est sujet aux lois civiles; mais comme prêteur d'argent, il est soumis à des règles spéciales. Un administrateur, en tant que citoyen, est soumis aux lois civiles, mais en tant que fonctionnaire, il est soumis à des règles spéciales, aussi bien en Angleterre qu'en France. Il possède des pouvoirs que ne possède pas le citoyen ordinaire.

Bien entendu, c'est aux rapports entre les citoyens et les autorités publiques que pensait Dicey. Il soulignait — et c'est un point qui mérite d'être souligné — le fait que les procédures contre les autorités publiques sont portées, en Angleterre, devant les tribunaux civils et, en France, devant les tribunaux administratifs. Il existe cependant un droit spécial du *contentieux administratif*. Le droit concernant les procédures dirigées contre la Couronne est particulier; les fonctionnaires de la Couronne se trouvent souvent dans une situation privilégiée; les procédures privilégiées (*prerogative writs*) sont utilisées presque exclusivement contre les autorités publiques; il existe des privilèges spéciaux concernant la procédure; dans certains cas, par exemple, en vertu des lois sur la Santé Publique, un fonctionnaire ne peut pas être poursuivi pour un délit civil quelconque commis au service du public. En résumé, le droit anglais du *contentieux administratif* n'est pas plus largement différent du droit français, que le droit civil anglais n'est différent du droit civil français. Le fait que l'Angleterre n'a pas de tribunaux administratifs est important. Il signifie en particulier que la *common law* est parfois appliquée aux autorités publiques. Il signifie aussi que les tribunaux judiciaires font souvent preuve de partialité contre les autorités publiques, plutôt qu'en leur faveur. Mais dire que la notion de tribunal administratif « est fondamentalement incompatible avec nos traditions et nos coutumes », c'est dire une absurdité.

En définitive, *rule of law* signifie que « chez nous le droit constitutionnel, les règles qui, dans des pays étrangers, font partie du code constitutionnel, ne sont pas la source, mais la conséquence des droits des individus, tels qu'ils sont définis et mis en œuvre par les tribunaux ». Voilà à nouveau l'individualiste qui parle.

Que mettrions-nous dans une Constitution, si nous en avions une ? D'abord il y aurait des dispositions pour établir un Roi, ensuite des clauses concernant la composition du Parlement, troisièmement pour l'organisation des départements ministériels et enfin nous aurions pourvu à l'exercice du pouvoir judiciaire. Tous ces points se trouvent actuellement dans la législation. Il est vrai que certains des pouvoirs de la couronne sont considérés comme dérivant de la *common law*; mais on insère rarement dans la Constitution des pouvoirs spécifiques : et il importe peu qu'on ait prévu par écrit l'existence d'un pouvoir de légiférer pour « la paix, l'ordre et le bon gouvernement » de l'Empire britannique, ou que l'on en assume simplement l'existence.

En fait, Dicey ne songeait à rien de tout cela, il songeait aux libertés fondamentales, aux droits de l'homme. Certainement, pour autant que ces libertés existent, elles sont dérivées de la *common law*; mais en substance, elles ne sont pas différentes de celles qu'on trouve dans l'Etat Libre d'Irlande, où elles figurent dans la Constitution. Là où la législature a des

pouvoirs illimités comme dans le Royaume-Uni et dans l'Etat Libre d'Irlande, la question importante n'est pas : des libertés fondamentales sont-elles inscrites dans les documents constitutionnels, mais entrave-t-on ou non ces libertés fondamentales ? Ce n'est pas parce qu'il n'y a pas de Constitution qu'il existe des droits fondamentaux en Angleterre, mais parce que le système de gouvernement est démocratique. En pratique, en dépit des citations que Dicey tire de Voltaire, ces droits fondamentaux n'existaient pas avant 1832. Dicey avait-il oublié les célèbres « *Six Acts* » ? La vérité est que la liberté fut établie en Angleterre par une armée de petits hommes, inspirés par la Révolution française, qui défiaient le droit et la Constitution de l'Angleterre. Le libéralisme de Dicey dérive du radicalisme de 1800 à 1830. Et sa paternité est dans la déclaration des droits de l'homme. En tant que politicien Dicey peut avoir eu raison : le point important c'est que, n'était le système démocratique, le gouvernement actuel pourrait déclarer qu'il avait tort.

Les opinions de Dicey ont eu et ont encore une immense influence en Angleterre. Tant qu'elles sont en faveur de la démocratie les démocrates le citeront. Quand elles sont en faveur de l'individualisme, les individualistes le citeront. Mais le règne du droit n'est pas du tout impliqué dans la constitution britannique. On peut s'en servir et on s'en est servi pour ridiculiser ce que le peuple considère comme d'utiles réformes. Il y a un principe fondamental, à la base du droit anglais, celui de la suprématie du Parlement. Il y a un principe fondamental à la base des conventions constitutionnelles, celui de la démocratie. Les deux ne sont pas incompatibles du moment que l'on admet que le Parlement, et par conséquent le gouvernement, reposent sur le libre choix d'un peuple libre ⁽¹⁾.

(1) Cet essai n'a pas été encombré de références parce qu'il constitue une synthèse d'idées qui ont été exprimées ailleurs. Pour plus de détails, voir les œuvres suivantes du même auteur. *Cabinet Government* (Cambridge University Press. 1936); *The Law and The Constitution* (University of London Press 1933); *Principles of Local Government* (University of London Press. 1931).

SECTION VII

LE DROIT CONSTITUTIONNEL RUSSE

CHARLIER, *La nouvelle Constitution « Stalinienne » de l'Union Soviétique.*

(Publié dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre IV, § 158).

Section VII

ADJUTANT GENERAL'S OFFICE

CHIEF OF BUREAU OF ADJUTANTS
GENERAL
WASHINGTON, D. C.

CHAPITRE V

LE DROIT ADMINISTRATIF

SUR L'INFLUENCE EXERCÉE DANS DE NOMBREUX PAYS PAR LE DROIT ADMINISTRATIF SUR LE DROIT PRIVÉ, cf. les contributions publiées et rappelées dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre II, Chapitre V : « L'Influence du Droit Public sur le Droit Privé ».

SECTION I

DROIT ADMINISTRATIF COMPARE

RADCLIFFE-CROSS, *Les rapports de l'Administration de la Justice et de l'Etat en Angleterre et en France.*

GARNER, *Justice Administrative en France et aux Etats-Unis.*

(Ces contributions publiées ci-dessus dans le Titre I^{er}, « Droit Civil et Common Law », Chapitre II, Section II, §§ 70 et 71).

★★

JENNINGS, *Les caractéristiques du Droit Public Anglais.*

(Cette contribution publiée ci-dessus dans le Chapitre précédent, Section VI, § 94).

TROTABAS, *La responsabilité de l'Etat en Droit interne et le respect de la propriété privée.*

(Cette contribution publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre II, Chapitre II, § 137).

WALTON, *La responsabilité délictuelle dans le Droit civil moderne, (plus particulièrement dans le Droit Français) comparée avec la théorie anglaise du délit civil (torts).*

(Cette contribution publiée ci-dessus, Titre I^{er}, Chapitre II, Section I, § 69).

GENY, *Du régime juridique des associations et spécialement de la constitution d'un patrimoine au profit des associations sans but lucratif d'après le Droit Belge comparé au Droit Français.*

(Cette contribution publiée ci-dessous dans le Chapitre VII : « Le Droit Comparé des Personnes Juridiques », § 101).

SECTION II

**LE DEVELOPPEMENT ET LES TENDANCES
DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF EN FRANCE**

NICOLAS, *Observations au sujet du pouvoir discrétionnaire de l'Administration.*

MESTRE, *La procédure d'arbitrage et le prix de l'énergie électrique.*

OBSERVATIONS AU SUJET DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE DE L'ADMINISTRATION

Par M. NICOLAS,

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

L'existence et la distinction des recours contentieux en droit administratif français ont donné lieu à bien des études. Il semblerait qu'aujourd'hui, en présence de cette masse imposante de décisions rendues par ce que nous appelons les juridictions administratives, un accord soit enfin réalisé sur la définition et la classification de ces recours.

M. Roger Bonnard a projeté sur tous ces problèmes une vive lumière ⁽¹⁾; si nous croyons pouvoir, après lui, présenter encore quelques considérations sur le sujet, c'est que lui-même, après avoir critiqué la doctrine dominante et tenté de donner de nouvelles bases à la répartition des litiges entre ce qu'on appelle communément les recours de pleine juridiction et les recours pour excès de pouvoir, reconnaît que « si les deux contentieux portés devant le Conseil d'Etat avec des procédures différentes correspondent l'un au contentieux de l'exécution matérielle, l'autre au contentieux de la légalité des actes, leur répartition entre les deux catégories matérielles n'est pas exactement et rigoureusement réalisée » ⁽²⁾.

Les aveux doivent être plus complets. La vérité est qu'il est à peu près impossible (à moins de ne s'en tenir qu'à un critérium purement externe et procédural) de condenser en une formule, de ramener à une idée les principes qui délimitent les domaines respectifs des contentieux de pleine juridiction et de l'excès de pouvoir. Ces principes, aujourd'hui encore, sont loin d'être fixés et ils constituent bien plus l'aboutissement de tendances venues de divers points de l'horizon administratif que la traduction d'une règle abstraitement dégagée à priori.

Nous voudrions essayer de saisir un instant fugitif de l'histoire de ces recours contentieux, instant qui se caractérise par le rapprochement des deux institutions, lequel s'explique sans doute par leur identité.

On sait que le recours pour excès de pouvoir porté devant le Conseil

(1) *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*. Rev. du Droit Public, 1923, p. 363. *Les droits subjectifs des administrés*. Rev. du Droit Public, 1932, p. 695. *Le contrôle juridictionnel de l'administration*. Bibliothèque de l'Institut international de Droit Public, VI, 1934.

(2) *Le contrôle juridictionnel*, p. 169.

d'Etat ⁽³⁾ ne peut aboutir qu'à l'annulation d'un acte administratif dont la contrariété avec une loi ou un règlement a été reconnue. Le recours de pleine juridiction, porté devant le Conseil d'Etat, juge de droit commun, ou devant une autre juridiction administrative, aboutit ou peut aboutir à une décision qui rétablira le requérant dans la situation à laquelle l'administration avait abusivement porté atteinte : ainsi l'administration débitrice sera condamnée à payer; responsable, elle sera condamnée à réparer; détentrice d'un cautionnement, elle sera condamnée à rembourser.

La lecture la plus superficielle d'un recueil de jurisprudence fait aisément sentir cette double attitude du juge qui, tantôt, dans une formule brève, se contente d'annuler, tantôt, dans un dispositif analogue à celui d'une décision judiciaire, réforme une décision, rétablit une situation, condamne l'administration à payer. On ne saurait évidemment en rester là et ne définir les deux recours que par les pouvoirs reconnus au juge, car les plaideurs n'ont pas le choix d'user à leur gré de l'une ou de l'autre voie. Seuls certains procès peuvent bénéficier des avantages considérables qu'offre la procédure du recours pour excès de pouvoir. Il s'agit de déterminer quels sont ces procès l'aspect théorique et l'aspect pratique du problème se confondent.

La doctrine française moderne, dans son ensemble ⁽⁴⁾, propose la distinction suivante : Dans le contentieux de pleine juridiction la contestation qui est soumise au juge porterait sur la violation d'un droit propre au requérant, les auteurs disent volontiers d'un droit subjectif. Au contraire, dans le contentieux de l'excès de pouvoir la contestation ne pourrait porter que sur la violation d'une règle de droit générale et impersonnelle. Dans le contentieux de la pleine juridiction le requérant demanderait et obtiendrait le rétablissement de sa situation personnelle; dans le contentieux pour excès de pouvoir, il suffirait de chasser de l'ordonnancement juridique l'acte contraire à la légalité. En d'autres termes, tandis que dans le contentieux de la pleine juridiction, le requérant aurait le caractère d'un véritable plaideur dont la situation juridique serait l'objet même du procès, plaideur dont la qualité, les intérêts, les droits devraient être appréciés par le juge, plaideur au profit duquel ou contre lequel une sentence serait rendue, tout au contraire le requérant, dans le recours pour excès de pouvoir demeurerait en quelque sorte étranger à l'instance. Il n'interviendrait qu'au début, pour signaler au juge qu'une illégalité a été commise; puis sa personne deviendrait tout à fait indifférente au développement du procès. « En cette matière, les intérêts ou les droits particuliers disparaissent; ils sont apparus un moment pour rendre le pourvoi possible; aussitôt l'action engagée, ils s'effacent parce que leur violation même ne pourrait servir de motif à l'annulation » ⁽⁵⁾. En réalité dans ce recours, il n'y aurait même

(3) Sauf exception résultant du Décret du 5 mai 1934. Cf. G. Mac-Grath : Les litiges individuels concernant les fonctionnaires départementaux et communaux. Thèse Caen, 1936.

(4) Berthélemy : *Traité de Droit Administratif*, 13^e éd., p. 1.120. Hauriou, note sous Cons. d'Etat, 8 décembre 1899, S. 1900.3.73. Duguit : *Droit Constitutionnel*, II, p. 495. Jèze : *Exposé critique d'une théorie en faveur au Conseil d'Etat sur la classification des recours*, Rev. du Droit Public, 1908, p. 671. Rolland : *Précis de Droit Administratif*, n^{os} 321 et 322.

(5) Concl. Léon Blum, Cons. d'Et. 29 nov. 1912, Boussuge, *Rec. Sirey* 1914.3.33.

pas un requérant, mais un dénonciateur qui disparaîtrait pour ne plus laisser devant le juge que l'acte incriminé et la loi avec laquelle cet acte va être confronté.

Il ne fait pas de doute que cette conception a été celle du Droit positif français; il est même facile d'indiquer la date à laquelle cette théorie a reçu en jurisprudence sa plus catégorique expression ⁽⁶⁾. Dans certaines affaires relativement récentes, ce critérium a été, soit invoqué ⁽⁷⁾, soit adopté ⁽⁸⁾. Le Conseil d'Etat en a cependant aujourd'hui repoussé certaines conséquences par quelques-unes de ses décisions qui obligent ainsi à réviser une conception quasi-unaniment admise.

La première observation que l'on doive formuler est que, dans le recours pour excès de pouvoir, le rôle de dénonciateur des actes illégaux ne peut pas être joué par le premier venu : il faut avoir ce qu'on est convenu d'appeler « un intérêt personnel » à l'annulation de la décision attaquée. La doctrine classique ne manque pas de faire remarquer qu'il n'y a dans cette exigence qu'une simple condition de recevabilité, qu'on n'a d'autre but que d'écarter ainsi les dénonciations calomnieuses et que c'est arbitrairement, pour des raisons d'ordre pratique, que le prétoire du juge de l'excès de pouvoir est réservé à ceux-là seuls qui peuvent justifier d'un intérêt personnel.

Les auteurs qui soutiennent ce point de vue se placeraient volontiers sous l'autorité de Laferrière qui effectivement a présenté cette distinction entre le droit qui est l'objet du recours de pleine juridiction et l'intérêt qui est la simple occasion du recours pour excès de pouvoir. Et cependant Laferrière a écrit : « Si une décision discrétionnaire ne peut jamais blesser que de simples intérêts par les dispositions qu'elle édicte, elle peut néanmoins blesser de véritables droits par la manière dont elle est rendue; c'est ce qui arrive lorsque les règles de compétence et de forme ne sont pas observées; car chacun a le droit d'exiger dans toute décision qui le touche l'observation de ces règles qui sont garanties communes de tous les intéressés. C'est ainsi que l'idée d'un droit lésé, cette idée mère de tout contentieux administratif, apparaît aussi dans la matière de l'excès de pouvoir » ⁽⁹⁾. Il y a dans ce passage de Laferrière tous les éléments : intérêt, droit, droit d'exiger qui vont permettre de reprendre le problème, objet de cette étude.

Le droit est une conception dynamique; il consiste essentiellement en une certaine force qui est attachée à un intérêt pour en assurer la protection ou la défense. A l'état statique droit et intérêt se confondent; mais qu'un fait quelconque, positif ou négatif, matériel ou juridique, vienne porter atteinte à un certain intérêt, si celui-ci est assorti d'une force que permet de vaincre l'obstacle, de réduire la résistance, de supprimer la cause de lésion, il est un droit. Laferrière parlait de « droit d'exiger »; M. R. Bonnard parle de « pouvoir d'exiger »; mais l'idée même d'exigence implique qu'en cas de résistance un pouvoir de contrainte, une force, pourra se déployer, réduisant l'obstacle, mettant à néant l'acte contraire à l'intérêt.

(6) Cons. d'Et. 8 décembre 1899, Ville d'Avignon, S. 1900.3.73 et les conclusions du commissaire du gouvernement Jagerschmidt.

(7) Concl. Léon Blum, Cons. d'Et., 29 novembre 1912, précité.

(8) Cons. d'Et. 8 mai 1912, Lafage, *Rev. du Droit public*, 1912, p. 287, note Jèze.

(9) *Traité de la juridiction administrative*, II, p. 436.

Ainsi le créancier a un droit, car au service de son intérêt existe une force qui vaincra la résistance du débiteur; en revanche, les riverains d'une voie publique n'ont pas de droit à la réfection de la chaussée puisqu'aucune force n'existe permettant de réduire à néant le refus qu'opposerait l'administration à une demande qui lui serait adressée d'engager des travaux.

Mais puisque le droit se caractérise par ce pouvoir d'exiger qui ne prend toute sa signification qu'en cas de résistance lorsqu'il se transforme en pouvoir de contrainte, en un déploiement de force, il ne peut être établi que par la loi. Aucun homme, dans un Etat de droit, n'a compétence pour décider que son intérêt l'emportera sur l'intérêt d'un autre homme ou de tous les autres hommes. Les hommes peuvent bien assurer le triomphe de leurs intérêts par la force matérielle; mais la victoire n'est plus qu'un fait du monde physique. Quand on parle de force attachée à un intérêt, on ne parle que de la force qui résulte d'un classement des intérêts établi par le législateur ⁽¹⁰⁾.

Le législateur dispose d'ailleurs dans l'établissement de cette hiérarchie de la plus grande latitude; il peut n'attacher aucune force à un intérêt donné, ou il peut ne l'assortir d'une force que pour vaincre certains obstacles, n'en assurer la protection que contre certaines atteintes ou que sous certaines conditions.

Le législateur peut également désigner de différentes façons les intérêts qu'il assortit de cette force qui les transforme en droits: il peut, soit en préciser lui-même la nature, les modalités et le contenu, soit n'en indiquer que la nature en laissant aux particuliers le soin d'en fixer l'objet et le montant. Il n'y a pas, il ne peut pas y avoir de différence entre ces deux hypothèses: dans les deux cas c'est la loi qui donne force à l'intérêt et c'est la loi seule; les actes d'intelligence ou de volonté qui ont placé certains intérêts dans le cadre tracé par le législateur n'ont pas pu attacher une force à l'intérêt en cause. Cela est si vrai que ces mêmes actes d'intelligence ou de volonté accomplis à propos d'intérêts différents de ceux visés par le législateur, qu'il s'agisse d'une différence de nature, de qualité ou d'étendue, demeurent des manifestations sans sanction.

Ce point de vue est généralement admis ⁽¹¹⁾, mais on n'en continue pas moins à opposer les deux situations, celle née directement de la loi et celle issue d'un acte intellectuel d'un particulier émis dans le cadre de la loi ⁽¹²⁾, en faisant remarquer que la première est aussi instable que la loi dont elle dérive, tandis que l'autre serait intangible et permanente. Pour expliquer cette solidité des situations « subjectives » Duguit fait, très

(10) Duguit, *Droit constitutionnel*, I, p. 127: « Dans un groupement social humain, nous n'apercevons que des volontés individuelles, toutes égales. On ne voit pas, on ne peut pas concevoir quel élément d'ordre positif humain pourrait constituer une hiérarchie de volontés, une supériorité d'une ou de plusieurs d'entre elles sur une ou plusieurs autres. »

(11) Duguit: *Droit Constitutionnel*, I, p. 260. Carré de Malberg: *Théorie de la formation du droit par degrés*, p. 88 et s. Cf. René Capitant: *L'Illicite*, p. 210.

(12) R. Bonnard: *Les droits subjectifs des administrés*, Revue du Droit Public, 1932, p. 711, en note: « Cette distinction des droits par une source a été formulée à une date relativement récente... Certains, comme Jèze et moi-même, la tiennent pour essentielle. Elle présente, en effet, un intérêt considérable pour le droit administratif français. Elle est notamment à la base de la distinction des recours devant le Conseil d'Etat en recours de pleine juridiction et recours pour excès de pouvoir. »

brièvement d'ailleurs, allusion aux nécessités de la sécurité et de la stabilité des situations juridiques ⁽¹³⁾. Mais ce n'est là qu'un conseil donné au législateur et non l'explication d'une différence. Les stipulations particulières ne peuvent avoir plus de force que la loi qui les consacre. On ne voit pas d'ailleurs comment l'acte intellectuel d'un particulier pourrait avoir cette vertu de créer du définitif dans un système où, tout dérivant de la loi, il n'y a de situations protégées que celles qui sont conformes aux règles actuellement en vigueur et toujours modifiables.

Pour une autre raison on ne saurait retenir la distinction entre ces deux catégories de situations comme base d'une distinction des recours contentieux : ce serait méconnaître la nature de ces recours. L'objet du recours contentieux n'est et ne peut être qu'une question de droit ⁽¹⁴⁾. Le grief invoqué est toujours le même : on se plaint qu'un fait s'est produit, juridique ou matériel, qui est contraire au Droit; on ne se plaint jamais que d'une violation de la légalité. Qu'un fonctionnaire soit révoqué sans avertissement, il soutiendra qu'il y a eu une violation de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905; qu'un créancier ne soit pas payé, il invoquera l'article 1134 du Code civil. Sans doute, dans ce dernier cas, le montant de la créance, les modalités de paiement, etc., ont été fixés par un acte auquel le créancier a concouru; mais ce qui autorise le recours contentieux ce n'est pas cet acte qui n'a fait que déterminer les contours d'un intérêt, mais la loi qui seule a donné valeur juridique à cet intérêt. Tenir compte de l'intérêt en jeu ou de la façon dont cet intérêt a été précisé, c'est se placer en dehors du plan juridique; seules peuvent être prises en considération les règles qui ont permis à ces intérêts de faire l'objet d'un recours contentieux; et ces règles, dans tous les cas, se présentent comme identiques à elles-mêmes : elles mettent au service d'un intérêt la force qui en assurera le respect.

Il apparaît ainsi que l'identité des règles entraîne l'identité de situations juridiques et, par voie de conséquence, identité des recours par lesquels la force protectrice, en quoi réside le droit, sera mise en œuvre.

Comment dès lors expliquer, sinon la formation historique de la dualité du contentieux administratif français, du moins la répartition actuelle des litiges entre les deux recours qui coexistent ?

On peut, là encore, emprunter à Laferrière l'idée-mère qui permet de répondre : « Si, dit-il, une décision discrétionnaire ne peut jamais blesser que de simples intérêts par les dispositions qu'elle édicte, elle peut néanmoins blesser de véritables droits par la manière dont elle est rendue. » Ce passage permet de construire toute la théorie du pouvoir discrétionnaire et voici l'intérêt de cette construction : Il est bien certain que lorsque la loi érige un intérêt en droit et l'arme pour lui permettre de triompher des obstacles qui s'opposeraient à lui, elle crée du même coup (ce sont deux aspects de la même idée) une obligation à la charge de celui qui est susceptible d'élever cet obstacle. Tout droit d'une partie comporte une obligation symétrique de l'autre partie; si bien que la loi, lorsqu'elle veut établir un

(13) Duguit : *Droit Constitutionnel*, II, p. 303.

(14) Duguit : *Droit constitutionnel*, II, p. 421 et s. R. Bonnard : *Contrôle juridictionnel de l'Administration*, p. 32.

droit, peut en reconnaître l'existence au profit du bénéficiaire ⁽¹⁵⁾ ou imposer une obligation à la charge de l'autre partie ⁽¹⁶⁾.

Là où aucun droit n'est reconnu, où aucune obligation n'est consacrée, il y a liberté d'action, il y a pouvoir discrétionnaire, en face duquel, dépourvu de toute efficacité juridique, ne se rencontre qu'un intérêt. Il est donc de la plus haute importance de déterminer quand il y a pouvoir discrétionnaire au profit de l'administration ou obligation à sa charge parce que corrélativement il y aura chez l'administré un intérêt incapable d'être défendu en justice, ou, armé pour triompher, un droit. Sans aborder cette question ⁽¹⁷⁾ deux remarques doivent être formulées :

On peut d'abord remarquer que pour l'administration le pouvoir discrétionnaire est la règle, règle qui tient en partie sans doute à la conception originaire de notre administration, façonnée suivant les idées consulaires, mais qui, encore que nous nous écartions sans cesse de la notion administration-puissance publique, demeure à la base de nos institutions administratives; on peut traduire cette idée en disant qu'une des règles fondamentales du droit administratif français est que l'administration est maîtresse de ses initiatives.

On doit observer ensuite que l'idée de pouvoir discrétionnaire n'est pas une idée simple, car toute activité, qu'il s'agisse d'ailleurs d'activité administrative ou d'activité individuelle se décompose en plusieurs éléments dont chacun peut tomber sous la prise d'une règle créatrice d'obligation. On peut aisément imaginer des règles de but, de compétence, de forme et de fond; il se peut que sur tous ces points la loi ait édicté des dispositions précises qui ne laissent aux administrateurs aucune latitude d'appréciation personnelle; le pouvoir discrétionnaire n'existe plus; tout est prévu, compté, mesuré dans la loi; l'intérêt de l'administré est intégralement protégé; son droit est complet.

Mais il est exceptionnel qu'il en soit ainsi parce que l'administration est précisément faite pour apprécier suivant les circonstances de temps et de lieu, l'opportunité d'une intervention et fixer en conséquence l'objet de son activité. Si bien que la loi imposera aux administrateurs l'obligation de se conformer à certaines règles (généralement de but, de forme, de compétence), mais sur certains points (choix du moment, des moyens, etc...) respectera leur liberté. Réciproquement, l'administré aura droit au respect des règles édictées (droit à une certaine forme, à un certain but, droit à l'intervention de tel agent); en revanche, son intérêt est dépourvu de toute force pour obtenir que tel acte soit accompli à tel moment, ou que tel procédé soit adopté, etc...; son intérêt n'est que partiellement protégé; son droit est incomplet.

On peut donc rencontrer trois sortes de situations :

La loi n'a pas pris en considération un intérêt donné; celui-ci, dépourvu de toute force, devra subir les atteintes dont il sera l'objet. Aucun juge ne pourra faire cesser ces atteintes et rétablir la situation qui a été troublée.

(15) L. du 22 avril 1905, art. 65, « Tous les fonctionnaires... ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les notes... composant leur dossier... »

(16) L. du 1^{er} décembre 1913, art. 19. « Le maire est tenu de donner récépissé des réclamations qui doivent être portées à la Commission cantonale. »

(17) R. Bonnard : *Le pouvoir discrétionnaire*, loc. cit. et *Le contrôle juridictionnel*, p. 60 et 33.

Nous avons connu en France cette hypothèse dans ce qu'on appelait la théorie des actes discrétionnaires ⁽¹⁸⁾; le juge déclarait le recours irrecevable.

Ou bien la loi a réduit à néant le pouvoir discrétionnaire en imposant à l'administration des obligations si précises qu'elles ne laissent aucune liberté d'appréciation; l'intérêt de l'administré sera alors complètement protégé et le juge, en cas de contestation, faisant cesser toute atteinte, rétablira l'intégralité de la situation compromise.

Ou bien enfin la loi n'a supprimé le pouvoir discrétionnaire que sur certains points, laissant pour le reste à l'administration toute liberté d'appréciation; le juge pourra bien censurer l'activité administrative sur ces points (ex. : forme, compétence, but) à propos desquels une obligation a été imposée, mais pour le reste (ex. : moment, objet) l'administré est sans droit. Le juge qui ne peut se substituer à l'administration, maîtresse de ses initiatives, ne pourra qu'annuler la décision contraire aux règles édictées, sans pouvoir, s'il n'y a obligation légale quant à l'objet et au moment, substituer une nouvelle décision à celle qu'il vient de réduire à néant; cette décision serait, en effet, celle du juge et le juge ne peut rien ajouter à l'ordre juridique existant; le juge ne peut donner à l'administré plus de droit qu'il n'en a en vertu de la loi; les pouvoirs du juge, quel qu'il soit, s'arrêtent au moment où commence le domaine réservé au pouvoir discrétionnaire ⁽¹⁹⁾.

Ainsi peut se saisir la différence entre les deux recours contentieux, celui où le juge a la plénitude de la juridiction quand sa décision est prévue par la loi ou les actes incorporés à la loi, et celui où il ne peut qu'annuler parce que la loi, ayant décomposé un intérêt en ses éléments, n'assure la protection que de certains de ces éléments, abandonnant les autres au pouvoir discrétionnaire. On renoue ainsi avec une vieille théorie qui fondait la distinction des recours sur l'étendue des pouvoirs reconnus au juge ⁽²⁰⁾. Mais il y a plus qu'une simple constatation; la dualité des recours s'explique par une différence dans l'étendue des droits.

Il convient de reconnaître que les résultats auxquels aboutit cette manière de voir coïncident, la plupart du temps, avec ceux auxquels conduit la théorie dominante dans la doctrine française qui, on le sait, distingue les situations nées de la loi ou des règlements et en fait l'objet des recours pour excès de pouvoir, de celles nées de la collaboration de la loi et des administrés pour en faire la matière des recours de plein contentieux.

Mais cela peut aisément s'expliquer par cette circonstance que, pour les situations créées uniquement par la loi, l'intérêt de l'administré n'est

(18) Le doyen Berthélemy (*Droit administratif*, 13^e éd., p. 1.129) écrit : « Les actes discrétionnaires de l'Administration ne sauraient atteindre le droit des administrés; ils peuvent léser leurs intérêts et c'est pour cela qu'ils sont susceptibles d'être attaqués par le recours pour excès de pouvoir. »

Il est évident que les actes discrétionnaires ne peuvent léser un droit, pour la raison qu'il n'y en a pas puisqu'il y a pouvoir discrétionnaire; en face du pouvoir discrétionnaire il n'y a qu'un intérêt qui peut être atteint. Mais n'étant pas pris en considération par la loi, il ne peut être défendu devant aucune juridiction. Une administration investie de pouvoirs discrétionnaires ne peut commettre d'illégalité.

Notons d'ailleurs que cet intérêt, à l'état pur, n'existe plus en Droit français où l'administré a toujours un droit à une certaine finalité.

(19) Fritz Fleiner : *Droit administratif allemand*, trad. Eisenmann, p. 162.

(20) Laferrière : *Juridiction administrative*, II, p. 571.

presque jamais assorti par la loi d'une force permettant de le défendre intégralement contre toute atteinte. Il y a presque toujours un reliquat de pouvoir discrétionnaire qui interdit au juge d'aller plus loin que l'annulation des actes contraires aux obligations limitées qui s'imposaient aux administrateurs.

En revanche, lorsqu'il s'agit des situations dites subjectives dont le contenu a été fixé par les particuliers (le type des situations subjectives est celle née du contrat), comme les particuliers ont été appelés à délimiter eux-mêmes le contenu de l'intérêt que la loi protège, on peut penser qu'ils l'ont fait avec le maximum de précision. Dans les moindres détails la liaison s'est établie; à aucun égard la liberté ne peut s'exercer; le juge n'a plus devant lui un domaine dont l'entrée lui est interdite; il peut substituer à une décision illégale la décision voulue par la loi, décision précisée et souvent chiffrée. Le contentieux des situations subjectives est donc normalement un contentieux de pleine juridiction parce que les stipulations particulières, autorisées par la loi, incorporées à la loi, ont éliminé tout vestige de pouvoir discrétionnaire.

On peut alors se demander quel est l'intérêt de présenter une explication nouvelle dont le point de départ est si près de celui de la théorie classique et dont les résultats se superposent à ceux de cette théorie. A ce sujet, voici, semble-t-il, ce que l'on peut dire :

Il existe deux catégories de contentieux, très importants l'un et l'autre et dont la situation est assez ambiguë lorsqu'il s'agit d'en opérer une classification, le contentieux fiscal et le contentieux électoral. L'un et l'autre sont rangés dans le contentieux de la pleine juridiction ⁽²¹⁾; le juge dispose, en effet, du pouvoir de modifier les décisions qui ont été prises ⁽²²⁾; dans l'un et l'autre cas cependant le juge n'apprécie que des situations nées directement de la loi. « ... Le contribuable, tout en étant individualisé dans le rôle, reste, après comme avant cet acte, dans la situation générale et impersonnelle établie par la loi. Il faut conclure très nettement que le contribuable est juridiquement dans une situation objective » ⁽²³⁾. S'agissant du contentieux électoral on pourrait soutenir avec la même force que l'élu est, lui aussi, dans une situation purement objective; son statut dérive entièrement et uniquement de la loi; il n'y a pas de différence à ce propos entre l'individu élu et l'individu nommé ⁽²⁴⁾. Et cependant les procès relatifs à l'annulation vont au juge de l'excès de pouvoir et ceux relatifs à l'élection vont au juge de plein contentieux. Cette différence s'explique si l'on tient compte que pour la détermination de la situation de l'élu tout pouvoir discrétionnaire est exclu. Les voix se comptent; la décision est imposée par des nombres que le juge n'aura qu'à vérifier et, le cas échéant, à rectifier. La même idée explique le classement du contentieux fiscal dans le contentieux de la pleine juridiction : l'administration n'est pas libre d'agir ou de ne pas agir, le moment où elle doit agir est fixé; sa décision est

(21) Laferrière : *Juridiction administrative*, II, p. 321.

(22) En matière de contentieux électoral, Cons. d'Et. 30 juin 1905. Elections de Lignairolles, R. p. 585.

(23) Trotabas, *Science et Législation financières*, n° 335.

(24) Jèze : *Principes généraux du Droit administratif*, II, p. 446 et ss. Duguit : *Droit constitutionnel*, II, p. 517.

en quelque sorte dictée à l'avance; tout est prévu et chiffré dans la loi elle-même.

Il n'y a pas lieu de se demander si l'attribution du contentieux électoral à un juge de plein contentieux est conforme à la nature intime de ces recours ⁽²⁵⁾; tous les contentieux (hormis le contentieux répressif) sont de même nature. Il suffit de relever que la loi, ayant supprimé, dans certains cas, toute marge de pouvoir discrétionnaire, la connaissance des recours ne pouvait être attribuée à un juge qui n'a été institué qu'avec des pouvoirs d'annulation.

Puisque les droits invoqués sont de même nature, quelles que soient les modalités du recours, la situation des requérants est également toujours la même, cette situation étant celle de partie au procès. Cette manière de voir est, on le sait, rejetée; la doctrine dominante soutient que si, dans le recours de pleine juridiction le requérant est bien partie au procès, dans le recours pour excès de pouvoir il n'est qu'un dénonciateur; les vraies parties au procès sont la loi et l'acte attaqué. Or la jurisprudence actuelle repousse cette distinction; l'arrêt le plus retentissant a certainement été celui du 29 novembre 1912 ⁽²⁶⁾ déclarant recevable la tierce opposition contre un arrêt rendu en matière d'excès de pouvoir. « On ne peut identifier plus clairement le recours pour excès de pouvoir avec le recours contentieux de pleine juridiction. » ⁽²⁷⁾. Cet arrêt a surpris ⁽²⁸⁾, au point que Duguit a pu parler à ce sujet « d'inadvertance du Conseil d'Etat »; mais dans la même ligne d'autres décisions ont été rendues par la Haute Assemblée. Qu'il suffise de rappeler que dans les recours pour excès de pouvoir fondés sur un vice de forme, le Conseil d'Etat n'envisage pas seulement l'acte par rapport à la légalité; il examine la situation du requérant par rapport à l'acte; il se demande quelle a été l'influence de l'irrégularité sur cette situation, si c'est bien l'intérêt invoqué qui est protégé par l'obligation imposée à l'administration, si, en d'autres termes, cet intérêt a bien été érigé en droit. Le requérant ne se détache donc pas de la procédure dès que sa dénonciation est faite; le procès est jugé par rapport à lui ⁽²⁹⁾. On peut rappeler encore tous les arrêts qui contiennent la formule d'annulation « en tant que... » par laquelle l'acte attaqué est en réalité maintenu et simplement déclaré inopposable aux ayants droit ⁽³⁰⁾. On peut citer de même les arrêts qui admettent l'opposition contre les arrêts rendus en matière d'excès de pouvoir ⁽³¹⁾, alors que selon le commissaire du gouvernement Jagerschmidt, toute opposition serait irrecevable en matière de recours pour excès de pouvoir, s'il est un recours objectif de légalité ⁽³²⁾. Faut-il encore aller plus

(25) Duguit : *Droit constitutionnel*, II, p. 517. « Le contentieux électoral est l'exemple par excellence d'un recours contentieux objectif d'annulation. »

(26) Boussuge, précité.

(27) R. Alibert : *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, 1927, p. 49.

(28) Duguit : *Droit constitutionnel*, II, p. 497. Jèze : La tierce opposition et le recours pour excès de pouvoir, *Rev. du Droit public*, 1913, p. 331 et s.

(29) Cons. d'Et. 21 janvier 1919, Faure, R. 108. 24 octobre 1919, Bonvoisin, R. 776. 24 mai 1927, Laval, R. 600.

(30) Cons. d'Et. 10 juin 1910, Aubry et Butot, R. 450, 20 décembre 1912, Glize, R. 1.219. 9 février 1917, Taillandier, R. 142. 22 mars 1918, Parrat, R. 299. 3 décembre 1926, Graziani, R. 1.043.

(31) Cons. d'Et., 4 juin 1920, Com. de Linay, R. 557. 29 octobre 1920, Com. de Levallois, R. 883.

(32) Cons. d'Et. 8 décembre 1899, précité.

loin et admettre que le Conseil d'Etat pourrait opposer une fin de non-recevoir au recours pour excès de pouvoir, lorsque antérieurement à l'introduction du pourvoi le requérant a renoncé d'une manière implicite ou explicite au droit de former recours ⁽³³⁾. C'est assez que la lecture de certains arrêts permettent de poser cette question pour que l'on puisse souligner jusqu'à quel point, en droit positif, les deux recours se sont rapprochés.

Ce rapprochement était inévitable du jour où l'administration, cessant d'être exclusivement puissance publique, prenait le caractère d'une entreprise de services publics. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration tend à se restreindre; les administrés se présentent devant le juge avec des droits non seulement plus nombreux, mais surtout plus précis. Le cas est particulièrement frappant pour les fonctionnaires ⁽³⁴⁾; très frappants encore sont les arrêts où le Conseil d'Etat, après avoir annulé une décision illégale, renvoie le requérant devant l'administration « pour faire ce que de droit », arrêts qui s'expliquent par cette considération que la loi ayant prévu elle-même quelle décision devait être prise dans des circonstances données, le juge peut l'indiquer à l'administration. Ces situations sont à la limite du pouvoir discrétionnaire et de la compétence liée; les décisions du Conseil d'Etat sont à la limite du contentieux de l'excès de pouvoir et de la pleine juridiction ⁽³⁵⁾.

Ce rapprochement des deux recours ira-t-il jusqu'à une confusion? « Le recours pour excès de pouvoir pâlit », disait Hauriou au lendemain de l'arrêt du 29 novembre 1912 (Boussuge). On peut en douter. Le recours pour excès de pouvoir se maintiendra avec sa procédure simple et économique pour des raisons d'ordre pratique. Il subsistera parce que l'administration ne peut cesser d'être ce qu'elle est, un organisme interposé entre la loi et les administrés pour l'application de cette loi suivant les circonstances de temps et de lieu et doté par conséquent d'un pouvoir discrétionnaire. Il subsistera et sans doute même se renforcera avec le développement du pouvoir réglementaire des administrations; là, en effet, hors ce qui touche la compétence, le but et la forme, la liaison de la compétence paraît singulièrement délicate ⁽³⁶⁾.

Au surplus, pourquoi tenter de percer l'avenir? Nous n'avons dessein que de chercher une explication permettant de saisir un aspect, sans doute éphémère, d'une jurisprudence essentiellement mouvante.

(33) Cons. d'Et. 2 mars 1934, Plat, 24 mars 1935, Pérignon, S. 1936.3.97.

(34) D. du 5 mai 1934 et D. du 30 octobre 1935. Les litiges individuels des fonctionnaires locaux sont soumis au même juge et assujettis au même régime fiscal. Plus caractéristiques encore sont les arrêts du Cons. d'Etat : 20 mars 1936, Nisus, R. 354. 21 février 1936, Verdagner, R. 227 pour les fonctionnaires locaux des colonies.

(35) Cons. d'Et. 16 octobre 1935, dame Caillard, R. 936. Cfr. : note Hauriou sous Cons. d'Et. 30 novembre 1906, Denis, S. 1907.3.17.

(36) Il faut considérer également que l'art. 3 du C. Civil est applicable aux tribunaux administratifs. Cons. d'Et. 12 juin 1891, Commission syndicale des bois d'Essonvert, S. 1893.3.66.

LA PROCEDURE D'ARBITRAGE ET LE PRIX DE L'ENERGIE ELECTRIQUE

Par Achille MESTRE

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

Jusqu'en 1921, les cahiers des charges des concessions de distribution comportaient d'ordinaire une tarification absolument invariable. Dans une époque de stabilité monétaire, économique et sociale, il n'était pas nécessaire de prévoir une adaptation du prix de l'énergie aux variations des circonstances économiques. Certes, les parties avaient envisagé des oscillations du prix de revient, commandées elles-mêmes par les fluctuations du prix du charbon ou de la main-d'œuvre, mais ces mouvements, d'une amplitude très limitée constituaient l'aléa normal de l'entreprise contre lequel les parties ne cherchaient pas à se garantir. Dans les cas extrêmes, des avenants amiables conclus d'un commun accord entre concédant et concessionnaire intervenaient. L'obstination des administrations concédantes à refuser d'accorder les relèvements de tarifs équitables pendant la guerre avait même conduit le Conseil d'Etat, pour éviter la ruine imméritée des concessionnaires et pour assurer la continuité du service public de distribution, à établir la jurisprudence dite de l'imprévision qui accordait au concessionnaire une indemnité partiellement compensatrice des pertes éprouvées par lui, depuis le jour où l'équilibre du contrat avait été bouleversé dans des conditions imprévisibles.

Les cahiers-types du 28 juin 1921 ont adapté les prix de vente de l'énergie à la situation économique. Pour la détermination de ces prix, ils distinguent un tarif de base et un terme correctif : les tarifs de base sont en principe déterminés pour la durée entière de la concession, leur revision n'étant possible que dans quatre cas limitativement ⁽¹⁾ prévus et qui supposent tous une modification des conditions d'alimentation en énergie. Quant au terme correctif, dont le mode de calcul peut être établi à leur gré par les contractants, il doit permettre de tenir compte « avec le plus d'exactitude possible, des répercussions sur le prix de revient de l'énergie des variations des charges diverses incombant au concessionnaire ». La revision du terme correctif, dont l'insertion n'est d'ailleurs pas obligatoire dans les conventions, devait intervenir soit lorsque le tarif de base était

(1) C. E., 12 décembre 1930, Société Bitteroise, Leb., 1930, p. 1053.

lui-même révisé, soit périodiquement, à des dates prévues par le cahier des charges.

Les cahiers-types établis par le décret du 28 juin 1928, modifié par le décret du 13 octobre 1934, ont maintenu les principes posés en 1921, mais la revision du terme correctif a perdu son caractère obligatoirement périodique et les cas de revision ont été précisés.

Lorsque les deux parties sont d'accord pour réaliser la revision des tarifs de base ou du terme correctif, cet accord doit faire l'objet d'un avenant au cahier des charges et ce document est, aux termes de l'article 11 du cahier-type, approuvé par la même autorité qui a approuvé le document primitif.

Au contraire, si un accord n'intervient pas dans un délai de six mois à compter de la demande de revision, dans le cas où celle-ci est prévue à la convention, « il sera procédé à cette revision par une commission composée de trois membres dont l'un sera désigné par l'administration, le second par le concessionnaire et le troisième par les deux premiers. Faute par ceux-ci de s'entendre dans le délai de quinze jours, la désignation du troisième membre sera faite par le président du Conseil supérieur d'électricité sur une liste arrêtée par ce Conseil. Les tarifs révisés auront leur effet dans un délai de (un an au maximum) à partir de la date de la demande de revision ».

Tels étaient les seuls textes en vigueur au sujet de la revision des tarifs au moment où ont été pris le décret-loi du 16 juillet 1935, tendant à l'abaissement du prix de l'électricité et le décret du 24 août 1935 relatif au Conseil supérieur, textes qui, tout en bouleversant le régime juridique de l'électricité, ont élargi singulièrement le domaine de l'arbitrage en cette matière.

Pour se faire une idée exacte des innovations qu'ils ont apportées, il convient d'abord de se demander quel était l'état de la question sous l'empire des dispositions de l'art. 11 du cahier des charges-type.

**

On sait que l'arbitrage est en principe interdit aux administrations publiques : l'art. 1004 du Code de procédure interdit de compromettre sur les « contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public », et l'art. 83 du même Code déclare « que seront communiquées au procureur du roi les causes qui concernent l'ordre public, l'Etat, le domaine, les communes, les établissements publics ». C'est seulement à titre absolument exceptionnel que la loi du 17 avril 1906 (art. 69) permet l'arbitrage aux administrations pour la liquidation de leurs dépenses de travaux publics et de fournitures et que l'art. 25 de la loi du 16 octobre 1919 le prévoit en ce qui concerne les difficultés relatives à l'aménagement des chutes d'eau.

La procédure instituée par l'art. 11 du cahier-type à l'effet de réaliser une revision des tarifs demandée par l'une des parties (administration ou concessionnaire) ne saurait être considérée comme constituant un arbitrage proprement dit ; le cahier-type est établi par décret et par suite ne peut déroger à une règle légale. La conséquence en est que la révision telle qu'elle est réalisée par la commission prévue ne présente pas la valeur d'une décision arbitrale susceptible d'être rendue exécutoire par ordon-

nance du juge. Elle ne saurait donc constituer qu'un avis particulièrement autorisé, exprimé par les personnes désignées par les parties, mais qui ne s'impose pas obligatoirement à elles. Le verdict de la commission n'entrera en vigueur que si les parties acceptent de le considérer comme la base de leurs futurs rapports et lui donnent la forme d'un avenant au contrat de concession ⁽²⁾.

La seule sanction qui pourrait intervenir soit dans le cas où l'une des parties refuserait de participer à la constitution de la commission prévue à l'art. 11, soit dans celui où elle n'accepterait pas d'introduire dans un avenant les modifications apportées par la commission serait l'allocation de dommages-intérêts accordés à l'autre partie par le juge du contrat.

Dans la période qui a précédé les décrets-lois de 1935, nous sommes donc en présence, en ce qui concerne la revision des tarifs, non pas d'une juridiction arbitrale proprement dite, mais d'une amorce de juridiction professionnelle dont le rôle se borne à proposer aux intéressés, sans qu'aucune procédure ait été organisée, les solutions que ceux-ci devront inclure dans leurs contrats pour qu'elles produisent effet à leur égard. Le seul moyen d'action de cet organisme sur les parties, c'est la menace de dommages-intérêts qui sanctionneront, le cas échéant, leur refus.

★★

A la faveur du bouleversement des industries électriques par suite des décrets de 1935, une réforme profonde a été apportée au système embryonnaire de revision des cahiers-types. Nous voyons, d'une part, les possibilités de modification des contrats se multiplier très largement ; d'autre part, le rôle des commissions arbitrales se préciser et se transformer. Dans la mesure même où les données fondamentales des contrats sont ébranlées, on développe et on précise le rôle des commissions arbitrales. On escompte, en effet, que leurs décisions, émanées de juges choisis par les intéressés, ont des chances d'être mieux accueillies que celles des juges publics. On tend à abandonner la règle d'après laquelle le compromis serait interdit aux administrations publiques en cette matière ; si elle subsiste en principe pour l'ensemble des litiges qui les concernent et si l'Etat continue de considérer qu'il est anormal de voir ses services ou les personnes qu'il tient sous sa tutelle désertar ses tribunaux pour confier la solution de leurs procès à des juges de leur choix, une solution différente tend à prévaloir dans cette matière essentiellement technique de la tarification de l'énergie ; ici, il s'agit en effet non pas tant de dire le droit que de fixer les meilleures conditions d'adaptation d'un contrat à des circonstances nouvelles. La justice ordinaire est lente, surtout dans les grands centres, et il n'est pas bon que les procès de tarification s'éternisent, au risque de voir les décisions judiciaires se traduire par des ristournes ou, au contraire, par des versements, éventualités également fâcheuses. D'autre part, le juge ne peut, en de telles matières, statuer le plus souvent sans être muni de l'avis technique d'experts dont il a une tendance toute naturelle à adopter l'opinion. Les décrets ont préféré avoir recours

(2) En ce sens L'Huillier, *Législation des distributions d'énergie électrique*, p. 109, et réponse du Ministre des Travaux publics à une question écrite, *J. officiel* du 27 septembre 1934.

directement à des commissions ou à des organismes qui, souvent, à des titres divers, joueront le rôle de juridictions professionnelles, et dont les sentences seront d'ordinaire intégrées dans la justice publique de l'Etat par la voie des recours contentieux.

Nous examinerons les réformes de 1935 en ce qui concerne les quatre séries de circonstances dans lesquelles ces décrets ont attribué à diverses commissions un rôle arbitral ou quasi-arbitral :

1° la révision générale des tarifs de distribution prévue par l'art. 16 du décret-loi du 16 juillet et l'art. 2 du décret du 24 août 1935 ;

2° la révision spéciale des clauses du cahier des charges autres que les tarifs (art. 22 du décret-loi du 16 juillet 1935) ;

3° la révision des contrats conclus par le distributeur avec ses propres fournisseurs (art. 9, § 3 du même décret-loi) ;

4° la fixation de l'indemnité de rachat (art. 22 et 25 du même décret-loi).

Aux termes de l'art. 14 du décret-loi du 16 juillet 1935, « il est ouvert aux autorités concédantes, en dehors des cas prévus par l'article 11 du cahier des charges, un droit général de revision qui devra être exercé avant le 1^{er} juin 1936 ⁽³⁾. A cette occasion, les tarifs seront mis en harmonie avec les dispositions du présent décret. Si un accord n'intervient pas dans les six mois, il sera procédé pour cette révision dans la forme prévue par l'art. 11 du Cahier des Charges ».

Le droit général de révision ouvert au concédant par cette disposition ne fait pas double emploi avec les révisions qui peuvent intervenir dans les hypothèses déjà indiquées et que vise l'art. 11 du cahier-type ; elles subsistent avec les caractères que nous avons déjà indiqués, sauf que l'art. 16 du décret-loi augmente largement les pouvoirs d'investigation des commissions ; dorénavant, elles « pourront prendre connaissance de la comptabilité des entreprises dont les tarifs sont à réviser » ; cette disposition assez anodine en apparence est au fond singulièrement hardie, puisqu'elle attribue aux trois commissaires dont l'un représente l'administration concédante le droit de vérifier toutes les pièces de la comptabilité du concessionnaire et, par là même, de prendre connaissance de sa situation commerciale et financière.

Le but de la procédure prévue par l'art. 14 du décret-loi, c'est la « mise en harmonie » des tarifs contractuels avec les dispositions du décret ⁽⁴⁾. La révision, déclare le texte, est effectuée « dans la forme prévue par l'art. 11 du cahier des charges ». Nous relevons dans cette disposition la préoccupation de rattacher à l'état de choses antérieur la procédure nouvelle et, en quelque sorte, de ménager la transition, quelle que soient la hardiesse des innovations réalisées.

Sans doute, si l'on s'en tient au décret-loi du 16 juillet 1935, l'opinion de la commission de revision, recrutée dans les conditions prévues au

(3) Après cette date, le concédant a perdu le droit de demander la revision. Mais il suffira, pour que son droit à la revision soit sauvegardé, qu'il ait notifié au concessionnaire, avant le 1^{er} janvier 1936, son intention d'user de la revision.

(4) Sur les détails cf. Mestre et L'Huillier, *L'abaissement du prix de l'énergie électrique*, 1936, p. 100 et ss.

cahier des charges, ne constitue toujours qu'un simple avis que seul le consentement ultérieur des deux parties se traduisant par un avenant pourra rendre obligatoire, mais l'art. 2 du décret du 24 août 1935 portant règlement d'administration publique pour l'application du décret-loi permettra d'aboutir ensuite à une décision obligatoire pour elles.

Sans doute, après comme avant le décret du 24 août, la commission ne formule qu'un avis, qui ne saurait avoir par lui-même la valeur d'une sentence arbitrale ; mais ce dernier décret a conféré au Conseil Supérieur de l'Electricité le droit de prendre une décision exécutoire par elle-même, dans le cas où la procédure confiée à la commission n'aboutirait pas.

Cette attribution ainsi conférée au Conseil Supérieur est tout à fait exceptionnelle ; en effet, cet organisme n'a d'ordinaire qu'un rôle purement consultatif : donner des avis aux pouvoirs publics, parfois à titre obligatoire, parfois à titre facultatif, sur l'ensemble des questions intéressant le régime de l'électricité. Au contraire, en notre matière, l'art. 2 du décret du 24 août 1935 a fait du Conseil Supérieur une autorité administrative investie du droit de décider dans les trois hypothèses suivantes :

1° lorsque la commission de révision n'a pas été constituée dans le délai d'un mois « à partir de la notification faite par l'une des parties du commissaire choisi par elle » ;

2° lorsque la commission, après s'être constituée, n'a pas statué dans les deux mois à dater de sa constitution ;

3° lorsque les parties n'auront pas signé un avenant fixant les nouveaux tarifs dans le délai d'un mois après que la commission aura statué.

On le voit, le décret n'a recours à la décision du Conseil supérieur que dans le cas où la procédure traditionnelle de l'avis donné par la commission n'aurait pas directement abouti. A une décision par voie d'autorité, le décret préfère en principe le système de l'entente bénévole par les moyens traditionnels ; mais s'il est démontré que le litige menace de s'éterniser, une solution rapide et autoritaire interviendra. Le Conseil Supérieur où les divers intérêts opposés se trouvent d'ailleurs représentés, statue ici comme une autorité administrative ; par suite sa décision s'impose aux parties et les tarifs modifiés par lui entreront en vigueur par eux-mêmes sans qu'il soit nécessaire de les incorporer dans un avenant modifiant la concession et aucune approbation ne devra être demandée à l'autorité qui a approuvé le cahier des charges.

Il est à remarquer que le Conseil Supérieur statuant sur les intérêts opposés du concédant et du concessionnaire en ce qui concerne la révision générale des tarifs n'est pas une juridiction ; sa tâche ne consiste pas à dire le droit, mais à « harmoniser » les contrats avec l'état de choses nouveau ; il constitue une autorité administrative pour laquelle le décret a d'ailleurs pris quelques garanties de procédure ; c'est ainsi que « les parties seront entendues ou dûment invitées un mois avant la séance du Conseil Supérieur à faire parvenir leurs observations » (art. 2, § 3 du décret du 24 août).

Aucune indication n'est donnée ni sur la manière dont le Conseil devra être saisi, ni sur les pouvoirs dont il sera investi, ni sur les recours dont sa décision sera susceptible.

Sur le premier point, il semble qu'il doive être saisi par les soins de

la partie la plus diligente et que l'expiration des délais prévus par l'art. 2 ne suffise point pour qu'il puisse statuer d'office sur la révision. Dans le cas, par exemple, où la commission ordinaire de révision n'aurait pu se réunir faute pour l'une des parties de désigner son commissaire dans le mois de la désignation de l'autre, il sera toujours possible de compléter la commission par la nomination du ou des membres manquants, tant que le Conseil Supérieur n'aura pas été saisi.

Quant à ses pouvoirs, le décret lui donne expressément le droit de « statuer ». Qu'est-ce à dire sinon qu'il a pleine autorité pour déterminer les nouveaux tarifs qu'il jugera opportuns, pourvu toutefois qu'il observe les règles légales et en particulier les prescriptions des décrets-lois ? Au cas où la commission a déjà statué, il n'est nullement tenu de conformer sa décision à l'avis qu'elle aura donné.

Les recours contre la décision du Conseil Supérieur seront exercés devant la justice administrative conformément au droit commun. Concessionnaire et concédant liés par le contrat de concession devront demander au Conseil de préfecture juge du contrat de statuer sur les atteintes au contrat qu'ils pourraient alléguer contre la décision du Conseil Supérieur, alors que les usagers qui sont à cet égard des tiers n'auraient à leur disposition que le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat à l'effet de faire annuler la décision du Conseil Supérieur.

On peut d'ailleurs se demander jusqu'à quel point la solution apportée par le décret du 24 août 1935 relativement au pouvoir du Conseil Supérieur est légale. Le décret en question n'est pas en effet lui-même un décret-loi, mais seulement un règlement d'administration publique pris en exécution d'un décret-loi qui n'a nullement prévu la création d'une nouvelle autorité administrative. Or, il est de principe qu'il n'appartient pas au pouvoir exécutif de créer des autorités administratives investies de pouvoirs propres de décision, alors surtout que ces autorités sont investies du droit exceptionnel de modifier, à la demande d'une seule des parties, des contrats régulièrement conclus. Sur ce point, l'art. 11 du décret-loi du 16 juillet avait été beaucoup plus timide, puisqu'il se bornait, après avoir annoncé la possibilité d'une révision générale des tarifs, à recourir au procédé classique du recours à la commission prévue à l'art. 11 du cahier des charges de 1921-1928. Le règlement d'administration publique du 24 août s'est montré singulièrement audacieux puisqu'il a conféré à un Conseil d'ordinaire consultatif un pouvoir de décision qui va jusqu'à lui permettre de porter atteinte aux contrats préexistants.

Quoi qu'il en soit, en ce qui concerne la révision générale des tarifs, les décrets de 1935 se sont bornés simplement à compléter le système traditionnel de révision en superposant à l'organisme habituel qui demeure la Commission organisée par l'art. 11 du Cahier des charges une autorité dont la décision sera douée de la valeur juridique obligatoire qui lui manquait. Dans les autres hypothèses prévues aux décrets-lois, nous serons en présence non plus d'une autorité administrative qui « statue », mais de divers procédés d'arbitrage qui se trouvent d'ailleurs rattachés, par le décret-loi du 16 juillet, à notre système de contentieux administratif.

★★

L'art. 18 du décret-loi du 16 juillet 1935 permet à tout distributeur

public qui a dû diminuer ses tarifs par suite des abaissements directement imposés par le décret-loi de réclamer à son concédant une modification des conditions autres que celles relatives aux tarifs conventionnels ⁽⁵⁾. Il s'agit notamment des clauses relatives à la durée de la concession, aux redevances allouées au concédant ou aux redevances dues à titre d'occupation du domaine. Pour compenser la perte qu'inflige au concessionnaire la réduction du tarif, la révision de l'art. 18 lui permettra d'améliorer sa situation en ce qui concerne les clauses non tarifaires.

La procédure de la révision est calquée sur celle qui est prévue au cahier des charges : « à défaut d'entente entre les parties, il sera procédé par une commission de révision comme il est dit à l'art. 11 du Cahier des charges », déclare l'art. 18, § 2 du décret-loi. En conséquence, si un accord amiable n'a pas abouti dans les six mois qui suivent la demande de révision formulée par le concessionnaire, les membres de la commission seront désignés dans les conditions sus-indiquées.

Mais — et c'est le point sur lequel le décret-loi a profondément innové — la commission est en ce cas investie de pouvoirs arbitraux, le décret-loi ayant certainement qualité pour créer une juridiction ; il ne s'agit plus pour elle d'un avis, mais d'une « décision » immédiatement obligatoire contre laquelle une voie de droit est expressément prévue : un « appel devant le ministre des travaux publics qui statuera après avis du Conseil Supérieur de l'Electricité ».

Le Conseil joue ici, non plus comme dans le cas visé par le décret du 24 août, le rôle d'une autorité administrative, mais seulement celui d'un corps consultatif. C'est au ministre qu'appartient la décision et il a qualité pour « statuer », sur la demande des parties, soit dans le sens de la commission, soit dans un sens différent (art. 18, § 4).

L'acte du ministre constitue une décision administrative qui pourra être déférée par l'une des deux parties au juge du contrat.

On voit le progrès réalisé par la procédure instituée par l'art. 18 du décret-loi : cette procédure aboutit à un véritable arbitrage forcé, lui-même complété par des recours administratifs. Cette superposition peut, certes, paraître singulière ; elle a du moins l'avantage de permettre aux intéressés l'accès d'une juridiction ⁽⁶⁾ à l'effet de voir statuer sur l'opposition d'intérêts qui les divise.

★★

L'art 9, § 3 du décret-loi du 16 juillet 1935 prévoit également le recours à un arbitrage lorsqu'il s'agit de régler la révision des contrats liant un distributeur d'énergie à ses fournisseurs. Par hypothèse, les prix de vente de l'énergie ont été diminués en application des décrets-lois. Est-il juste que le distributeur soit seul à supporter les conséquences onéreuses de la réforme ? Il importe de « répartir équitablement entre les diverses entreprises intéressées les conséquences de l'abaissement des tarifs, en

(5) Sur les conditions dans lesquelles fonctionne la faculté de révision de l'art. 18, Mestre et L'Huillier, *op. cit.* p. 124.

(6) Il est à remarquer que la loi du 11 août 1936 sur la nationalisation de la fabrication des effectifs de guerre a prévu aussi une sentence arbitrale sur l'indemnité, avec la possibilité d'un recours au Conseil d'Etat contre la décision des arbitres.

tenant compte de la situation respective des entreprises ». Les fournisseurs de courant et les transporteurs seront donc appelés par leur client, le distributeur, à lui consentir des conditions de vente ou de transport de courant plus favorables.

« Faute d'accord amiable (entre le distributeur et le fournisseur ou transporteur), il sera procédé à un arbitrage, chaque partie désignant un arbitre et le tiers arbitre étant choisi par les deux premiers ou, à défaut, par le président du Conseil Supérieur de l'Electricité. Il pourra être fait appel de la décision des arbitres devant le ministre des travaux publics qui statuera sur avis du Conseil Supérieur de l'Electricité ».

Ici encore, il s'agit d'une commission effectivement investie de pouvoirs arbitraux (7), mais comme dans l'hypothèse précédente, la partie qui refuse de choisir un arbitre ne peut y être contrainte ; elle sera seulement exposée à une condamnation à des dommages-intérêts au cas où elle s'y refuserait.

La commission, une fois organisée et saisie, joue ici le rôle d'un tribunal arbitral dont la décision oblige immédiatement les parties sans que la rédaction expresse d'un avenant soit indispensable.

Aucune indication n'est donnée sur le délai dans lequel il y aura lieu à l'arbitrage à défaut d'accord amiable, ni même sur le délai dans lequel « appel pourra être fait de la décision des arbitres devant le ministre des travaux publics qui statuera après avis du Conseil Supérieur de l'Electricité ». Cette décision constitue un acte administratif qui est susceptible de recours contentieux pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat (art. 9 de la loi du 24 mai 1872).

★★

L'art. 22 du décret-loi du 16 juillet 1935 prévoit enfin une « expertise » pour la fixation de l'indemnité de rachat. Il s'agit du rachat organisé par le décret-loi en faveur des distributeurs « qui estimeraient ne pas pouvoir se conformer aux dispositions du titre 1^{er} », c'est-à-dire aux dispositions visant l'abaissement du prix de vente de l'énergie. Une option leur est ainsi offerte : ils peuvent ou continuer leur exploitation dans des conditions moins avantageuses et en bénéficiant, s'il y a lieu, des facultés de révision qui leur sont réservées, ou bien abandonner cette exploitation en demandant à l'administration concédante de la racheter.

Solution singulière, puisque le rachat est un procédé administratif auquel seul peut recourir le concédant, alors qu'ici nous sommes en présence d'une mesure demandée par le concessionnaire ; mais solution équitable permettant à un distributeur qui n'a pas mérité d'éviter les risques d'une exploitation jugée par lui impraticable.

Cette demande de rachat est formulée par l'intéressé sans qu'il ait de justification à produire ; le ministre désignera (art. 19, § 2) un distributeur aux services publics qui sera obligé de se charger de l'entreprise ; ce dernier deviendra ainsi en quelque sorte un concessionnaire malgré lui.

Quant à l'indemnité, elle sera celle qui aura été prévue au cahier des charges du concessionnaire de distribution, toutes les fois que ce document a envisagé la possibilité d'un rachat. Tel est le cas par exemple des

(7) Le décret-loi emploie expressément le terme « arbitrage ».

distributions publiques d'électricité concédées après la mise en application des cahiers-types de 1928 ; ceux-ci déclarent que les concessions ne deviennent rachetables que dix ans après leur approbation. Les concessions aux services publics, d'autre part, ne sont en principe rachetables qu'après 25 ans. Dans ces diverses hypothèses et d'une manière générale, quand les conditions de rachat n'ont pas été prévues au cahier des charges ou lorsque les conditions prévues sont inapplicables, on a recours à « l'expertise » pour fixer l'indemnité qui sera versée par le rétrocessionnaire, à moins que, bien entendu, les deux parties ne se soient mises d'accord sur un autre procédé d'indemnisation.

« Les experts, déclare l'art. 22, § 1, sont désignés comme en matière de révision de tarifs ». Il y a là une nouvelle réforme à l'art. 11 du cahier des charges-type de distribution. Mais, en réalité, le terme d'*experts* est manifestement inexact et il s'agit bien là, dans cette hypothèse, d'un véritable arbitrage et non d'une expertise. Le rôle de l'expert est d'éclairer le juge ; quant à lui, il ne décide rien. Or, l'art 24 du décret-loi déclare que les experts « fixent l'indemnité de rachat » et il ajoute que les intéressés pourront interjeter appel dans le délai d'un mois devant le Ministre des Travaux Publics qui statue après avis du Conseil Supérieur d'Electricité. Il n'y a d'appel possible que contre une décision ; par suite, les « experts » prennent une décision : ce sont donc des arbitres. Quant au ministre, il statue en « appel » par une décision administrative contre laquelle peuvent être exercés les recours contentieux aux termes du droit commun.

D'autre part, l'art 23 a prévu le cas où les experts n'auraient pas rendu leur sentence dans les six mois après la demande de rachat ; en ce cas, il sera également statué par le ministre qui pourra être saisi par la partie la plus diligente.

Telles sont les diverses procédures organisées en vue de régler les difficultés provoquées par l'application des décrets-lois. Elles constituent dans leur ensemble un réel progrès par rapport à l'organisation rudimentaire réalisée aux cahiers des charges de 1921 à 1928. D'une manière, certes tâtonnante et rudimentaire, les décrets-lois ont improvisé des sortes de juridictions professionnelles.

Il manque à ces curieux essais deux choses : 1° de la cohérence dans l'organisation ; pour certaines hypothèses, des délais sont prévus et des procédures amorcées ; pour d'autres, l'imagination de l'interprète est obligée de suppléer aux lacunes ou de remédier aux incertitudes du texte ; 2° les moyens de saisir le juge ; dans la plupart des cas, la seule sanction consistera en dommages-intérêts dont sera menacé le justiciable récalcitrant ; ce n'est que dans l'hypothèse visée à l'art. 2 du décret du 24 août 1935 que nous sommes en présence d'une formation judiciaire fonctionnant presque à la manière d'un tribunal ordinaire ; pourquoi faut-il que la validité de cette organisation, la plus poussée, la moins imparfaite de celles que nous avons décrites, soit des plus incertaines : c'est en effet un simple règlement d'administration publique et non pas une loi ni un décret-loi qui a institué tribunal et procédure.

SECTION III

ASPECTS ET TENDANCES DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF DANS LE III^e REICH

HOEHN, *Le droit subjectif public et le III^e Reich.*

(Publié dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre III, consacré au Droit Nationalsocialiste, § 151).

SECTION IV

LES TENDANCES NOUVELLES DANS L'ORGANISATION DES SERVICES PUBLICS

KUNCZ, *Des problèmes de l'organisation des entreprises de services publics.*

DIMOCK, *Nouvelles formes d'entreprises de services publics.*

TREVOUX, *Du service public de Droit Public au service public économique.*

LES PROBLEMES DE L'ORGANISATION DES ENTREPRISES DE SERVICES PUBLICS

Par Edmond KUNCZ

*Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Budapest,
Membre de l'Académie Hongroise des Sciences*

I. — Tout d'abord je tiens à signaler en toute franchise les idées à la lumière desquelles je juge toute la question des entreprises menées par les collectivités publiques. Il est en effet naturel que les principes fondamentaux qui constituent le point de départ des suggestions concernant l'organisation juridique de ces entreprises, doivent grandement influencer sur ces suggestions.

Même dans la lutte chaotique des idées économiques et sociales de nos jours, je suis convaincu que l'ordre de la propriété et de l'initiative individuelle constitue la seule base constante d'une vie économique saine et florissante; que le capitalisme prudemment dirigé — en dépit de ses nombreux vices et abus — est toujours mieux à même de résoudre les tâches de l'économie politique que n'importe quel autre système. Aussi suis-je d'avis qu'il ne s'agit pas de communisme lorsque l'Etat ou les communes, *inspirés par l'intérêt public*, exercent *dans des cadres limités*, des activités économiques. Car ces activités doivent également se déployer et se juger juridiquement selon les lois et les principes de l'économie privée. C'est ainsi que les piscines, les restaurants, les tramways, etc., exploités par les communes, doivent être traités, du point de vue des actes juridiques et de la taxation, à l'égal des entreprises privées. Et l'Etat ou les communes, lorsqu'ils font des actes de commerce, deviennent des « commerçants », comme n'importe quelle personne physique ou juridique.

Donc l'immixtion de l'Etat, qui, de nos jours, prend de plus larges proportions, et de temps en temps revêt même les contours d'un « plan économique » (Planwirtschaft), ne saurait être conçue comme une tentative d'expropriation des entreprises privées ou d'un socialisme étatique. Il ne s'agit que d'expédients imposés à l'Etat par le chômage désastreux, la pénurie de capitaux, les restrictions du commerce extérieur, l'anarchie dans la production, les crises de change et les chutes de prix, pour venir en aide à la vie économique, afin que celle-ci puisse survivre. Or, une fois cessée ou atténuée la crise, l'Etat ne demandera pas mieux que de relâcher le jeu des forces économiques et d'abandonner le champ où il n'avait été astreint que par la *dura necessitas*. Les paroles de l'homme d'Etat hongrois François

Deák, d'après lesquelles : « l'Etat (la loi) n'est pas appelé à *créer* du commerce et de l'industrie, il ne peut que lever les obstacles qui s'y opposent », n'ont cessé de garder leur vérité.

J'adopte donc entièrement le principe qui fut exprimé respectivement par les lois hongroises XVIII de l'année 1930 sur l'administration publique de la cité de Budapest (art. 87) et XXI de l'année 1931 sur le développement de l'industrie (art. 34), et selon lequel l'Etat et les communes doivent se garder de concurrencer les entreprises privées, grâce aux ressources extraordinaires à leur disposition, d'une façon qui pourrait conduire à les ligoter et à mettre à néant la base essentielle de l'ordre social et économique contemporain : *la liberté de tous les individus de pouvoir exercer le commerce et l'industrie*. Aussi ne saurait-on instituer une entreprise de service public qu'au cas d'un besoin motivé par l'intérêt public. Et, abstraction faite des distributions d'eau, d'éclairage et d'énergie industrielle, aucune entreprise d. s. p. ne saurait être instituée pour un besoin auquel les entreprises privées peuvent également satisfaire d'une manière économique, et conformément à l'intérêt public.

Quant à moi, j'y ajouterais encore qu'il ne suffit pas que l'entreprise d. s. p. corresponde à l'intérêt public, il faut encore qu'elle puisse être administrée d'une manière bureaucratique, c'est-à-dire par des fonctionnaires avertis et dignes de confiance. Il faut qu'il s'agisse d'une entreprise où le besoin de *l'administration* domine celui de la gérance des affaires. Car même si une entreprise d. s. p. était dictée par l'intérêt public, elle ne pourrait être menée à bonne fin, si la nature de ses affaires exigeait, d'une manière continue, des initiatives hardies et des adaptations aux conjonctures économiques.

En second lieu, je dois rappeler comme question de principe qu'il serait erroné de considérer les vices et défauts qu'on oppose, en général, aux entreprises d. s. p. comme s'ils leur étaient innés et essentiels. Tout au contraire, le problème dont nous sommes saisis consiste en ce que l'organisation juridique de ces entreprises se fasse de manière à écarter précisément les vices et défauts qu'on leur reproche communément.

En troisième lieu, il faut dégager les entreprises d. s. p. et les distinguer de celles des entreprises privées qui sont subventionnées au moyen de fonds publics. A cet égard, je ne saurais qu'approuver la réglementation du décret du gouvernement hongrois n° 4.600/1933 M. E. qui distingue :

1° Les entreprises à proprement parler de l'Etat (postes, chemins de fer, usines de fer, acier et de machines, forêts, domaines agricoles, sériciculture, caisse d'épargne des postes et industrie houillère);

2° les entreprises, exploitations et institutions des collectivités publiques sans égard à la forme sous laquelle elles ont été fondées, et

3° les sociétés anonymes, coopératives et les sociétés à responsabilité limitée subventionnées au moyen de fonds publics.

Je ne considère comme entreprises d. s. p. que celles des entreprises qui, sous n'importe quelle forme, sont instituées, organisées et dirigées par l'Etat ou une autre collectivité publique.

II. — Pour reconnaître le vrai sens du problème à proprement parler, c'est-à-dire l'organisation juridique des entreprises d. s. p. la mieux apte à éliminer les défauts qui, dans le passé, se manifestèrent dans leur administration, il faut savoir qu'on exagère lorsqu'on croit pouvoir accentuer

l'opposition entre l'entreprise d. s. p. et l'entreprise privée. Car, ce ne sont pas seulement celles-là, mais encore les grandes entreprises du système du capitalisme qui s'opposent aux entreprises privées telles qu'elles sont communément conçues. Notamment, ces grandes entreprises s'adressent à la société tout entière pour lui absorber des capitaux; leurs actionnaires cessent de garder le caractère de « sociétaires », et ne font que fournir des capitaux; l'entreprise devient un « organisme social », où les gérants tiennent compte non seulement des intérêts des actionnaires et des créanciers, mais aussi de ceux des employés, des clients et de l'économie universelle. La conception juridique qui est à la base de l'organisation des sociétés anonymes doit également s'adapter aux aspects modifiés que nous fournissent les grandes entreprises. L'idée du contrat dont est imprégné le Code de commerce français dans ses dispositions concernant la société anonyme, doit donc être remplacée par l'« idée d'institution » unifiant l'intérêt de l'actionnaire avec celui de l'entreprise dont nous venons de voir qu'il englobe les intérêts des employés, des clients et des créanciers à la fois et ne perd pas de vue non plus l'intérêt public.

Keynes a fort bien reconnu que la société anonyme, une fois arrivée à une certaine ampleur et portée, s'éloigne de la sphère des entreprises privées pour se rapprocher de l'entreprise d. s. p., et se « socialiser » elle-même. L'actionnaire qui, du point de vue juridique, devrait dominer la société anonyme, s'écarte de la gérance de celle-ci, et l'idée de la réalisation du maximum de dividende passe au second plan. La constance et l'autorité de l'entreprise l'emportent, aux yeux des directeurs, sur l'augmentation du dividende. Le but principal qu'ils poursuivent, consiste à se maintenir devant l'opinion publique et à donner satisfaction à leurs clients et employés. Cette nouvelle conception de la grande entreprise, dénommée par Rathenau « Unternehmen an sich », par Werner Sombart « Spätkapitalismus », par Keynes « Selbstsozialisierung » et par Geiler « kalte Sozialisierung », et mise au jour par le mouvement de concentration (trust, cartel, concern, holding, etc.) soulève les mêmes problèmes de financement et d'organisation, et provoque la même intervention de l'Etat que les entreprises d. s. p.

Ce serait donc une conception fort erronée de vouloir désigner l'entreprise privée purement individuelle et l'entreprise d. s. p. socialisée comme les deux pôles opposés de l'organisation économique contemporaine. Car *tandis que les grandes entreprises privées, ainsi que nous venons de le voir, revêtent le caractère des entreprises d. s. p., celles-ci tendent à se « commercialiser ».* N'oublions pas que les grandes entreprises privées ne s'attachent à leur indépendance que pendant l'époque où leurs affaires marchent bien, et que dès le moment où les affaires tournent mal et où elles doivent faire appel à l'aide d'assainissement de l'Etat, elles invoquent leur *caractère public* ! Et ce sont encore les mêmes égards de l'intérêt public dont s'inspirent les employés de ces grandes entreprises privées lorsqu'ils tendent à être assimilés aux fonctionnaires publics.

D'ailleurs l'analogie que nous venons d'établir entre l'entreprise de services publics et la grande entreprise privée, se justifie encore dans un autre domaine. Notamment elle aussi ressent le besoin d'une réforme d'organisation. Le cadre que lui avaient assigné les dispositions du Code de commerce, inspirées par la conception démocratique du contrat que vont con-

clure les actionnaires, ne lui convient plus, et elle demande des réformes qui devront lui fournir des garanties d'un fonctionnement de caractère public, et lui assurer des moyens nouveaux de financement. On n'a qu'à rappeler les nombreux projets de modification à cet égard.

Ce n'est donc pas l'opposition insurmontable de l'ordre économique capitaliste et communiste qui résulte à mes yeux de la confrontation de l'entreprise privée avec l'entreprise de services publics. Au contraire, c'est la nécessité d'une adaptation mutuelle à laquelle je conclus à sa suite. Je considère notamment que d'une part, l'entreprise de services publics doit s'approprier l'esprit commercial, la gérance technique et les méthodes d'acquisition de capitaux des grandes entreprises privées, en un mot tout ce que peut lui servir des qualités de celles-ci, et que, d'autre part, les grandes entreprises privées, au-delà des objectifs de bénéfices, doivent être conscientes des devoirs moraux qui s'imposent à elles, et à la suite desquels leurs gérants sont tenus de s'inspirer non seulement des idées de profit, mais aussi de celles de l'intérêt public. Ce n'est que de cette façon qu'on pourra éliminer les deux inconvénients des grandes entreprises dont on se plaint : la gestion sans risque et responsabilité de fonds étrangers, et le défaut de lois morales dans les actes individuels.

III. — En ce qui concerne la forme dans laquelle l'entreprise de services publics pourrait le mieux s'exercer, on est généralement d'avis que c'est la société anonyme qui s'y prête. On invoque sa personnalité juridique à la suite de laquelle son patrimoine peut être séparé de celui de la collectivité publique. C'est dans la société anonyme que se font valoir les principaux avantages de l'activité commerciale : l'unité de la volonté, la spontanéité de la décision, la capacité d'adaptation et l'élasticité du fonctionnement commercial. L'administration publique tutélaire, le bureaucratisme et les lenteurs qui ne font que paralyser l'activité économique peuvent donc être écartés sans aucune difficulté. C'est la circonstance que la majorité des actions est à la disposition de la collectivité publique qui décide du sort de l'entreprise. Il s'ensuit encore cet avantage que l'entreprise de services publics fonctionnant sous la forme d'une société anonyme, jouit d'un crédit qui est indépendant de celui de la collectivité publique, et peut même être augmenté, si les diverses entreprises de services publics constituées en sociétés anonymes s'associent pour réaliser une communauté d'intérêt, comme le font les entreprises privées par la voie de concentration pour mieux pourvoir à leurs besoins de crédit.

Toutes ces argumentations plaident fort bien pour la cause de la société anonyme, mais sans mettre en évidence l'argument décisif en faveur de la société anonyme.

Le principal avantage de la société anonyme consiste notamment dans sa capacité d'attirer des capitaux à l'aide de l'action. C'est ce titre négociable, coté à la Bourse, qui fournit la chance de grands dividendes et de bénéfice sur le cours et nourrit continuellement la passion du jeu des possesseurs de capitaux. C'est l'émission des actions qui constitue la vraie caractéristique de la société anonyme ; sans cela il ne pourrait s'agir que d'une société postiche. Aussi suis-je d'avis que celles des entreprises de services publics qui ne croient pas devoir faire usage de cet avantage de la société anonyme, c'est-à-dire qui peuvent pourvoir à leur financement à l'aide de leurs propres ressources n'ont aucune raison pour se cons-

tituer sous cette forme. Si ce n'est que l'indépendance du patrimoine et la responsabilité limitée qu'elles envisagent, elles pourront fort bien se constituer en société à responsabilité limitée, dont on sait qu'elle s'accorde le mieux avec la conception de la « firme individuelle, dont la responsabilité est limitée » (« *Einmanngesellschaft* », « *one man company* »).

C'est ainsi que la forme de la société anonyme ne me paraît aucunement motivée lorsque c'est la collectivité publique qui fournit les capitaux, garantit toutes les obligations de l'entreprise ou souscrit à toutes les actions pour les garder. Elle ne se recommande et ses avantages indiqués ne se manifestent que lorsque les affaires de l'entreprise rapportent des bénéfices dont l'entreprise de services publics entend faire profiter les épargnants, sans être obligée pour cela de relâcher la direction de l'entreprise.

Lorsque, du point de vue des considérations sus-indiquées, rien ne s'oppose à ce que l'entreprise de services publics soit constituée sous forme de société anonyme, je n'admettrai la constitution que sous la condition de garanties ultérieures et de réalisation de règles d'organisation spéciale.

Quant aux garanties, je considère :

1° Que la constitution de la société anonyme soit soumise à l'assentiment de l'autorité gouvernementale, ainsi qu'il fut prescrit par le législatif hongrois (XVIII : 1930 et XXX : 1931). Cette censure constituera une garantie non seulement dans la question de savoir si l'entreprise de services publics envisagée est en conformité avec l'ordre économique, mais devra encore juger si, dans la situation économique actuelle, elle paraît motivée et profitable. Etant donné le caractère grandement technique de ces questions, l'autorité gouvernementale devra à cet égard prendre l'avis préalable du Centre des Entreprises de Services Publics dont je suggère l'organisation de la manière suivante :

2° Je la conçois comme un organe de contrôle, institué, outre le contrôle ordinaire des sociétés anonymes par les autorités judiciaires, d'une façon commerciale.

Elle devrait notamment exercer un contrôle de comptabilité non seulement à l'égard des gestions des sociétés anonymes indiquées, mais encore contrôler les écritures de toutes les entreprises de services publics exécutées en régie ou d'autres formes et des entreprises privées subventionnées au moyen de deniers publics.

Cette fois-ci, je ne m'occuperai que de ses attributions concernant le contrôle des sociétés anonymes ayant pour objet une entreprise de services publics.

La constitution de ce Centre pourrait avoir lieu soit en société anonyme, soit en société à responsabilité limitée, soit en coopérative et toutes les sociétés anonymes sus-indiquées devraient en faire partie.

Pour assurer le fonctionnement des entreprises de services publics, ainsi que la direction et la gérance irréprochables de leurs affaires, menacées, ainsi que l'on sait, surtout par des immixtions politiques, des méthodes de piston et des chicanes de l'administration publique, je suggère, en outre du contrôle et de la surveillance, que le Centre des Entreprises de Services Publics se charge, en qualité d'organe de confiance (*trustee*) ou de *holding*, du maniement des actions dont les collectivités publiques sont les titulaires, afin qu'elle puisse, de cette façon, exercer une influence dé-

cisive sur la gestion des affaires de chacune des sociétés anonymes indiquées.

C'est le Centre des Entreprises de Services Publics, organe autonome de ces entreprises, placé au-dessus des intérêts locaux et des partis et ne visant qu'à la stricte technicité, qui me paraît seul compétent non seulement pour choisir les administrateurs des entreprises, mais encore pour faire valoir auprès des entreprises de services publics les principes d'exploitation qui se sont vérifiés dans les entreprises privées, et pour s'opposer, d'une manière efficace, à ce que les partis politiques puissent y exercer des influences illégitimes. Etant donné ce caractère de pur intérêt public des attributions du Centre, c'est par son intermédiaire que la collectivité publique devrait exercer son influence sur l'entreprise de services publics, au lieu de se faire représenter par son délégué soit à l'assemblée générale, soit dans la direction. Ce procédé que nous préconisons implique cet avantage que le Centre, tout en étant obligé de suivre les ordres que les collectivités publiques lui auraient donnés en leur qualité d'actionnaires, se trouvera en état d'une part de les limiter aux matières intéressant de près l'exploitation, par exemple politique de la gestion des affaires, tarifs, politique sociale, etc., et, d'autre part, de se refuser, le cas échéant, par la voie du gouvernement, à des interventions mises au service des intérêts des partis politiques ou d'intérêt autres que ceux de l'exploitation.

On reconnaîtra donc que le Centre de l'Entreprise de Services Publics, tel que je le conçois, loin d'être exclusivement une autorité externe de contrôle ayant un caractère négatif et passif sans aucun lien d'intimité, devra constituer l'organe appelé à représenter l'idée de l'entreprise de services publics et à réaliser ses buts idéaux en collaboration avec les entreprises intéressées et les propriétaires de celles-ci. Comme contre-partie de ces attributions importantes, il devrait prendre ses responsabilités en vue d'un correct fonctionnement de ses fonctions de contrôle et de direction. Pour satisfaire aux nombreuses tâches qui lui incombent, il devrait dresser des cadastres des diverses exploitations, les assortir en groupements, confectionner des organisations d'exploitation économique spéciales aux divers genres, établir des concentrations des entreprises similaires, instituer un organe commun de crédit et le charger de pourvoir aux besoins de fonds des exploitations, etc. Inutile de dire que toutes ces besognes ne sauraient être accomplies dès le début et d'un seul coup, et ce n'est qu'au cours du temps et en possession d'épreuves qu'on pourrait s'attendre à les voir accomplies. Le législateur n'aurait qu'à poser les bases d'une saine et fructueuse évolution.

C'est une loi spéciale qui devrait réglementer l'objet et les attributions du Centre des Entreprises de Services Publics ainsi que son rapport avec les collectivités publiques et l'Etat. Etant donné que je ne fais que soulever une idée, il me paraît inutile de signaler même les contours d'une pareille réglementation. Pourtant, je dois rappeler que, vu sa tâche primordiale de contrôle, il devrait être muni d'un nombre suffisant d'experts-comptables assermentés.

3° En dehors des deux garanties principales que nous venons d'indiquer, à savoir la concession de la part de l'autorité gouvernementale et l'ingérence décisive du Centre des Entreprises de Services Publics, garan-

ties qui devraient procurer la constitution et le fonctionnement irréprochables des entreprises de services publics, c'est encore la plénitude des votes ou du moins la majorité qualifiée des votes entre les mains de la collectivité publique qui devraient les garantir.

Cependant, cette garantie doit être construite de façon à ne pas compromettre l'avantage principal de la forme de la société anonyme qui est sa capacité d'attirer des capitaux. C'est-à-dire que la prépondérance de la collectivité publique dont nous venons de parler, ne doit pas se prêter à ébranler la confiance des épargnants qui voudraient acquérir des actions de la société. Pour y arriver, je vois deux alternatives. L'une consiste à autoriser les sociétés anonymes ayant pour objet une entreprise de services publics à munir les collectivités publiques d'actions à vote plural, l'autre à introduire l'émission des *actions de priorité sans vote*, connues depuis longtemps dans le droit anglo-nord-américain.

C'est encore cette dernière alternative qui me paraît la meilleure pour procurer à la société les moyens de financement et assurer en même temps sa bonne organisation intérieure.

C'est le type d'action qui tient le mieux compte des besoins de la société concernant son organisation intérieure, sans compromettre les intérêts de la série variable des actionnaires qui, ne voulant participer à la société que par leurs capitaux, n'ont ni la capacité, ni la volonté de prendre part à la direction de ses affaires. Le droit de vote n'appartenant qu'aux actions ordinaires, qui seraient dans la possession des collectivités publiques, ce seront celles-ci qui, par la voie du Centre des Entreprises de Services Publics, exerceront leur influence, d'une manière exclusive, sur la gestion des affaires de la société. En revanche, la situation privilégiée qui est assurée aux actions de priorité cotées à la Bourse à l'égard du dividende, de la quotité de liquidation, et, éventuellement, de l'amortissement de l'action, rendra ces titres assez intéressants aux yeux des capitalistes pour procurer les moyens de financement nécessaires, pourvu que leur situation juridique soit aussi suffisamment garantie.

L'on sait que les législations anglo-nord-américaines ont assuré cette garantie en faisant revivre le droit de vote des porteurs d'actions de priorité dans le cas où ils ne recevraient pas le minimum de dividende fixé. Dans cette hypothèse, il peut donc arriver que les porteurs des actions de priorité prennent part à l'assemblée et contribuent à des résolutions qui démettent les directeurs de la société de leurs fonctions.

Pareille garantie ne saurait être conférée aux porteurs des actions de priorité dans une société anonyme ayant pour objet une entreprise de services publics. Car elle pourrait aboutir à ce résultat que l'entreprise fût soustraite à l'ingérence de la collectivité publique, ce qui, évidemment, doit être évité. Aussi faut-il songer à d'autres méthodes. Ce peut être que la collectivité publique se porte fort pour le minimum de dividende, et que les résolutions de l'assemblée de la société touchant de plus près aux intérêts de ces actionnaires ne soient valables qu'avec l'assentiment de ceux-ci. Afin que la volonté des porteurs des actions de priorité puisse s'exprimer d'une façon indubitable et réglée, on pourrait fort bien, par analogie avec les titulaires d'obligations, les rassembler et prendre soin de leur représentation à l'assemblée de la société par la voie d'un curateur par eux élu. Je ne vois aucun inconvénient à ce que le curateur soit muni d'attri-

butions ultérieures, notamment qu'il puisse siéger aux séances du conseil d'administration et y prendre la parole, poser des questions, demander des renseignements aux directeurs, qu'il ait le droit d'attaquer devant le tribunal les résolutions de l'assemblée qui seraient en contradiction avec les lois ou les statuts et de demander, en indiquant le but et l'ordre du jour, la convocation de l'assemblée de la société, et enfin de proposer une révision des comptes et des écritures de la société par l'intervention d'experts-comptables assermentés.

IV. — En ce qui concerne le problème de l'organisation de l'entreprise de services publics, c'est à proprement parler la question de savoir quelle est la manière dont on pourra assurer le mieux la direction constante, compétente et honnête des affaires de la société et le travail dévoué de ses employés.

Car, dans la majeure partie des cas, c'est l'absence des qualités sus-indiquées qui constituent la raison de la malchance avec laquelle opèrent les entreprises de services publics. Et si l'on se met à la recherche des origines de cette absence on les retrouvera, à coup sûr, dans les méthodes de piston, d'abus des divers partis politiques et dans des intrigues qui, toutes, s'opposent à ce qu'on puisse disposer constamment de directeurs et d'employés compétents. En effet, en admettant que l'exploitation publique ait réussi à engager des collaborateurs qui lui conviennent, ceux-ci ne pourront pas réaliser leurs projets, car les influences abusives sus-indiquées se dresseront sur leur chemin. Je considère ces conditions de la morale publique comme tellement indispensables que je serais prêt à renoncer aux avantages que fournissent les entreprises de services publics, s'il n'y a pas moyen de les assurer. Car il serait vain d'établir les règles d'organisation les plus précises et les plus opportunes, si les hommes qui sont appelés à les mettre en œuvre font défaut.

Le Centre des Entreprises de Services Publics, dont nous avons suggéré l'institution, se recommande aussi sous ce rapport. C'est lui qui devrait avoir compétence pour désigner — à charge de responsabilité matérielle — les directeurs et les préposés de l'exploitation, fixer les conditions des traitements et salaires de ces derniers, élaborer le règlement de service des employés et prendre soin qu'un juste choix du personnel ait lieu dans tous les services.

Quant au fonctionnement de la direction, du comité de surveillance et des administrateurs (administrateur délégué, directeur en chef, directeur, chef de division, préposé, etc.), ce sont les institutions de la publicité, du contrôle, de la responsabilité et de l'incompatibilité qui sont appelées à assurer leur justesse.

1° En ce qui concerne le principe de la *publicité*, c'est une tâche particulièrement grave dans les entreprises de services publics, car ce sont, en dehors des capitaux des épargnants, des deniers publics qui y sont engagés, et dont il faut rendre compte. C'est le Centre des Entreprises de Services Publics qui est appelé à établir les principes relatifs à l'établissement du bilan et du compte de profits et de pertes, les comptes qui devront renseigner sur la situation de l'exploitation et la marche des affaires, et le contenu des rapports annuels de la direction de façon qu'on puisse être orienté sur les événements de l'exercice écoulé, et enfin c'est encore

ce Centre qui devra obliger les entreprises de services publics à la publication de communiqués mensuels.

2° C'est le domaine du *contrôle* où se justifie le mieux l'institution du Centre des Entreprises de Services Publics. Car, vu ses compétences et attributions que nous avons indiquées plus haut, c'est lui qui réalisera les tâches de la direction principale et du *contrôle préventif*. Mais c'est lui auquel incombe aussi le *contrôle répressif*, exercé par les experts-comptables assermentés. Ainsi que nous l'avons signalé plus haut, le curateur des porteurs des actions de priorité devrait également exercer des attributions de contrôle.

3° Quant à la *responsabilité*, elle doit s'appliquer dans les domaines du droit civil et pénal. C'est avec le soin du commerçant soigneux que les administrateurs de l'entreprise (administrateur délégué, directeur en chef, directeur) devront se consacrer à la gestion des affaires de l'entreprise, et que les membres du comité de surveillance devront les contrôler. Si, à la suite de la négligence dans leurs devoirs, l'entreprise subit un dommage, ils en seront responsables civilement. L'administrateur ne pourra se disculper en invoquant les instructions, l'ordre ou l'assentiment éventuellement obtenus de la part de la direction ou du Centre des Entreprises de Services Publics. Cependant ce Centre et ses membres de la direction sont également responsables des résolutions de l'assemblée qui sont dues à leur assistance et vote, et qui ont porté une atteinte évidente aux intérêts de l'entreprise, du trafic d'influence qu'ils auraient exercé auprès des membres de la direction ou du comité de surveillance, et enfin de la négligence dont ils auraient témoigné lors de la désignation des administrateurs de l'entreprise.

C'est la même responsabilité, appliquée individuelle, qui devra peser sur les experts-comptables.

4° En ce qui concerne la réglementation de l'*incompatibilité*, c'est la clause de non concurrence qui est visée par elle, en premier lieu. Mais, en outre, il faut encore prendre soin de dispositions qui, par analogie avec l'article 90 de la loi de la cité de Budapest, devront empêcher que des parents proches soient employés dans les mêmes services. J'estime que ces prohibitions devront encore être étendues aux membres de la direction et du comité de surveillance.

V. — Pour assurer le dévouement au travail des employés, dont nous avons fait mention plus haut, la première tâche qui s'impose c'est de fixer leur rétribution de façon à ce qu'ils puissent pourvoir à leurs besoins, conformément à leur *situation sociale*. C'est forcé. Car, ce sont précisément des considérations sociales qui donnent naissance aux entreprises de services publics, destinées à pourvoir aux besoins des consommateurs qui se recrutent dans les classes moyennes et ouvrières. C'est le règlement intérieur du service, dont nous avons également fait mention plus haut, qui devra accomplir cette tâche. Il y a encore un moyen qui est appelé à contribuer à réaliser le but actuellement envisagé. C'est l'intérêt pécuniaire des employés au résultat de l'exercice, et qui pourra fort bien être déterminé au moyen de la participation aux bénéfices, de commissions et de facilités accordées pour acquérir les actions de priorité de la société.

Lorsque je réclame ces faveurs au profit des employés des entreprises de services publics, je ne le fais aucunement par des considérations socia-

listes, pour racheter à ce prix, à l'égal du plat de lentilles d'Esau, les revendications des communistes croyant pouvoir socialiser, au profit des classes prolétariennes, toutes les entreprises de services publics. Au contraire, ce sont les méthodes du capitalisme « éclairé » qui a reconnu le vrai sens des paroles du grand patriote, le comte Szechenyi : « Il n'y a point d'obstacle qui ne puisse être surmonté par la persistance humaine, pourvu que les travailleurs travaillent pour eux-mêmes et les leurs ; or, le salarié, étant à la solde d'autrui, se dérobe devant le minime obstacle qui se dresse devant lui ». D'ailleurs, on n'a qu'à rappeler l'exemple des grandes entreprises de marine marchande anglaises, parmi les actionnaires desquelles on retrouve toutes les catégories de leurs équipages.

VI. — En résumé, je peux terminer mes développements par les conclusions suivantes :

Je considère que les dispositions précitées de la législation hongroise où ont été établis les domaines et les conditions dans lesquels des entreprises de services publics pourraient raisonnablement et utilement être instituées font exactement ressortir les principes vrais qui constituent le point de départ de tout le problème.

Je n'appliquerai la dénomination de l'entreprise de services publics qu'à celles des entreprises qui furent instituées et organisées par l'Etat et (ou) une autre collectivité publique (municipale ou commune) et qui sont administrées par eux. Il faut donc dégager la question des subventions aux entreprises privées — par excellence les sociétés anonymes, coopératives et sociétés à responsabilité limitée — et de l'intérêt que les collectivités publiques y pourraient prendre, du problème dont il s'agit seulement, à proprement parler celui des entreprises de services publics.

Les entreprises de services publics — abstraction faite des services exigus et dépourvus de caractère commercial — doivent être constituées en personnes juridiques et sous forme de sociétés commerciales, notamment :

1° comme *société à responsabilité limitée* lorsque c'est la collectivité publique qui met à la disposition tous les fonds et tout le crédit nécessaires par l'entreprise ;

2° comme *société par actions* dans les cas où il paraît possible et recommandable que, en échange de la participation aux bénéfices de l'entreprise, des épargnants participent également aux fonds d'investissement et de roulement.

Toutes ces entreprises de services publics, ainsi que toutes les sociétés anonymes, coopératives et sociétés à responsabilité limitée jouissant d'une subvention publique devront être englobées dans un Centre des Entreprises de Services Publics qui, à son tour, devra également revêtir la forme de la société par actions, coopérative ou société à responsabilité limitée. Ce sont les divers ministères compétents qui auront à surveiller le fonctionnement de ce Centre.

En ce qui concerne en particulier la société par actions ayant pour objet une entreprise de services publics :

1° Sa constitution ne devrait pas avoir lieu sans l'octroi du gouvernement, qui, dans cette question, devra prendre l'avis préalable du Centre des Entreprises de Services Publics ;

2° Les actions ordinaires et ayant seules droit au vote devraient être dans la possession de la collectivité publique, et c'est le Centre sus-indiqué

qui, en qualité de *trustee, holding, etc.*, aurait à exercer aux assemblées le droit de vote ; c'est encore ce Centre qui, par la voie de ses experts-comptables, prendrait soin de la révision des comptes et écritures de la société ;

3° Des actions de priorité sans droit de vote devraient être émises et cotées à la Bourse au profit des épargnants qui auront droit à un minimum de dividende et à une quotité de liquidation, l'un et l'autre privilégiés, ainsi qu'à un remboursement périodique selon un plan dressé. Ces actionnaires :

a) jouiront d'une garantie de la collectivité publique au sujet du paiement du minimum de dividende ;

b) ils devront être réunis en assemblée pour pouvoir prendre des résolutions à l'égard de l'ordre du jour de l'assemblée générale de la société touchant de plus près aux droits des porteurs des actions privilégiées, et ils auront à élire un curateur appelé à exercer l'ensemble de leurs droits ;

c) c'est le curateur qui fera valoir les droits de chacun d'eux (le droit d'attaque et les droits de minorité), notamment c'est lui qui aura la faculté de proposer la révision des comptes et écritures de la société, d'assister aux assemblées et aux séances du conseil d'administration et d'y prendre la parole.

4° c'est le Centre des Entreprises de Services Publics qui désigne les membres de la direction (conseil d'administration) et du comité de surveillance (ou procède à leur élection au cours de l'assemblée), ainsi que les administrateurs de l'exploitation (administrateur délégué, directeur en chef, directeurs, etc.).

En ce qui concerne les garanties particulières de l'administration compétente, il faut prendre soin :

a) de la publicité,

b) du contrôle et

c) de la responsabilité, ainsi que de la réglementation des cas d'incompatibilité des membres de la direction, des préposés et du reste des employés.

Quant aux employés en particulier :

1° il faut faire valoir les principes de la sélection et de la rationalisation, et

2° il faut prendre soin de leurs conditions sociales, notamment

a) par un règlement de service,

b) autant qu'il pourra se faire, par des commissions, et

c) par des participations aux bénéfices et des facilités pour pouvoir acquérir des actions de priorité de la société.

Pour terminer, je rappelle que c'est à dessein que je ne me suis pas occupé des problèmes des services publics, des services remplissant des besognes d'administration publique ayant un caractère en partie privé, en partie public, et, enfin, des services exploités en régie directe. Et je n'ai pas touché non plus les problèmes que soulève la question de l'entreprise de services publics en matière d'administration publique.

Cela ne signifie cependant point que, dans ces domaines, il n'y eût rien à faire et qu'ils puissent se passer d'une réorganisation conçue d'après des principes généraux. Cependant je n'ai pas voulu étendre le cadre de mes développements à ces problèmes qui ne se contentent point

de n'être qu'effleurés. Je me suis borné, même dans la matière du problème au sens propre, aux questions de l'organisation juridique, de la direction et de la gestion, pour m'en rapporter aux techniciens de l'administration publique en ce qui concerne les questions de détail du Centre des Entreprises de Services Publics. L'institution de cet organisme soulève notamment de nouveaux problèmes de principe et de réglementation, et en particulier celui de la hiérarchie entre les collectivités publiques et les autorités gouvernementales d'une part, et le Centre des Entreprises de Services Publics d'autre part. Je crois avoir établi, d'une manière claire, que, à mes yeux, l'autonomie des collectivités publiques doit être respectée. Cela résulte de la manière dont je suppose l'institution du Centre, qui n'est d'autre chose que le « sommet de la pyramide » composée par les entreprises intéressées, et qui devra garantir une collaboration plus harmonique qu'une autorité de contrôle gouvernementale superposée.

Je ne sais que trop que cette étude n'est pas appelée à réaliser des résultats de grande envergure. Mais il y a deux circonstances qui plaident pour qu'elle soit discutée. D'abord, le fait indéniable que l'organisation et l'ordre actuels des entreprises de services publics ne sauraient plus être maintenus. Et en second lieu que je crois avoir reconnu l'objectif qui doit être poursuivi lors de la réorganisation : *d'une part, assurer l'esprit commercial qui se manifeste au sein des entreprises privées* et, d'autre part, *assurer l'application des méthodes de bonne sélection*. Or, une fois reconnu l'objectif, nous n'aurons plus besoin que de bonne volonté et d'assiduité pour arriver au but envisagé.

NOUVELLES FORMES D'ENTREPRISES DES SERVICES PUBLICS

Par Marshall E. DIMOCK

Professeur à l'Université de Chicago

Traduit par André GROS

Chargé de cours à la Faculté de Droit de Toulouse

Il existe un terrain intermédiaire entre les entreprises privées non réglementées et le socialisme du vieux style. C'est l'une des découvertes sociales les plus significatives de ces récentes années. Comme conséquence, on a beaucoup moins parlé des avantages et désavantages respectifs des deux anciens systèmes. Par contre, l'attention des juristes s'est tournée vers les formes variées de propriété, d'organisation et de gestion de ces entreprises économiques qui affectent vitalement l'intérêt public.

Capitalisme et collectivisme ont trouvé un terrain de rencontre dans la grande société à personnalité civile (Corporation). La marge frontière entre l'entreprise privée et l'exploitation gouvernementale a été occupée par la « corporation » objet de propriété publique, le trust de services d'utilité publique et la société d'économie mixte. Toutes ces méthodes pour fournir des services économiques font usage du symbole familier aux entreprises privées, la société personne morale (corporation). En signalant combien significativement capitalisme et collectivisme se rencontrent dans la « corporation », Stuart Chase a dit : « Au point de vue de l'administration des affaires, il devient de plus en plus difficile de les distinguer l'un de l'autre. Tous les anciens arguments en faveur ou à l'encontre de l'un et de l'autre se dissolvent dans ce nouveau conglomerat. Le capitalisme a socialisé ses formes par la grande société ; le collectivisme a adopté et adapté cette institution la plus caractéristique du capitalisme ».

Les extensions les plus remarquables de l'activité gouvernementale de notre temps se sont produites dans la direction d'un contrôle plus grand sur la marche de l'économie. Cette politique a pris toute une série de formes : encouragement des groupements d'étude et d'action entre membres d'une même branche de l'industrie ou du commerce (trade associations), réglementation des monopoles, établissement de plans pour la marche de l'économie, et gestion de services économiques par voie de régie publique. Dans quelques cas ces entreprises intermédiaires sont entièrement la propriété

du gouvernement ; dans d'autres cas, elles ne lui appartiennent que pour partie seulement ; alors que dans beaucoup d'autres le gouvernement n'a point de droit de propriété sur elles, mais nomme directement des administrateurs (trustees) pour représenter les actionnaires sans droit de vote, les employés, le gouvernement et les consommateurs.

L'accroissement constant du pouvoir d'action administrative de ces entreprises a été l'une des principales raisons de l'extension de la participation gouvernementale à l'organisation de leurs services économiques. Cet accroissement est dû dans une large mesure à l'usage par ces agences intermédiaires des instruments et des méthodes que l'entreprise privée avait trouvé les plus efficaces. Les partis les plus modérés de gauche se sont beaucoup plus préoccupés de perfectionner les méthodes pour faire face aux besoins essentiels du public que de réaliser une complète socialisation de ces services qui pourrait les faire fonctionner de travers parce que l'organisation et la distribution générales du travail ne sont pas encore prêtes.

A la longue, il s'est dégagé des considérations pratiques de compétence qui ont habituellement déterminé si une entreprise doit demeurer privée ou si elle doit devenir publique. Quand un mécontentement est répandu chez les consommateurs en ce qui concerne le service ou les tarifs d'un monopole privé réglementé, ou quand la régie municipale ou d'Etat de pareils services s'est révélée généralement plus efficace et progressive, un passage à la propriété publique a chance de se produire. Le développement très répandu hors des Etats-Unis de la propriété municipale de ces entreprises n'est pas tant une réfraction de la théorie socialiste que l'effet de la confiance dans le résultat obtenu par les administrations locales.

Les plus récentes extensions de l'activité commerciale gouvernementale ont été en général plutôt nationales que locales. On pense immédiatement comme exemples au *National Grid System* de Grande-Bretagne et à la *Tennessee Valley Authority* aux Etats-Unis. Quand des monopoles privés sont ordinairement locaux, ils donnent naissance à des régies municipales. Mais aujourd'hui où beaucoup de monopoles et de trusts couvrent le pays tout entier, l'action gouvernementale ne devient efficace que quand la plus large unité de gouvernement répond à la demande publique de protection ou de service. Les grandes affaires appellent l'intervention des grandes formes de gouvernement. Des économistes orthodoxes commencent à dire que tant que la concurrence et le système du marché libre ne pourront pas diriger et dominer tout l'ensemble du processus de la production, il semblera meilleur pour le gouvernement de prendre en mains et exploiter les monopoles et les trusts en laissant en dehors de son intervention le reste du système économique.

Dès qu'une entreprise économique dépasse un certain développement, elle se heurte aux problèmes de la bureaucratie. La principale préoccupation des économistes est l'inflexibilité du prix, tandis que la bête noire de l'administrateur public est l'inflexibilité de la direction. Maint dirigeant d'un trust d'ampleur nationale est obsédé par des tendances bureaucratiques qui ne diffèrent guère de celles qu'on rencontre dans le gouvernement national. A moins qu'on ne puisse montrer de façon précise que la direction, le service sont supérieurs et les prix inférieurs sous un régime de propriété privée à ce qu'on peut attendre de l'exploitation par l'entreprise publique, les usagers sont portés à conclure qu'il n'y a pas de justification

pour le maintien de la gestion et des profits privés dans cette sorte particulière d'affaires. Le contrôle public par voie de réglementation administrative est visiblement resté sans grand effet dans les autres pays, et même aux Etats-Unis ses insuffisances sont devenues de plus en plus apparentes.

Conservateurs et radicaux s'accordent à déclarer que ce qu'ils désirent c'est le résultat, le plus haut degré d'efficacité du service. Leur entente sur ce point est peut-être la principale raison d'être de l'invention et du développement des entreprises intermédiaires entre l'économie privée et l'étatisation. Cette observation s'applique particulièrement à l'Angleterre où des économistes et administrateurs éminents ont montré que la recherche de l'efficacité du service devait être substituée au contrôle. Ce qui a entraîné comme conséquence que des entreprises opérant sans faire de profits ont été substituées à des monopoles privés réglementés. Conservateurs et socialistes sont aussi tombés d'accord que l'unité et la flexibilité de la direction sont essentielles et qu'elles ne peuvent pas être assurées sous un système de réglementation où ceux qui procèdent à la réglementation contrôlent méticuleusement les directeurs de l'entreprise.

L'expédient de la société a été un moyen d'échapper aux insuffisances de la simple réglementation et à l'inflexibilité de l'administration par un département ministériel. La plupart des entreprises économiques propriétés publiques ont dans le passé été administrées par un département du gouvernement municipal, d'un gouvernement d'Etat ou du gouvernement national (fédéral). Ce qui avait pour effet que le service économique était soumis à tous les contrôles et à toutes les méthodes de fonctionnement applicables en général au gouvernement. Ce « départementalisme » entraîne le transport de la responsabilité à la législature et des changements de fonctionnaires dus à la fortune des partis, des limitations aux facultés d'emprunt, la soumission aux crédits annuels, aux méthodes d'engagement de dépenses et d'audition de comptes gouvernementales, l'application du régime du fonctionariat public (Civil Service) et les restrictions au pouvoir de poursuivre et être poursuivi en justice. Parce que les méthodes traditionnelles d'administration publique étaient nécessairement applicables aux services économiques exploités par le gouvernement, les critiques du régime de la propriété publique ont parfois conclu que « l'objection essentielle à la nationalisation de commerces ou d'industries est que l'Etat n'est pas organisé pour conduire fructueusement des commerces ».

Dans l'application pratique, pourtant, ce « départementalisme » a fonctionné de façon très satisfaisante dans le domaine de l'entreprise municipale. Les régies municipales dans le monde entier ont donné des résultats qui supportent fort bien la comparaison avec ceux des entreprises de services publics possédées par des particuliers. Aussi, comme on pouvait s'y attendre, la critique contre les aspects administratifs de la régie directe a-t-elle été dirigée presque entièrement contre la gestion de ces services économiques par le Gouvernement national (fédéral) ou des gouvernements d'Etats ; les « départements » municipaux de services d'utilité publique, bien qu'ils aient laissé prise à une certaine mesure de critique et de demande d'amélioration, ont fourni de bons services à des prix satisfaisants. L'une des raisons de cette différence est qu'aux yeux de la loi les municipalités sont des « corporations ». Elles existent avant tout pour fournir les services essentiels à la communauté locale. La municipalité

est, par là même, une entreprise d'affaires. Etant comme personne morale une créature de l'Etat, la municipalité peut échapper aux immunités du souverain (soustraction à la citation en justice) plus que ne le peuvent les gouvernements des divers Etats et celui de la Nation. Cela a comme conséquence que les entreprises de services publics propriétés municipales peuvent être taxées, poursuivies et être citées en justice sans beaucoup de difficultés et être placées ainsi presque sur le même pied que les entreprises privées correspondantes ou concurrentes.

La société (corporation) propriété gouvernementale, le trust de services d'utilité publique et la société d'économie mixte ont largement répondu aux besoins nationaux ou régionaux. En d'autres termes, le « départementalisme » traditionnel (régie directe), quoique encore en faveur dans les municipalités, a été supplanté par l'expédient corporatif (le recours à la société) dans la plupart des extensions récentes de la participation gouvernementale au commerce sur le plan national et le plan régional (*sub-national*). C'est particulièrement vrai pour le trust de services d'utilité publique (*public utility trust*) et la société propriété gouvernementale (*government-owned corporation*), qui se développent dans des domaines comme la production et la distribution de l'électricité, le fonctionnement des réseaux de chemins de fer ou de transport en commun et la fourniture de facilités bancaires.

Ces entreprises à forme sociétaire, intermédiaires entre l'entreprise privée et la régie gouvernementale directe, ont recherché la souplesse de la direction et l'autonomie financière. A l'entreprise réglementée et au « départementalisme » ordinaire (régie directe) on a substitué ainsi la « corporation » autonome dont l'aménagement interne est aussi libre que celui de l'entreprise privée, mais dont le caractère de monopole est révélé par l'élimination ou la soigneuse limitation du profit.

Ces entreprises de nature intermédiaire sont essentiellement des compromis entre l'entreprise de services publics propriété privée et son expropriation complète par l'Etat. Elles sont une reconnaissance du fait que les monopoles, qui dépendent d'un privilège ou un avantage concédé par l'Etat, sont essentiellement affaire publique plutôt qu'affaire privée. Ces développements récents des services d'utilité publique sont dans une large mesure le résultat de la découverte que la recherche du profit doit y être éliminée, ou rendue subsidiaire au bon service et à l'administration efficace. Dans une certaine mesure aussi ils reflètent un état de dépression des affaires. Les conservateurs ont souscrit aux *public utility trusts* semi-socialistes et aux entreprises d'économie mixte parce qu'ils apportaient une plus grande sécurité aux capitaux qui y étaient investis. En présence de la situation d'incertitude où l'industrie et la finance se sont trouvées pendant les années passées, beaucoup d'extensions de services d'utilité publique, comme le Métropolitain de Londres, n'avaient pu être réalisées ou avaient été retardées, parce qu'on n'avait pu obtenir une somme suffisante de capitaux privés. Les conséquences malfaisantes de la concurrence entre les diverses sortes de transporteurs en commun à Londres ont été la principale raison qui a conduit à l'établissement du *London Passenger Transport Board*, un trust d'utilité publique.

Tant que la concurrence ruineuse a duré, il n'a pas été possible d'obtenir l'investissement de capitaux additionnels. Avec l'établissement du mo-

nopole limité, les titres du trust d'utilité publique ont été dès le début vendus avec une prime. Les difficultés financières des compagnies privées ont joué un rôle encore plus important dans l'établissement de sociétés d'économie mixte. Quand un service d'utilité publique a besoin de capitaux qui ne peuvent être fournis de sources privées, il est naturel qu'une autorité gouvernementale lui apporte des fonds publics et qu'elle demande comme contre-partie une part correspondante dans la direction et les profits. Comme le dit justement C. A. Dystra : « Il nous faut vivre avec nos services d'utilité publique, quelqu'en soit le propriétaire ».

La forme sociétaire (corporate) d'organisation et de contrôle est la caractéristique prédominante commune de la « corporation » propriété gouvernementale, du trust d'utilité publique et de l'entreprise d'économie mixte. Les uns et les autres ont des conseils de direction, émettent des actions, capitalisent leurs investissements et cherchent à gagner des dividendes. Tous ont leurs budgets propres séparés, leur capital propre, leurs comptes d'administration et leurs réserves propres. En d'autres termes, sous beaucoup d'autres aspects importants, ils ressemblent aux sociétés privées et se différencient des services publics administratifs.

Entre ces trois formes sociétaires, toutefois, il existe d'importantes différences quant au régime de propriété, de gestion et de contrôle. La « corporation », propriété gouvernementale est possédée entièrement par le gouvernement et son budget est fixé par un fonctionnaire représentant de ce gouvernement. Dans le trust d'utilité publique, les actions et les autres titres sont entièrement la propriété des particuliers souscripteurs. Dans la société d'économie mixte une partie de la propriété appartient aux particuliers, une partie au gouvernement (central ou local).

Les conseils de direction de ces trois types d'organisation se composent de particuliers qui possèdent les qualités et l'expérience spéciales nécessaires pour la conduite d'une affaire de ce genre. Toutefois, leur mode de rétribution diffère radicalement de celui qui est en usage dans la société privée. C'est au point de vue de leur administration le point essentiel où se marque la différence entre les « corporations » publiques et les « corporations » privées. Quoique la plupart des administrateurs de la « corporation » propriété gouvernementale soient des hommes d'affaires et de simples citoyens, et non pas des fonctionnaires, leur nomination est faite et leur traitement est établi par le fonctionnaire responsable du gouvernement. Et cela n'a rien de surprenant, puisque la propriété de l'entreprise appartient au gouvernement (local ou central). La direction et le contrôle du trust d'utilité publique constituent un nouveau pas dans la voie de l'aménagement de l'entreprise d'utilité publique sur le type sociétaire. Quoique les actions et obligations y appartiennent entièrement au public de souscripteurs, il n'y existe point d'actionnaires qui votent et d'administrateurs élus par eux. C'est le gouvernement qui est autorisé à nommer des directeurs pour administrer dans l'intérêt des actionnaires, du gouvernement, des employés et des usagers.

En réalité, l'action s'y transforme en obligation. Un taux fixe d'intérêts s'y substitue au dividende recherché par les sociétés privées. Ainsi se trouve écartée la difficulté qui semble insurmontable dans la réglementation des entreprises d'utilité publique (le problème de la tarification juste et équitable). On attend de l'exploitation de l'entreprise qu'elle fournisse

juste le bénéfice nécessaire pour payer l'intérêt fixé au capital engagé. Mais le stimulant de la poursuite du profit, qui encourage à chercher à échapper aux charges du service et à traiter durement les usagers, est éliminé dès le début.

Pour la direction de la société d'économie mixte, le gouvernement nomme les administrateurs qui représenteront ses intérêts, et les souscripteurs privés choisissent ceux qui parleront pour eux. Le nombre des administrateurs pour chaque groupe dépend d'ordinaire du pourcentage du capital possédé respectivement par le gouvernement et par les particuliers. Cette division du pouvoir de nomination et de contrôle s'étend même aux offices de direction administrative où d'habitude le Président ou Directeur général est nommé par le groupe majoritaire et son assistant par l'autre groupe. Au premier abord, il semble que, quand les souscripteurs privés contrôlent la majeure partie du capital, les représentants du gouvernement risquent de se trouver à leur merci. Mais tel n'est pas le cas. Quand des désaccords fondamentaux surgissent entre les deux groupes d'administrateurs, un appel est fait au fonctionnaire qui dirige le département compétent du gouvernement, qui prend une décision définitive. Dès lors, il apparaît que, dans la société d'économie mixte aussi bien que dans la « corporation » propriété du gouvernement et dans le trust d'utilité publique, le contrôle final est entre les mains de ceux qui sont responsables de la sauvegarde de l'intérêt supérieur du public.

Inutile de dire que le succès de l'une et l'autre de ces trois sortes d'entreprises dépend de la valeur personnelle de celui qui est nommé pour lui servir de directeur. L'expérience actuelle de tous les pays — qu'il s'agisse de la *Panama Railroad Company*, de l'*Inland Waterways Corporation*, de la *Tennessee Valley Authority* et autres « corporations » propriétés gouvernementales aux Etats-Unis ou qu'il s'agisse du *Central Electricity Board*, de la *British Broadcasting Corporation* ou du trust d'utilité publique des transports à Londres ou des entreprises d'économie mixte extensives d'électricité ou de transports locaux en Allemagne — a montré que la qualité du personnel dirigeant a été très satisfaisante.

Les considérations de politique de parti ont été écartées de façon surprenante. Dans chaque cas le désir a été de choisir des administrateurs qui aient fait leurs preuves dans leurs propres affaires et qui, en même temps, aient le sens de l'intérêt public et méritent confiance. Les partis de la majorité en Grande-Bretagne ont été si soucieux de voir réussir le trust d'utilité publique qu'il a été nommé plus d'administrateurs des partis politiques d'opposition que du parti au pouvoir.

Le succès de la gestion dépend de la sagesse du gouvernement dans le choix des administrateurs. Un Conseil expérimenté et ayant le sens de l'utilité publique pourra se procurer le directeur général le plus compétent qu'il se trouve. Les traitements qu'il peut accorder sont en général fort au-dessus du niveau de ceux des fonctionnaires gouvernementaux ; car, les nouvelles « corporations » publiques suivent encore les modèles des sociétés privées plutôt que les échelles de bas salaires du gouvernement. Après avoir nommé le directeur, un Conseil d'administration compétent laissera ensuite au personnel dirigeant une complète liberté pour la conduite des opérations internes de l'entreprise.

Il y a bien des raisons de penser que cette forme d'aménagement du

service d'utilité publique n'est pas loin d'être la meilleure qu'on puisse produire. Elle n'a pas à subir les limitations traditionnelles à la liberté d'action de la bureaucratie gouvernementale (*departmentalism*). A raison du caractère strict de la théorie de la responsabilité des actes et des deniers publics admise en général pour les services gouvernementaux, les fonctionnaires publics deviennent facilement timides et timorés. Aussi, semblent-ils souvent plus soucieux de rester dans le droit que d'achever les opérations en suspens. Le directeur général d'une « corporation » publique est dans une tout autre situation. Sa responsabilité existe envers un Conseil d'administration qui, s'il voit loin « lâche les rênes à un bon cheval ». La flexibilité, l'expérimentation, la marche progressive peuvent se développer dans de pareilles conditions. En même temps il y a plus de chances que dans la plupart des grandes sociétés privées pour qu'on y réalise les desiderata d'une bonne gestion. Ce qui est dû au fait que, contrairement à l'opinion commune, il y a habituellement peu d'occasion et d'encouragement à améliorer les principes d'administration. Dans la grande société privée, le seul intérêt est le bilan, et dès lors les services de direction restent dans un moindre développement et l'on vise les résultats immédiats plutôt que les politiques à longue échéance. On demande à la direction de réaliser le plus de profits possible dans le temps le plus court. Il y a, sans doute, des exceptions à cette règle, mais il y a moins de chances qu'elles se rencontrent que dans la « corporation » publique.

Cette société publique marque un grand progrès par rapport à la réglementation administrative. Son plus grand avantage est qu'elle rend possible l'unité de direction. A la différence de l'entreprise d'utilité publique réglementée qui est soumise aux ordres et au contrôle d'une agence gouvernementale, la « corporation » publique n'est limitée dans son action que par son statut (*charter*) ; le stimulant de la réalisation de profits a été écarté et elle est donc libre de fonctionner sans subir d'intervention. Cet avantage se traduit par une diminution de la paperasserie, une direction plus efficace, une plus grande aptitude à répondre aux situations et aux désirs des consommateurs. Le système de réglementation actuellement pratiqué aux Etats-Unis est anormal. Il réunit quelques-uns des pires défauts et de l'entreprise privée et de la bureaucratie administrative. Au contraire, la société publique présente cumulativement les meilleurs effets de l'un et l'autre de ces systèmes, notamment le rendement efficace du service et la mise au premier plan de l'intérêt du public.

Des trois types d'organisation sociétaire que nous avons analysés, la société d'économie mixte semble être celui qui doit résister le mieux à l'épreuve de la critique, bien que sans doute cela ne résulte pas encore de l'étendue actuelle de la propagation de ce type d'organisation (aux Etats-Unis). Mais, au contraire, depuis la guerre, l'extension des sociétés d'économie mixte a été le trait saillant du développement des entreprises d'utilité publique dans de nombreux pays. En Europe, seule l'Angleterre n'a fait qu'un faible usage de cet expédient. Il a trouvé sa plus grande extension en Allemagne, où l'on rencontre aujourd'hui des centaines d'entreprises d'économie mixte, principalement dans les services d'électricité, gaz et transports. En outre, cette forme hybride d'organisation a été appliquée à de nouvelles formes d'entreprise qui ne sont pas considérées aux Etats-

Unis comme des services d'utilité publique, tels que les entrepôts et les services aériens.

La société d'économie mixte est probablement une mesure temporaire. En tout cas, son origine et sa propagation ont été le résultat d'une accommodation aux circonstances et de nécessités passagères. Comme il a déjà été dit, cette forme de coopération entre l'initiative privée et le gouvernement a habituellement été due aux difficultés financières de sociétés privées. Quand un service adéquat ne pouvait être maintenu, quand de nouvelles extensions devenaient nécessaires, quand les finances d'une entreprise de services publics devenaient en état précaire, le gouvernement est fréquemment venu au secours de l'entreprise. Le partage de la propriété et de la direction qui s'en est suivi a reflété la nécessité de sauvegarder les services indispensables. Une communauté locale a éprouvé le désir d'une socialisation plus grande, mais les fonds lui ont manqué pour un rachat total de l'ensemble de l'entreprise ; la propriété publique partielle a été le compromis indiqué. L'entreprise d'économie mixte a fourni aux consommateurs la possibilité de participer aux produits du monopole. Mais la plupart des causes qui en ont provoqué l'établissement ont été de nature temporaire ou le produit de situations critiques.

Le grand défaut de l'entreprise d'économie mixte est qu'il en résulte une absence d'unité dans la direction. Deux intérêts agissent sur la formation d'une ligne de conduite et deux côtés sont représentés dans la direction. C'est là une source de conflits et de stagnation. Cette difficulté théorique, qu'il était facile de prévoir, est apparue dans la pratique effective. Ceux qui ont récemment étudié les résultats de l'entreprise d'économie mixte en Allemagne, où elle existe depuis le plus longtemps et a pris le plus d'extension, estiment qu'elle a rapidement décliné dans la faveur publique. Etant donné ce fait, il s'y manifeste un désir de revenir à une régie publique (departmentalism) modifiée ou à une combinaison sociétaire où l'unité de direction et de contrôle soit assurée.

Cette tendance a conduit certains à se demander si le développement de tous ces nouveaux types d'organisation sociétaire ne serait pas temporaire. On fait remarquer que les difficultés administratives et financières du « départementalisme » peuvent être corrigées quand on en sent assez fortement le désir. Si l'on n'a pas donné dans le passé la liberté et l'autonomie suffisantes au département gouvernemental administrant la régie directe, c'est parce qu'on ne tolérât qu'un peu à contre-cœur l'exercice du commerce par l'état. Alors que les résultats du « départementalisme » sont si respectables sur le plan local, pourquoi ne pourraient-ils pas être rendus satisfaisants quand il est pratiqué par de plus larges unités de gouvernement ? D'ailleurs, de récentes modifications administratives et financières ont été réalisées dans le *British Post Office* qui ont fourni un fort appui à l'argumentation en faveur de cette adaptabilité. Les services du *British Post Office*, qui comprennent le téléphone et le télégraphe, supportent avantageusement la comparaison avec n'importe quel autre modèle. Depuis 1932, le contrôle de la Trésorerie a été en se relâchant ; la liberté a été donnée à cet *Office* d'investir ses bénéfices en augmentations de capital ; et il s'en est suivi une progression dans l'attraction sur le public et les bonnes relations avec lui. Ces réformes administratives ne laissent pas grand chose à désirer, sauf peut-être une rémunération plus équitable

pour les employés. Dans quelle mesure cette situation des employés est-elle due au « départementalisme » et, si elle lui est due, dans quelle mesure un relèvement des salaires pourrait-il être attendu d'une forme sociétaire d'organisation, il est impossible de le dire.

L'établissement d'une balance entre les « corporations » publiques et le « départementalisme » dépend beaucoup de ce qu'on considère comme désirable. Certains placent la régularité avant le progrès ; et l'on peut préférer une dignité bienséante à une publicité agressive. On peut dire, par exemple, que ce n'est pas l'affaire de l'Etat de chercher à propager dans le public le « goût du téléphone ».

La « corporation » publique est plus apte à assurer l'unité de la direction, la flexibilité, l'autonomie financière, l'audace et l'initiative des affaires. D'autre part, le « Départementalisme » s'est distingué par la régularité de son administration, le contrôle public de ses comptes et son impeccable honnêteté.

La propagation de la société (corporation) publique aboutit à la multiplication d'agences demi-publiques qui restent en dehors du cadre du gouvernement. Il devient dès lors difficile de maintenir une politique sociale consistante. Avec le relâchement des contrôles financiers, les risques de malversations et de favoritisme ont augmenté. L'expérience a déjà prouvé que le trust d'utilité publique, par exemple, est une proie plus facile pour les groupements d'intérêts publics que le « département » ordinaire de gouvernement. Car le contrôle de la comptabilité publique n'y est pas aussi complet que dans le cas de gestion d'une entreprise commerciale par un département gouvernemental. Il y a un choix nécessaire à la base entre une plus grande liberté de direction avec les avantages qui en découlent et une plus stricte comptabilité publique avec les dangers de malhonnêteté et de favoritisme. Cependant, sauf peut-être un petit nombre d'exceptions, l'expérience aux Etats-Unis des sociétés (corporations) fédérales n'a révélé que peu de preuves d'influence des partis et des recommandations ; en fait, les « corporations » publiques ont réduit au minimum les influences politiques.

Il pourrait apparaître que nous avons donné trop d'attention à la forme et à l'organisation de ces entreprises commerciales de type sociétaire. Beaucoup d'économistes diront probablement que la seule question importante est celle du prix auquel le service est payé. Tout en accordant que l'épreuve finale de la valeur de l'organisation et de la direction est le service fourni et son prix, nous ne pouvons accepter l'analyse courante de l'économiste procédant par décomposition des éléments de ce problème. Le prix n'est pas le seul critère de l'efficacité du service. Il n'est qu'un des éléments pour satisfaire aux besoins des usagers et aux besoins sociaux. Autrement dit, toute la satisfaction donnée à ces besoins ne peut pas être mesurée en termes monétaires. On peut penser que beaucoup d'articles dont la demande a été fortement développée par la réclame sont vendus à un prix fort au-dessus de leur valeur réelle ; mais le public de consommateurs est amené à les désirer et à continuer à les acheter simplement par un adroit usage de la publicité. Cette considération a une action importante sur les services produits et les prix réclamés par les entreprises d'utilité publique envisagées. La valeur du service rendu n'est qu'un des éléments de la satisfaction de l'utilisateur auquel il est fourni. Les plus notables experts

en comptabilité industrielle sont les premiers à admettre que l'efficacité du service ne peut pas être jugée entièrement d'après les coûts de l'unité et le prix finalement payé par le consommateur. Le prix n'est qu'une subdivision — la plus importante sans doute — de la rubrique générale : satisfaction du consommateur. Cette observation est même encore plus vraie pour les services des monopoles ou semi-monopoles que pour les industries où règne la concurrence que l'économiste analyste envisage particulièrement.

Tout en reconnaissant qu'il est entrêmemment important de créer un étalon pour mesurer le coût et les prix des services de monopoles, il faut reconnaître qu'il importe également d'avoir des jauges pour mesurer le rendement pour le consommateur et la satisfaction qui lui est donnée. Ces jauges sont avant tout de deux sortes, l'une fournie par la conduite ou direction du service, l'autre d'ordre psychologique.

Comme les services d'utilité publique échappent généralement à la concurrence, il importe davantage de donner attention aux méthodes et techniques d'administration qu'en ce qui concerne les affaires soumises à concurrence. La même observation s'applique aux grandes affaires (*big businesses*), telles que l'*United States Steel* ou la *General Motors*, qui ne sont pas réglementées comme services d'utilité publique. Dans le cas d'une organisation sur une grande échelle, qui élimine largement la concurrence, l'un des critères économiques les plus importants est celui de l'efficacité intrinsèque et du succès avec lesquels l'entreprise est conduite. Les questions qu'il convient de se poser sont les suivantes :

Y a-t-il unité de direction ?

L'affaire est-elle conduite suivant des principes et des politiques définis et consistants ?

La direction a-t-elle des vues à longue échéance plutôt qu'au jour le jour ?

L'organisation est-elle assez souple pour faire face aux changements qui se produisent dans les conditions du marché et dans les désirs de la clientèle ?

Cette organisation empêche-t-elle une sur-centralisation ?

La direction est-elle compétente, progressiste et inspirée du sens de l'intérêt public ?

Les employés reçoivent-ils, dans leur rémunération, une juste part des profits dûs à l'amélioration du rendement ?

Sa gestion est-elle conduite de façon à développer dans le personnel de l'entreprise un esprit de corps qui donne satisfaction aux consommateurs dans les rapports qu'ils ont avec elle ?

La principale préoccupation de la direction est-elle de plaire aux usagers plutôt de régler les détails internes de la gestion ?

Sa politique des relations avec le public tend-elle à informer exactement les consommateurs, ou à bluffer et les tromper ?

Telles sont les plus importantes questions d'aménagement selon lesquelles doit être jugé le mérite intrinsèque du service.

Ce que nous avons appelé l'aspect psychologique de la valeur n'est autre chose que la satisfaction de l'usager. Lorsque celui-ci trouve que les employés d'une entreprise se comportent amicalement, que le service est constamment bon, que ses réclamations sont examinées avec rapidité et

sympathiquement, que les employés marquent un intérêt sincère et un enthousiasme pour l'affaire, qu'on prend comme base la présomption que le consommateur a toujours raison, que la direction est compétente et active, il reçoit la satisfaction psychologique qui, quelquefois, fait plus pour la valeur du service que l'élément de base du prix.

La « corporation » semi-publique s'est montrée capable de faire face de façon satisfaisante à ces critères. Il y a des exceptions, bien sûr. Par exemple, les « corporations » propriétés gouvernementales n'ont pas toutes présenté une direction satisfaisante ; mais dans tous les cas que nous avons à l'esprit, elles se rencontrent parmi celles qui ont été récemment créées, et cela excuse quelques-unes de leurs insuffisances. De même nous avons déjà signalé quelques-uns des défauts de base de l'entreprise d'économie mixte. Dans l'ensemble, cependant, ces nouvelles formes intermédiaires entre la gestion privée et la gestion gouvernementale réalisent la combinaison qui semble l'idéal, à savoir le rendement efficace interne et la sauvegarde adéquate de l'intérêt public.

Peut-être la meilleure preuve de l'efficacité des formes intermédiaires d'entreprise que nous examinons se trouve-t-elle dans l'alarme qu'elles ont fait naître chez certains hommes d'affaires et leurs organisations. Alors qu'autrefois, ils ne parlaient que de l'inaptitude innée au bon rendement qui était supposée contaminer toutes les entreprises publiques, ils s'expriment aujourd'hui avec nervosité, parce que la forme et les méthodes traditionnelles des affaires privées sont employées avec succès par des entreprises à profit limité. Par ailleurs, ces entreprises mixtes sont vues avec sympathie par toutes les classes de la population. Les plans d'organisation dits d'esprit socialiste dont le *Labour Party* s'est fait l'apôtre en Angleterre, sauf une seule exception, ont été consacrés législativement par des gouvernements conservateurs plutôt que par celui du *Labour Party*. L'explication est simple. Les conservateurs ont été conquis par le bon rendement, les profits assurés et l'élimination de la concurrence dans les services essentiels d'une nature de monopole.

Le succès à venir de la société demi-publique semble dépendre pour une large part du maintien de leur autonomie financière et de leur aptitude à se procurer une direction et un personnel de premier ordre. Si ces exigences peuvent être remplies, ces entreprises de caractère mixte peuvent constituer un compromis durable entre les affaires publiques et les affaires privées, et elles peuvent être l'instrument d'un progrès social soutenu.

DU SERVICE PUBLIC DE DROIT PUBLIC AU SERVICE PUBLIC ECONOMIQUE

Par F. TREVOUX

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

La conception d'entreprise assurant un service public ou un service d'utilité publique ⁽¹⁾ est assez fuyante, incertaine, et suivant les pays et suivant l'époque. Au fur et à mesure que la vie politique et économique d'un État s'évade des aspects simples — et parfois d'ailleurs exclusivement théoriques — et devient plus complexe, formée comme un tissu aux milles fils inextricablement enlacés, la notion de service public devient plus difficile à saisir et à définir avec précision. Des besoins anciens disparaissent, d'autres prennent naissance et, concurremment, des activités jusqu'alors considérées comme des services publics sont rejetées dans le cadre commun des entreprises alors que d'autres entrent dans la catégorie des services publics. Il peut même arriver que telle activité passe successivement par plusieurs phases : service public au début, puis entreprise ordinaire, et redevienne service public à nouveau; cette réapparition d'une activité envisagée comme un service public semble généralement indiquer une sorte de retour à un état de choses antérieur (par exemple, le néo-mercantilisme né de la guerre et de la dernière crise). Sans doute, les tribunaux, les juristes sont toujours parvenus à expliquer ces changements au moyen d'une adroite interprétation des textes. La Cour Suprême aux Etats-Unis, le Conseil d'Etat en France, par exemple, ont su avec habileté se servir des textes en leur donnant une grande souplesse ; la jurisprudence a ainsi réussi dans de nombreux pays à ramener les faits dans le cadre des textes au moyen d'une interprétation extensive de ces derniers. Ces artifices ingénieux, s'ils sont parfois justifiés en pratique, ont quelque peu contribué à obscurcir la notion précise et économique de servi-

(1) Cette distinction, si elle présente un intérêt pour le droit administratif, s'est révélée en pratique fort difficile; au point de vue économique cette classification est bouleversée par l'évolution des faits : importance de l'action collective, tendance des groupements collectifs à occuper des positions de monopole, interdépendance étroite de la vie économique actuelle. Aussi emploierons-nous les termes service public là où certains auraient parlé de service industriel, de service d'utilité publique, « public utility ». Nous emploierons indifféremment les deux expressions; l'explication de ce vocabulaire, du moins au point de vue économique, résultera, pensons-nous, des remarques suivantes.

se public pour n'en laisser apparaître que l'aspect relatif, politique et légal.

Cette relativité de la notion de service public, relativité dans le temps et dans l'espace, est-elle d'ailleurs fondamentale ou bien n'est-elle qu'apparente ? Faut-il se contenter du concept un peu flou que nous donnent les lois et les jurisprudences des divers pays, ou bien ne peut-on essayer de rechercher dans les faits, et même au travers des dispositions de la jurisprudence, s'il n'y a pas certains caractères fondamentaux, presque permanents que l'on retrouve toujours à la base des activités qualifiées de services publics ? Si ces caractères existent, il est évident que l'on ne saurait les rechercher et les découvrir dans tel ou tel aspect formel, telle ou telle forme d'intervention de l'Etat, tel ou tel mode d'organisation ; ce ne peut-être que dans l'analyse attentive des faits et en particulier des besoins qu'assure le service public, des relations de ce dernier avec le milieu que l'on peut espérer les mettre à jour. Les caractères d'un service public existent en dehors de l'action des pouvoirs publics. C'est le milieu, non l'Etat, qui crée le service public. Sans doute l'Etat peut le sanctionner par une certaine forme d'organisation légale. Cependant, ce serait une erreur de s'attacher à la forme et de déclarer : est service public toute entreprise qui revêt telle structure juridique. Mais il convient essentiellement de tenter de répondre à cette question : pourquoi telle activité peut-elle être considérée un service public ?

D'ailleurs, un service public peut à la longue prendre une vie propre, indépendante des pouvoirs publics. Il puise dans sa propre fonction des raisons de vie autonome. Il arrive ainsi à acquérir une véritable personnalité institutionnelle, en dehors de l'intervention des pouvoirs publics et de la forme que ceux-ci ont pu lui imposer.

Un autre problème plus immédiat se pose alors : étant donné les conditions du milieu économique actuel, ce caractère fondamental de service public ne se retrouve-t-il pas de nos jours à un degré particulièrement accusé dans beaucoup d'activités économiques ? En un mot, presque toutes les entreprises ne sont-elles pas actuellement, explicitement ou non, et ne tendent-elles pas à devenir des entreprises d'utilité publique, des services publics, du moins au sens économique du mot ? Enfin, si le milieu transforme certaines entreprises en services publics, le fonctionnement de ces entreprises en tant que services publics avec toutes les conséquences que cela implique pour leurs conditions de financement, de production, de prix ne va-t-il pas réagir à son tour sur le milieu économique ?

**

On peut ranger les explications des conceptions des services publics en deux grandes divisions :

- I) Théories psychologiques ;
- II) Théories économiques.

Les diverses conceptions avancées par le législateur, par les tribunaux, les juristes, tombent dans la classification de théories psychologiques ; car si elles mentionnent parfois des caractères économiques, elles n'y font appel qu'incidemment, subsidiairement.

D'après les théories psychologiques est un service public toute entreprise que le législateur, ou les tribunaux, ou l'opinion publique jugent satisfaire un besoin d'intérêt général et qui est, par suite, assujettie à certaines

règles. Il existe toute une gamme de telles théories, assez variées, mais en tant qu'elles mettent toutes le principal accent sur une question de jugement, d'estimation, elles peuvent être qualifiées de psychologiques.

Pour toutes celles-ci, l'élément déterminant c'est avant tout une opinion. Que cette opinion émane du pouvoir législatif, comme en France, ou du pouvoir judiciaire, comme aux Etats-Unis, il importe peu ; ce sont avant tout des éléments psychologiques qui entraînent la reconnaissance d'une entreprise comme service public.

Toutes ces théories reposant sur le caractère subjectif de besoin jugé d'intérêt général sont essentiellement relatives ; elles ont par contre l'avantage d'être très souples et de se plier à toutes les variations, raisonnées ou non, de l'opinion. De plus elles sont en général formelles en ce sens qu'elles supposent une certaine forme d'organisation juridique obligatoire pour l'entreprise qualifiée de service public — ce qui explique le cercle vicieux de raisonnement fait parfois : est service public toute entreprise soumise à certaines règles.

Enfin, ces théories supposent également une action ou un contrôle plus ou moins direct des gouvernants sur l'organisation et le fonctionnement du service public ; souvent même leur classification est faite dans ce seul but.

Ces théories à fondements psychologiques sont extrêmement élastiques, opportunistes ; comme elles font tout dépendre de l'état d'esprit et du jugement des gouvernants elles sont particulièrement en faveur auprès de ces derniers et auprès de certains juristes.

Il semble qu'en France ce soient des théories à base psychologique, d'ailleurs fort nuancées et subtiles, qui aient été assez généralement acceptées. De là parfois certaines confusions de vocabulaire en parlant de service public au sens strict ou au sens large ^(1bis). Quant au législateur français, il ne paraît pas rattacher son intervention réglementaire dans les entreprises à la qualification de service public. Ainsi, le concept de service public n'a pas en France, si on excepte Duguit et son école, la portée et le devenir dynamique qu'il a aux Etats-Unis. Une réponse récente de l'administration n'est guère satisfaisante à cet égard ⁽²⁾.

Le Conseil d'Etat a créé une jurisprudence intéressante en la matière, mais influencée par la forme contractuelle de la concession qui supposait évidemment des conditions économiques stables.

C'est surtout dans les nombreux arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis que l'on peut le mieux examiner les divers aspects de la théorie psychologique des services publics.

En effet, aux Etats-Unis c'est le pouvoir judiciaire et non le pouvoir législatif qui est compétent pour déclarer quelles sont les caractéristiques des entreprises de services publics (« public utilities ») ⁽³⁾.

(1 bis) Voir Rolland, *Précis de Droit administratif*, p. 16.

(2) « La définition de l'expression service public n'a été donnée par aucun texte et l'Administration ne peut fournir à ce sujet qu'un simple avis. Elle estime qu'il faut entendre par là, aussi bien les établissements dépendants d'une autorité publique, comme une poudrerie nationale ou une usine élévatoire d'eau, que les entreprises régies ou concédées assurant des fournitures ou des prestations au public ». Explication toute formelle et qui ignore le point de vue économique. Réponse à une question écrite, *Journal officiel*, 29 août 1936, p. 2.478.

(3) Voir Edouard Lambert, *Le Gouvernement des Juges*, p. 39-59. La Cour Suprême

a) La méthode psychologique sans limites, absolue. — Est service public toute entreprise jugée telle par les gouvernants et l'opinion publique. Il n'y a pas de limites au bon plaisir des gouvernants ou de l'opinion publique ou du jugement d'un tribunal, conception qui est exposée très nettement par le juge Holmes : « Je pense que la notion qu'une affaire est revêtue d'un intérêt public... n'est guère plus qu'une belle fiction qui a pour but de faire accepter ce qui est désagréable à ceux à qui on l'applique. La vérité me semble être que la législature peut défendre ou restreindre toute entreprise quand elle a une force suffisante de l'opinion publique derrière elle » (4). C'est donc entièrement le sentiment public qui accorde ou refuse à une entreprise le caractère de service public, « non parce que telle entreprise (les théâtres en l'occurrence) est consacrée à un usage public, mais parce que le public en est venu à penser de cette façon ».

Cette opinion extrême qui ne place aucune limite aux volontés du moment du législateur fut au contraire violemment combattue par certains juges. « Il n'y a pas de magie de langage qui puisse transformer une entreprise privée en une entreprise publique ou changer le caractère du bâtiment dans lequel l'affaire fonctionne. La boutique d'un tailleur ou d'un cordonnier garderait encore son caractère privé, même si la sagesse assemblée de l'Etat venait à déclarer par un acte organique que ledit endroit est une boutique publique et que les travailleurs sont des tailleurs publics ou des cordonniers publics. On peut aussi bien tenter de changer la nature des couleurs en leur attribuant de nouveaux noms » (5). A cette opinion dissidente, l'arrêt de la majorité de la Cour répondait quelques pages plus haut : « Nous savons que c'est un pouvoir dont on peut abuser, mais ce n'est pas un argument contre son existence. Pour obtenir protection contre le législateur, c'est aux bulletins de vote que le peuple doit recourir ». Cette théorie, absolue et acceptant par avance toute qualification d'entreprise parmi les services publics d'après le bon plaisir du législateur ou du tribunal, a dans nombre de pays joué un rôle certain dans bien des cas. Des déformations diverses ont été engendrées par son caractère tout subjectif ; par exemple, on a déclaré service public toute entreprise qui était en déficit et qui réussissait à intéresser à son sort les pouvoirs publics. Au cours de la dernière crise notamment, des entreprises ont excipé du fait, soit qu'elles rendaient un service auquel le public s'était habitué à un moment, soit de leur taille, soit que leur existence et leur fonctionnement intéressaient un grand nombre de travailleurs ou de clients (banques) pour assimiler l'intérêt général à l'intérêt particulier de leur activité et venir demander des subsides aux gouvernements. Les dangers d'une telle exploitation de la conception de service public par des intérêts privés habilement déguisés et de sa déviation vers la socialisation des déficits sont évidents.

a toujours revendiqué au profit du seul pouvoir judiciaire le soin de déterminer si une entreprise est service public ou non. « La simple déclaration par le législateur qu'une catégorie particulière d'entreprise est affectée d'un intérêt public n'est pas concluante... la question est toujours sujette à enquête judiciaire ». *Tyson v. Banton*, 273 U. S. 318, 431.

(4) Opinion dissidente du juge Holmes, *Tyson v. Banton*, 273 U. S. 318, 446. Sur la distinction des divers aspects politiques, légaux, économiques de la notion de service public, voir H. Batson, *The economic concept of a public utility*, *Economica*, novembre 1933.

(5) *Munn v. Illinois*, 94, U. S. 113, 136.

b) Théorie raisonnable du service public. — Une entreprise est estimée affectée l'intérêt général et est classée service public seulement après un examen de tous les faits en présence et d'après un *jugement raisonnable*. Au bon plaisir du législateur, au simple « fiat » plus ou moins fondé, plus ou moins pris à la hâte sous l'impulsion des sentiments ou l'emprise des intérêts, vient se substituer le jugement de la raison. C'est un pas pour sortir de l'arbitraire et de l'imprécision.

C'est aux Etats-Unis que l'on trouve l'expression la plus parfaite de cet aspect de la théorie psychologique des services publics. La Cour Suprême, avec un certain flottement cependant au début, a toujours soutenu que c'était l'opinion raisonnable de la Cour qui pouvait ranger ou non une industrie parmi les services publics ; la Cour Suprême, substituant son jugement qualifié d'éclairé et de juste à celui du législateur ou du public certainement moins informé, passait en revue toutes les circonstances particulières et prenaient en considération, en les appréciant dans chaque cas d'une façon jugée raisonnable, tous les divers critères des services publics. Les arrêts de la Cour Suprême contiennent toujours et répètent à tout instant les mots raisonnable, juste... ; la Cour Suprême se garde d'ailleurs d'enfermer la notion de service public dans une définition ferme et précise de ce qui est raisonnable selon elle ; mais grâce à une analyse complète de tous les éléments juridiques, psychologiques et économiques en présence dans un cas d'espèce, elle en arrive à dégager une opinion qu'elle estime juste et raisonnable ⁽⁶⁾. Chercher les caractères des services publics revient donc à examiner dans des cas bien spécifiés les critères de ce que la Cour Suprême juge juste et raisonnable de considérer et comme intérêt général et comme contrôle au nom de l'intérêt général. Or, la Cour Suprême se refuse à définir les mots juste et raisonnable ; elle examine tous les facteurs en présence et leur accorde le poids qu'elle juge bon suivant les circonstances ; le raisonnable garde ainsi un aspect subjectif. La Cour Suprême peut ainsi, par suite du pouvoir qu'elle tient en vertu de la Constitution, faire pénétrer les idées économiques et sociales qu'elle a jugé raisonnables dans la vie des Etats-Unis et, comme le dit excellemment Commons, en est arrivée à occuper « la position unique dans l'histoire du monde de la première Faculté d'économie politique douée d'autorité » ⁽⁷⁾, à moins que, comme le sénateur Borah, on ne préfère l'appeler : « le dictateur économique de la nation ».

Le critère des entreprises qu'il est raisonnable de classer comme services publics et des prix raisonnables qu'elles peuvent demander est assez difficile à préciser, même après une étude attentive des arrêts de la Cour Suprême ; car étant très souple il est fuyant. Selon la juste opinion à laquelle la Cour arrivait après examen détaillé de l'affaire, elle pouvait déclarer que l'entreprise « avait consacré sa propriété à un usage auquel le public avait intérêt et que par suite elle avait accordé au public un intérêt dans son usage » ⁽⁸⁾ et qu'ainsi elle pouvait être qualifiée service public avec

(6) « Les tribunaux doivent fixer ce qui est raisonnable ». *Munn v. Illinois*, 94 U. S. 113, 136. Voir également, *The Meaning of Reasonableness in American Economics*, J. R. Commons, *American Economic Review* 1936.

(7) J. R. Commons, *The Legal Foundations of Capitalism*, p. 7.

(8) *Munn v. Illinois*, 94, U. S. 113, 126.

toutes les conséquences que cela comporte notamment au point de vue de la fixation de ses prix. Nous écrivions en 1931 : « Le concept de public utility, avec ses contours vagues et indéfinis, susceptibles d'englober dans son cadre toute l'activité du pays, tel qu'il ressort de l'opinion de la majorité des juges de la Cour Suprême, est d'une portée qu'on ne saurait sous-estimer. Que sous un Congrès libéral — au sens américain du mot — vienne au pouvoir un président d'esprit libéral, il peut par des nominations appropriées à la Cour Suprême, s'il s'y produit des vacances et tout en respectant la Constitution, lancer les Etats-Unis dans une politique économique et sociale où toute entreprise qui est en contact avec le public sera contrôlée par une agence gouvernementale et ses prix réglementés » (9). Les tentatives du Président Roosevelt en 1936 et 1937 pour s'assurer le contrôle de la Cour Suprême illustrent nettement ce point de vue.

Le rappel de ces idées sur les services publics bien antérieures à l'administration Roosevelt permet d'expliquer en partie la genèse économique et juridique des tentatives de réglementation de la vie économique et l'attitude de la Cour Suprême devant cette extension brusque de la notion de service public, consécutive au désir de contrôle gouvernemental comme mesures d'urgence nécessitées par la crise en 1933.

Il faut remarquer que le gouvernement Roosevelt entendait en somme déclarer, tant par le National Recovery Act que par l'Agricultural Adjustment Act, que toute l'industrie dans son ensemble est de la nature d'un service d'utilité public ; qu'une manufacture de tissus, un magasin, l'agriculture sont des services publics tout aussi bien qu'une compagnie de transports ou une société de distribution d'électricité (10).

Ce n'était pas d'ailleurs une conception entièrement nouvelle de l'industrie, car tout chef d'entreprise proclamait déjà qu'il remplissait une véritable fonction sociale et servait la communauté (11). Ce n'était qu'une extension de la notion d'entreprise affectée d'un intérêt public, telle qu'elle avait été développée jusqu'alors par la Cour Suprême. Celle-ci au début devant les ravages de la crise suivit cette conception élargie de l'Administration. Dans son arrêt concernant la réglementation de l'industrie du lait, elle demande seulement que l'Etat, lorsqu'il juge utile de contrôler telle industrie, invoque le besoin public et que chaque industrie soit envisagée comme un cas d'espèce : « il est évident qu'il n'y a pas que certaines entreprises qui soient affectées d'un intérêt public. La fonction des tribunaux est de déterminer dans chaque cas si les circonstances justifient la réglementation comme une extension raisonnable de l'autorité gouvernementale ou la condamnent comme arbitraire et discriminatoire. » (*Nebbia v. N. Y.*, 1934).

Si donc le Congrès en 1933 avait pris la précaution juridique de déclarer nommément chaque industrie affectée d'un intérêt public par suite des circonstances de crise qui prévalaient à ce moment, être devenue service public, il semble que la Cour Suprême, du moins au point de vue du con-

(9) F. Trévoux. *Le développement et la réglementation de l'industrie électrique aux Etats-Unis*, p. 147.

(10) Voir Whitney. *Trade Associations and Industrial Control*, 1934 et L. Valenstein, *Business under the Recovery Act*, p. 215.

(11) Voir Siegfried, *Les Etats-Unis d'aujourd'hui*, p. 175-177.

cept de service public, ne se serait pas élevée comme elle l'a fait contre les pouvoirs de contrôle en bloc des industries contenues dans le N. R. A. Toute loi relative au contrôle de l'industrie postérieure à l'invalidation du N. R. A. et de l'A. A. A., par exemple le Bituminous Coal Conservation Act du 3 août 1935, prend soin d'affirmer qu'il « est reconnu et déclaré que l'industrie du charbon est affectée par un intérêt public national » (12).

Il semble d'ailleurs que la Cour Suprême, si elle a pu estimer raisonnable à un moment donné, au plus fort de la crise qui sévissait aux Etats-Unis depuis 1929, d'accorder, comme mesure d'urgence et sous le couvert de la notion de public utility, des pouvoirs considérables au pouvoir exécutif, elle a jugé également raisonnable que ces pouvoirs n'étaient plus nécessaires une fois un certain équilibre revenu dans la vie du pays et qu'ils devaient être retirés au pouvoir exécutif.

Cette sorte de jugement raisonnable de ce qui est service public ou non rappelle un peu la « communis estimatio » des canonistes du Moyen Age et le souci d'instaurer et de maintenir un certain équilibre social et économique convenable grâce à la pénétration de l'idée de justice dans la con-

(12) La loi du redressement national aboutit à déclarer en somme que toute entreprise est reconnue comme une public utility et doit éviter une concurrence désordonnée qui conduit au gaspillage des capitaux et à un mauvais service. Il convient d'éliminer ou du moins de limiter la concurrence qui est responsable de la crise, de la baisse des salaires, du chômage et de la destruction des capitaux.

Or, dans tout service public on trouve trois principaux éléments : 1° établissement d'un monopole ou limitation apportée à la création d'entreprises, 2° contrôle sur les prix, 3° obligation pour le service public de satisfaire sur un pied d'égalité toutes les demandes qui se présentent.

Dans le contrôle économique mis sur pied par l'administration Roosevelt, on ne retrouve que les deux premiers éléments. Du fait sans doute de l'existence au plus fort de la crise d'une grande capacité de production inemployée et d'une demande faible, on avait estimé qu'il n'y avait pas de risques de voir la demande devenir supérieure aux possibilités de production. Le troisième caractère qui découle logiquement et nécessairement du premier était caché par les circonstances du moment.

Le N. R. A. reconnaissait, par suite de l'importance des immobilisations dans l'industrie, la tendance au monopole et la sanctionnait par l'interdiction d'entrée en lice de nouveaux entrepreneurs non autorisés. On cherchait comme dans les services publics à éviter les gaspillages et pertes en capitaux qui résultent de duplications inutiles d'usines ou d'outillage dont le rendement est très bas s'ils ne sont que partiellement utilisés. Le juge Brandeis, dans son opinion dissidente (*New State Ice Co v. Liebmann*, 285 U. S. 262, 292) le reconnaît : « La concurrence dans l'industrie tend à être destructrice parce que les usines à glace ont une capacité déterminée, des charges fixes et des frais d'exploitation inflexibles et que dans un marché géographiquement limité le volume des ventes ne peut s'étendre. » On visait à réduire les à-coups de production et le chômage; l'intérêt général était assimilé à la somme des intérêts particuliers des producteurs, entrepreneurs et salariés.

Mais il existait par suite une nette différence entre le système que voulait instaurer le National Recovery Act et celui qui repose sur la notion exacte de service public. La réglementation des services publics entend tenir une balance égale entre producteurs et consommateurs et tenir compte de l'avenir (voir plus loin). Le N. R. A. visait essentiellement à protéger le producteur, le consommateur passant au deuxième plan; il prenait surtout des mesures temporaires. Enfin le N. R. A. mettait l'accent sur le côté social du contrôle de l'industrie qui devait permettre à l'ouvrier la stabilité de l'emploi et lui assurer un salaire décent.

Quant au deuxième élément, le contrôle des prix, il existait dans le N. R. A.; mais dans une direction opposée au but que se proposait la réglementation des prix dans les services publics. Ce n'était pas un prix maximum, et ne devant jamais être dépassé par le service public, qu'on cherchait à fixer; on tâchait au contraire d'imposer un prix minimum et on visait à augmenter peu à peu ce prix.

duite des entreprises. Il est aussi imprécis, aussi statique, mais bien manié, par des hommes compétents, indépendants, non imbus d'idées doctrinaires ou influencés par la passion, il serait susceptible, en s'appuyant sur les faits et en les devançant avec prudence de redresser certaines imperfections de l'économie. La notion de droit public de service public ne peut cependant véritablement s'éclairer et trouver des assises solides qu'en examinant les réalités économiques, en analysant la notion économique de service public.

**

Les théories qui font reposer sur des facteurs économiques l'explication de la notion de service public ne sont certes pas sans avoir subi l'influence de certains concepts juridiques, notamment au point de vue des formes de réglementation ; mais elles mettent au premier plan les considérations économiques de fait et toutes reconnaissent que l'existence de monopoles de plus en plus nombreux ne permet plus d'assurer automatiquement au consommateur la plus grande quantité de produits au prix le plus bas.

a) C'est l'existence du monopole sanctionné par les pouvoirs publics qui détermine le caractère de service public et entraîne une réglementation spéciale. Des privilèges spéciaux sous forme de limitation de la concurrence ayant été accordés par les pouvoirs publics entraînent en contre-partie un droit de regard de ceux-ci ⁽¹³⁾.

Ceci suppose donc que les gouvernants ont délibérément restreint, limité ou supprimé le libre jeu de la concurrence dans certaines branches d'activité et cela pour des raisons purement économiques : le service est mieux assuré et à meilleur prix par un seul système de production que par plusieurs. On cherche à éviter ainsi des gaspillages inutiles de capital et de travail, surtout dans les entreprises où les immobilisations sont très importantes. Le service est mal assuré et à des prix élevés lorsque la production se partage entre plusieurs systèmes mal équilibrés dont l'ensemble est disproportionné par rapport à la demande (exemple des chemins de fer américains). Or, là où il y a monopole même rendu nécessaire par des facteurs techniques et économiques et reconnu par la loi, on peut craindre des excès, d'où la naissance d'un contrôle des gouvernants.

Cette théorie représente un trait-d'union entre les théories précédentes et les théories à base strictement économique, mais elle est économiquement incomplète.

Certaines entreprises pourtant essentielles à la vie ne fonctionnent pas sous la forme de monopoles ; de plus, si certains facteurs purement techniques et économiques entraînent une industrie à opérer sous la forme d'un monopole, ce sont là des éléments que les pouvoirs publics peuvent sanctionner en les reconnaissant légalement, mais auxquels ils n'ajoutent

(13) « Dans les entreprises d'utilité publique comme nous leur conférons un monopole en limitant la concurrence, nous devons réglementer leurs services et leurs tarifs. » Adresse inaugurale du Président Hoover, 1929.

« C'est seulement lorsque la propriété jouit de quelques privilèges octroyés par le gouvernement qu'elle est affectée d'un intérêt public. » *Munn v. Illinois*, 94 U. S. 113, 152.

rien. Le monopole est une forme d'organisation qui s'imposerait même en dehors de toute intervention des pouvoirs publics. Ce ne sont pas eux qui en fait le confèrent, ils ne font que le reconnaître et en sanctionner la nécessité. Ils sont d'ailleurs impuissants à conserver à une industrie les caractères d'un monopole alors que des circonstances économiques nouvelles les ont fait disparaître (chemins de fer). Il n'y a pas de monopole économique absolu de longue durée, même garanti par la loi ; celle-ci ne peut ni instaurer ni maintenir un monopole, sauf fiscal, en présence de nouvelles formes de production ou de modifications de la demande.

Cette croyance simpliste à la puissance des pouvoirs publics pour créer et continuer à faire fonctionner une industrie comme un monopole est à l'origine de nombreuses erreurs économiques et financières. Dans de nombreux pays les gouvernants, les dirigeants des entreprises et surtout l'opinion publique mal éclairée crurent qu'il suffisait qu'une industrie fut déclarée légalement un monopole pour qu'elle restât telle et fût protégée contre le dynamisme économique. Or, le jeu propre des forces économiques provenant tant de techniques nouvelles que de changements dans la demande est de s'attaquer aux monopoles créés auparavant. La technique vise toujours à créer des monopoles dans de nouvelles branches et incessamment travaille à détruire par de nouvelles inventions les monopoles qu'elle a engendrés l'instant auparavant. La technique travaille sans cesse à jeter bas les monopoles qu'elle édifie. Ce fut presque toujours une erreur coûteuse de la part des gouvernements et de l'opinion publique que de croire à l'action de la loi pour rendre absolus et perpétuels certains monopoles. C'était prétendre engager l'avenir, le solidifier par avance dans un moule pré-établi et imposer aux générations ultérieures de payer fort cher ces fautes ⁽¹⁴⁾.

La sanction de l'Etat ne peut en réalité ni créer ni surtout continuer un monopole en présence des variations économiques.

b) La notion de service public repose conjointement sur deux idées : l'idée de monopole et celle de nécessité. Ces deux éléments doivent se trouver réunis, associés pour qu'une industrie devienne un service public ; un seul de ces caractères pris séparément ne suffirait pas ⁽¹⁵⁾. C'est ainsi que le logement est une nécessité, mais comme sur ce marché il y a concurrence, le consommateur peut choisir et discuter les prix. Ce n'est que lorsque des circonstances exceptionnelles : l'afflux dans les villes et le manque de constructions neuves, font apparaître l'autre élément que le logement remplit une sorte de service public dont les prix peuvent être réglementés ⁽¹⁶⁾. Qu'un monopole temporaire survienne dans une industrie consi-

(14) La croyance à la perpétuité d'un monopole sanctionné par l'Etat s'affirmait en particulier en France pour le calcul de l'amortissement des lignes de chemins de fer. Croyant à la pérennité de la valeur des installations, on a reporté l'amortissement sur un grand nombre d'années, en particulier pour le programme Freycinet. D'après M. Dautry, si les tarifs avaient été 2 à 3 % plus élevés, les lignes eussent été amorties en 1914 et la crise des chemins de fer eût été fortement diminuée.

(15) Voir M. Glaeser, *Outlines of public utility economics*, 1927, p. 178.

(16) Qu'ils aient été réglementés de façon rationnelle et économique avec des vues d'avenir, c'est-à-dire de manière à supprimer le monopole, inciter à la construction pour satisfaire une demande accrue est une autre question. La législation française sur les loyers depuis quelque vingt ans est le type de la réglementation qui a sacrifié l'avenir au présent et a conduit à un mauvais service (taudis).

dérée comme nécessaire, elle devient service public ; mais dès que les circonstances qui ont réuni ces deux éléments constitutifs disparaissent, et si la loi faite à leur occasion n'a pas trop restreint l'élasticité de l'offre, les deux éléments se dissocieront à nouveau ; la raison de la réglementation s'évanouira ; l'industrie ne sera plus alors un service public.

Cette conception assez satisfaisante, et la plus généralement acceptée, laisse cependant subsister quelque imprécision. L'idée de nécessité est toujours subjective et reste à définir ; ainsi le caractère relatif du service public demeure fortement marqué. Surtout elle ne donne aucune directive sur le but de la réglementation : notamment, l'idée de nécessité doit-elle s'appliquer au consommateur ou au producteur ? Dans certains cas il peut, en effet, apparaître nécessaire de maintenir en activité le producteur monopoleur même en sacrifiant momentanément l'intérêt du consommateur ⁽¹⁷⁾. Lorsque l'existence même d'une industrie nécessaire est menacée, on la maintient au détriment des consommateurs actuels, mais dans l'intérêt des consommateurs futurs ⁽¹⁸⁾. Généralement les partisans des deux éléments simultanés, nécessité, monopole, n'avaient en vue que la protection du consommateur contre des exagérations possibles. C'est ainsi que divers arrêts de la Cour Suprême insistent sur le besoin de surveiller les prétentions des monopoles ; mais c'est seulement lorsque un monopole porte sur une industrie qui est nécessaire qu'elle le déclarait service public ⁽¹⁹⁾.

Il a existé de tout temps dans le public une sorte de vague terreur des monopoles. Il subsiste le souvenir des exactions de certains monopoles alimentaires à diverses époques. Mais cette crainte ne tient pas compte des phénomènes techniques et économiques qui conduisent au monopole dans certaines activités et elle méconnaît cette considération qu'un monopoleur qui entend garder une position avantageuse a intérêt à pratiquer des prix qui sont souvent inférieurs à ceux réalisés sous un régime de concurrence. En effet, d'une part, dans un marché assez vaste toute industrie à coûts décroissants tend à devenir un monopole, et, d'autre part, l'étude rationnelle des prix de monopole montre que le monopoleur peut obtenir le profit le plus élevé en pratiquant des prix faibles, échelonnés, diversifiés suivant les possibilités d'achat de ses clients.

Trop souvent le monopoleur a d'ailleurs agi comme s'il disposait d'un monopole absolu de durée illimitée. L'indolence naturelle, une politique à courte vue — se révélant en fait contraire à ses propres intérêts — le conduisaient à pratiquer des prix élevés et avoir une clientèle réduite. Une industrie qui croit que parce qu'elle dispose d'un monopole elle n'a pas à se soucier de l'avenir préférera s'adresser à mille clients qu'à deux mille pour obtenir le même bénéfice. En gardant des prix élevés, sur un produit ou un service doués d'élasticité, elle rationne ainsi et le nombre des consommateurs et la quantité consommée par chacun d'eux. Si l'intérêt général

(17) Le système de codes du N. R. A. est basé en partie sur cette conception; voir note 12.

(18) C'est le cas de nombreuses industries bénéficiant d'une protection douanière; pour certaines industries, jugées indispensables à l'autonomie du pays, le tarif douanier est bien établi dans ce but; par exemple les « Key industries » en Angleterre.

(19) La Cour Suprême se refusa à qualifier de public utility les agences de vente de tickets de théâtre, car si elles disposent d'un monopole, il ne s'exerce pas sur un article de nécessité, indispensable à la vie.

peut exiger parfois pour des produits dont la quantité paraît limitée par la nature (hélium) une limitation de l'offre, par contre lorsqu'il s'agit de marchandises ou de services aisément reproductibles, l'intérêt général coïncide avec celui du consommateur qui demande la plus grande production au plus faible prix. Ceci conduit à une autre explication de la notion du service public.

c) Par suite des circonstances, le consommateur ne peut, vis-à-vis d'une industrie, discuter les conditions du marché sur un pied d'égalité avec le vendeur; il se trouve dans une position désavantageuse (*consumer's disadvantage* de Tugwell). C'est cette rupture d'équilibre au détriment du consommateur que la qualification de service public avec la réglementation qu'elle comporte a pour but de redresser.

Ainsi c'est le fait que le consommateur n'est pas à même de discuter librement les conditions du marché parce qu'il est à la merci des exigences du vendeur, qui entraîne la reconnaissance de l'industrie comme service public. Les circonstances mêmes qui ont amené cette position subalterne du consommateur importent peu; il suffit que la position désavantageuse existe pour qu'il y ait service public.

L'histoire économique paraît soutenir cette conception; au Moyen Age en particulier en présence d'un marché restreint, où la concurrence ne jouait pas, presque toutes les activités sont réglementées pour que le consommateur ne souffre pas des exagérations des marchands.

Cette position désavantageuse du consommateur peut se manifester par un prix préjudiciable ou des conditions de service peu satisfaisantes et cependant le consommateur est obligé de passer par les fourches caudines du vendeur s'il ne veut ou ne peut pas se passer d'un service qui est pour lui une nécessité⁽²⁰⁾. La présence d'un « *consumer's disadvantage* » engendre ce que l'on appelle un intérêt public — intérêt général puisqu'on suppose que le public est l'équivalent de l'ensemble des consommateurs — et qui serait mieux dénommé intérêt du consommateur.

Ce point de vue, quoique plus ou moins explicite, est sous-jacent à de nombreux arrêts de la Cour Suprême qui soulignent que le prix n'est plus fixé librement après un débat entre vendeurs et acheteurs⁽²¹⁾ comme l'exigent les théories libérales de la fixation des prix sur le marché; que la concurrence ne joue plus⁽²²⁾ et que l'on peut craindre en conséquence des excès de la part du vendeur⁽²³⁾.

(20) Voir R.-G. Tugwell, *The Economic basis of public interest*, p. 92 et suivantes.

(21) « Le prix de l'assurance n'est pas fixé par ce que A. Smith appellerait le marchandage et le débat sur un marché, mais arrêté dans les réunions des assureurs, et celui qui entend contracter une assurance est sans pouvoir pour s'opposer à ce prix. » *German Alliance Insurance Co v. Lewis*, 233 U. S. 389.

(22) « ...toutes les fois qu'une combinaison de circonstances réduit sérieusement le pouvoir régulateur de la concurrence, de telle façon que acheteurs ou vendeurs sont placés dans une position si désavantageuse dans la lutte pour la discussion du prix qu'on peut raisonnablement prévoir de graves conséquences pour la collectivité. » *Ribnik v. Mac Bride*, 277 U. S. 350, 357.

(23) « La chose qui détermine l'intérêt public est la nature indispensable du service, et les charges exorbitantes et le contrôle arbitraire auxquels l'affaire pourrait être sujette sans réglementation. » *Wolf Packing Co v. Court of Industrial Relations*, 262 U. S. 524, 538. De même, « La nature et l'importance de l'entreprise, le fait qu'elle touche de près un grand nombre de gens, et qu'elle peut engendrer des occasions pour imposer et opprimer sont des circonstances qui affectent l'entreprise d'un intérêt public. » *Ratcliffe v. Union Stockyards Co*, 74 Kansas.

Le rôle de l'Etat, selon Tugwell et Commons, serait donc d'utiliser le concept de service public pour rétablir l'équilibre des forces dans un marché où les consommateurs sont placés dans une position désavantageuse.

Cette conception laisse ainsi de côté le cadre juridique de l'entreprise pour ne faire appel qu'aux conditions du marché. En visant en somme à rétablir entre vendeurs et acheteurs cet équilibre idéal qui assure au consommateur la meilleure prestation au moindre coût, elle rend indirectement hommage à la théorie économique. Mais elle n'est peut-être pas assez générale à deux points de vue. D'une part, on ne peut pas confondre l'intérêt général avec seulement l'intérêt immédiat des consommateurs actuels même éventuels; l'intérêt général englobe aussi celui des consommateurs futurs. Sinon on pourrait être entraîné, par le jeu des amortissements en particulier, à avantager les consommateurs actuels par rapport aux consommateurs futurs, à sacrifier l'avenir au présent. D'autre part, peut-on assimiler intérêt général et intérêt des consommateurs? Il peut se présenter des cas, notamment en période de dépression, où les vendeurs se trouveront eux aussi dans une position désavantageuse par rapport aux acheteurs. Si le but est de rétablir l'équilibre sur le marché dans les conditions de fixation du prix, on est conduit logiquement à déclarer l'industrie service public et à réglementer ses prix lorsqu'apparaît un « producer's disadvantage ». C'est une idée analogue et vaguement formulée qui, croyons-nous, était en partie à la base du N. R. A. ⁽²⁴⁾.

Comme les crises ont montré que l'intérêt général ne coïncidait pas toujours exactement avec celui des consommateurs, comme diverses tentatives et en particulier le N. R. A. par ses excès ont révélé les graves dangers qu'il y avait à identifier l'intérêt général avec celui des producteurs, il s'ensuit que l'intérêt général n'est pas formé par l'addition d'intérêts de groupes divers, quels que soient l'importance et l'effectif actuels de ces groupes, mais qu'il est supérieur à ceux des groupes, car il les prolonge et les domine dans l'espace et dans le temps.

d) C'est avant tout dans les conditions économiques qui entourent la production et la vente d'une marchandise, dans les conditions de l'échange et du marché qu'il faut chercher la base du concept de service public économique.

Aux époques où l'échange s'effectuait avec peine, disposait de marchés peu étendus par suite notamment de la difficulté des communications, le volume des échanges était faible, car la famille se suffisait à elle-même pour presque tout ce qui lui était indispensable. La notion de service public était appliquée dans le cadre local et seulement pour les industries jugées vitales dont les conditions de marché étaient inélastiques. Lorsque les travaux dans une collectivité étaient peu différenciés, que l'économie domestique prévalait, que l'échange fonctionnait peu ou mal, l'autorité publique n'intervenait que pour certaines activités locales qui disposaient d'une position avantageuse, d'une rente; de là, à côté des services publics indivisibles destinés à assurer et à maintenir la vie du groupe à l'intérieur et à l'extérieur (armée, police, justice), que les gouvernants n'assumèrent

(24) Voir note 12, l'influence de l'idée de « public utility » sur le N. R. A.

d'ailleurs que graduellement, l'existence de fonctions économiques où l'autorité dut intervenir pour ne point voir la vie du groupe compromise ou un de ses éléments abuser de sa position pour écraser l'autre.

Au fur et à mesure que l'échange se développait, que les marchés s'élargissaient avec la facilité des communications et la disparition des entraves réglementaires, que les tâches et les besoins se différenciaient, les conditions idéales du marché tendaient à se réaliser. Marchandises, capitaux, hommes, vont se présenter et s'employer librement partout où un besoin se manifeste; en présence de multiples producteurs concurrents la crainte de voir un de ceux-ci abuser de sa position s'efface. Les industries vitales jadis services publics et réglementés (boulangeries, moulins) deviennent libres et au 19^e siècle le prix de leurs produits s'établit assez librement grâce au jeu des forces naturelles pour que le consommateur ne se sente pas exploité.

Actuellement il est banal de constater que les conditions du marché théorique ne sont pas réalisées pour quantité de produits : les marchés sont restreints artificiellement, le plus souvent au cadre national; hommes, marchandises, capitaux, ne peuvent et ne veulent pas s'employer là où un besoin se manifeste. Aux multiples entreprises nécessaires pour que la loi des grands nombres joue dans l'adaptation par la concurrence de l'offre et de la demande se substituent peu à peu quelques grandes entreprises plus ou moins coalisées. Chaque producteur est saisi de la grande peur de la concurrence, cherche à détenir un monopole et s'emploie à le faire consolider par les pouvoirs publics; que ce soit du fait des industries — sous la pression technique d'immobilisations toujours plus importantes non adaptables à d'autres fabrications — qui tentent par des trusts ou des ententes à s'assurer contre les risques de la concurrence sur le marché des produits, ou du fait des travailleurs — sous la pression des syndicats et la crainte du chômage — qui visent à éliminer la concurrence du marché du travail et à y imposer des prix fixes au moyen des conventions collectives, le consommateur se trouve également désarmé, et devant les restrictions de la production et les prix imposés des marchandises, et devant la restriction des heures de travail et le prix imposé du travail. L'échange s'effectue mal, tout comme au Moyen Age. Mais la présence dans de nombreuses branches d'activités de monopoles de fait revêt un caractère beaucoup plus grave qu'au Moyen Age. Chacun alors se suffisait presque à soi-même; actuellement, par suite de la diversification des tâches, de l'augmentation des besoins, du passage des marchés du cadre local au cadre national, chacun tant comme producteur que comme consommateur, dépend étroitement du fonctionnement de toutes les autres activités. Dans toutes les manifestations de sa vie économique, il n'est qu'un maillon du système infiniment complexe des échanges, sans avoir la possibilité de vivre séparément.

Dans le milieu économique actuel, par suite de la présence de nombreux monopoles et surtout de l'interdépendance née de la multiplication des échanges, un grand nombre d'activités tendent à devenir des services publics. Toute la vie de la communauté repose sur le fonctionnement régulier et continu de tous les maillons de la chaîne des échanges, comme le travail à la chaîne requiert l'ininteruption et la coordination de tous les ouvriers qui y participent. Toutes les activités sont devenues indispen-

sables; comme de plus ni les hommes, ni les capitaux ne peuvent ou ne veulent quitter un emploi pour un autre, des monopoles de ces activités rendues indispensables se sont créés qui, s'ils peuvent parfois discuter entre eux sur un pied d'égalité ⁽²⁵⁾, risquent par contre non seulement d'écraser le consommateur, mais aussi d'ébranler la vie économique tout entière.

La notion économique de service public est basée sur *l'interdépendance* née de l'échange, dans une société complexe où toutes les entreprises et métiers diversifiés se tiennent, dépendent étroitement les uns des autres et ne peuvent être remplacés de suite ⁽²⁶⁾.

L'échange a entraîné l'interdépendance économique et celle-ci a été renforcée et rendue plus fragile par l'existence des ententes, des syndicats, les grèves. Le public, dans les conditions économiques et sociales actuelles dépend de nombreuses activités et ne saurait s'en passer un seul moment. A la suite du développement de l'échange, chaque entreprise et chaque individu ne travaille qu'en vue de vendre aux autres ses produits ou ses services et dépend de l'activité régulière des autres. L'économie d'échange a conduit à une économie d'interdépendance, en même temps que la concurrence a entraîné des tendances au monopole. Toutes les activités sont si étroitement soudées et imbriquées les unes dans les autres que le retrait ou le mauvais fonctionnement de l'une retentit sur toutes les autres.

Lorsqu'un individu isolé exerce un métier, il ne présente aucune importance particulière pour l'ensemble du public; s'il ferme sa boutique ou livre un produit de mauvaise qualité, assure un service défectueux, le public peut s'adresser chez un autre tant que la concurrence joue; en cas de défaillance d'une entreprise ou de mauvais service, il obtient satisfaction de besoins même vitaux en allant chez une autre. Mais dès qu'il y a entente entre des entreprises fabriquant un même produit ou entre des individus exerçant le même métier, dès que ceux-ci, pour obtenir tel prix de leur produit ou de leur service, s'entendent soit pour restreindre leur activité, soit même pour se retirer simultanément de ces marchés, prétendent imposer leurs exigences ou leurs revendications par le rationnement ou par la disette de leur genre d'activité, le public s'aperçoit vite que l'industrie ou le métier pris *in globo* est devenu une nécessité pour lui et qu'il ne peut plus s'en passer. Du fait de l'échange le public a pris l'habitude d'employer cette activité; il en a non seulement besoin, mais encore il a besoin qu'elle fonctionne sans interruption.

Toute entreprise d'usage courant dans l'échange de tous les jours devient un service public économique, car le public escomptant que l'usage lui en sera assuré à tout moment ne peut plus en être privé. Cette interdépendance

(25) Par exemple : convention collective entre un syndicat patronal et un syndicat ouvrier.

(26) C'est sur la notion d'interdépendance sociale que Duguit avait basé de façon magistrale l'explication de la notion de service public, mais surtout à un point de vue de droit public : « Toute activité dont l'accomplissement doit être réglé, assuré, et contrôlé par les gouvernants, parce qu'il est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale et qu'il est de telle nature qu'il ne peut être assuré complètement que par l'intervention de la force gouvernante. » *Les transformations du Droit public*, p. 51 et suiv. Voir également le développement de l'idée d'interdépendance sociale dans Duguit, *L'Etat et le droit objectif*, p. 23.

fait sentir et peser la nécessité de la continuité du service public sur presque toutes les entreprises. Le public a aménagé sa vie et ses affaires en fonction de l'idée et du fait qu'il aurait toujours à sa disposition à tout moment dans la mesure où il le désirerait cette entreprise; il ne peut plus s'en passer. Prisonnier des habitudes acquises grâce à la facilité même de l'échange, il n'est pas équipé ni à même de remplacer une activité qui viendrait à disparaître; il a abandonné toute réserve, tout équipement de secours, pourrait-on dire, et il dépend exclusivement de l'entreprise ou du métier. Le public consommateur ou producteur a laissé s'atrophier ses capacités de se suffire à lui-même. Comme les substituts ne peuvent jouer de suite, à moins de voir ses conditions de vie absolument désorganisées, il ne peut se passer même un instant de tels ou tels services ⁽²⁷⁾. Cette dépendance est particulièrement frappante dans les centres les plus évolués où la spécialisation est la plus poussée, surtout dans les très grandes villes. L'individu y dépend de multiples entreprises : que l'une d'elle s'arrête, sa vie est désorganisée, suspendue sans qu'il lui soit possible d'y remédier par lui-même. Les conditions artificielles de vie des grandes villes, dont le fonctionnement requiert le jeu délicat de mille activités inextricablement liées, ont accru le nombre et le degré des services publics. Le fonctionnement régulier de la vie économique moderne repose ainsi sur le fonctionnement continu de multiples activités qui sont devenues toutes indispensables, car l'une dépend de façon complexe de toutes les autres et inversement.

L'interdépendance née de la complexité de l'échange a accru le nombre des services publics.

De plus cette interdépendance est rendue plus sensible par l'action des ententes industrielles et des syndicats ouvriers, c'est-à-dire de monopoles de production et de travail. Les consommateurs sont dans l'impossibilité de vraiment discuter les exigences de ces derniers, du moment qu'ils ne peuvent plus se passer de certains produits ou services. Les pouvoirs publics sont ainsi amenés à intervenir, directement ou non, pour tenter de rétablir l'équilibre dans la discussion des prix. C'est pour une raison analogue, l'ampleur de l'action collective tant patronale qu'ouvrière, qu'un conflit entre ces deux forces de monopole prend assez vite des proportions telles que l'équilibre économique risque d'être rompu et le rythme économique d'un pays paralysé. La grève affectant un service public de droit public a presque toujours été regardée avec défaveur; le public se rendait compte alors de sa dépendance et de sa sujétion vis-à-vis du service public. La plupart des projets d'arbitrage obligatoire ont vu ainsi le jour après de telles grèves. Dans un service public concédé, le public demande à l'Etat de le protéger et contre un prix trop élevé ou un service déficient par l'entreprise, et contre l'arrêt concerté du service par les ouvriers de ce dernier ⁽²⁸⁾. Les mouvements généraux de grève aux Etats-Unis en 1934,

(27) Dans certains immeubles où il n'y a ni cheminées, ni fourneaux, que vienne à s'arrêter la distribution de gaz ou de vapeur, c'est également l'arrêt de la vie de l'habitation.

(28) Le président Butler, de l'Université Columbia, recommande en 1936 l'adoption de la formule du président Coolidge du 14 septembre 1919 : « Il n'y a pas de droit de grève contre la sûreté publique pour n'importe qui en aucune circonstance, en aucun

en France en 1936, ont amené le public à se rendre compte que sa vie dépendait non seulement du fonctionnement régulier des services publics de droit public, mais d'un grand nombre d'autres entreprises, véritables services publics économiques ⁽²⁹⁾.

C'est la dépendance du fonctionnement régulier de la vie économique vis-à-vis d'un nombre toujours plus grand d'activités tendant au monopole qui rend ces activités des services publics. Que vienne à cesser, voire seulement à se ralentir l'activité des transports, des postes, des banques, des mines (1926 en Grande-Bretagne), de la distribution du lait, de l'essence, de l'enlèvement des immondices, du déchargement des bateaux, etc., le consommateur sera gêné et la vie économique entravée, sinon suspendue.

Dans l'économie moderne basée sur une infinité d'échanges enchevêtrés chacun a aliéné sa liberté, car il est non seulement solidaire des autres activités mais sous la dépendance étroite de celles-ci. La notion de solidarité n'est plus suffisante pour exprimer les liens qui unissent les membres de la vie économique actuelle; c'est à la notion d'interdépendance qu'il faut s'adresser ⁽³⁰⁾. Cette dernière a l'avantage d'ailleurs d'être rationnelle alors que la première déviait souvent sur un plan sentimental. Il convient d'ailleurs de distinguer soigneusement ce qu'on peut appeler service social du service public. Le service social n'est pas rentable, soit par essence, par ex. assistance, allocations de chômage, soit par ce qu'il rend un service indivisible; il fonctionne à perte et est couvert par l'impôt. Le service public doit toujours viser à assurer lui-même sa rentabilité, à se suffire à lui-même; ses prix doivent couvrir ses charges actuelles et passées. Il y a ainsi un danger constant pour le service public d'être transformé par certains usagers en service social à leur profit et c'est en s'appuyant sur le critère objectif d'interdépendance économique qu'on peut se garder de cette déviation.

Cette notion de service public économique est très large et très souple, pouvant s'adapter aux divers milieux suivant les conditions du marché; elle est d'ailleurs différente de la notion de droit public qui est plus restreinte. Du fait de l'interdépendance économique chaque individu, chaque entreprise, se trouve devenu un rouage nécessaire de la machine économi-

temps. » En Angleterre, après la fameuse grève de 1926, on a adopté un principe analogue : grèves ou lock-outs destinés à faire pression sur le gouvernement en nuisant à la communauté sont également illégaux.

(29) On peut citer un exemple de cette sujétion du public vis-à-vis de métiers dont on ne pense même pas qu'ils soient indispensables, tellement il est devenu une habitude de compter sur eux. En novembre 1936, se déclare à Lille une grève des ouvriers livreurs de charbon. Au bout de quelques jours, non seulement les particuliers ne purent se chauffer, mais encore des usines se virent obligées de fermer, faute de combustible. Le gouvernement dut alors faire opérer les livraisons de charbon par les soins de ce qui est un service public par excellence, par l'armée.

(30) Il est curieux de trouver cette notion chez un poète, Gérard Bauer, Billet de Guermantes, 10 juillet 1937. « Lorsque le garçon de café s'éloigne de sa tâche, il nuit au chauffeur de taxi, à l'employé de théâtre, à l'ouvreuse, à l'acteur, au camelot qui vend des journaux anglais, à la population toute entière. L'interdépendance des métiers, dans une capitale comme la nôtre et dans la société contemporaine a changé l'aspect des problèmes du travail. »

Si, comme le dit Manolesco, *Le siècle du corporatisme*, p. 21-56, « la solidarité apparaît comme le réflexe de l'insécurité universelle », il faut aussi remarquer que cette insécurité économique provient justement en grande partie de la solidarité.

que. Pour que soient assurés de façon ordonnée les besoins de la société contemporaine infiniment complexe, nombre d'entreprises et de métiers doivent fonctionner comme des services publics.

L'équilibre économique des diverses activités peut être comparé à celui d'une pyramide formée de matériaux imbriqués les uns dans les autres; au fur et à mesure qu'on s'élève de la base au sommet, les étages sont de moins en moins chargés de supporter le reste de l'édifice et revêtent de moins en moins le caractère de services publics.

Les circonstances qui existaient durant la guerre de 1914-1918 ont accentué ces rapports d'interdépendance vitale entre toutes les branches de la vie économique d'un pays. Par suite de l'importance et de la multiplicité des besoins de la guerre moderne, on peut dire que dans une économie de guerre toute activité devient service public; il en est de même dans une autarchie agressive qui se guide sur l'économie de guerre. Depuis 1919 le développement du protectionnisme qui aboutit au cloisonnement des marchés a donné la qualité de services publics à certaines industries. Le nationalisme économique — et à plus forte raison l'autarchie — voulant conquérir l'indépendance vis-à-vis de l'étranger, aboutit à accroître l'interdépendance économique interne, en resserrant les liens des échanges intérieurs, et, en conséquence, augmente le nombre des activités devenues services publics (agriculture).

Mais le fait que beaucoup d'entreprises, de par leur place dans la chaîne des échanges, aient été appelées à être des services publics économiques n'entraîne pas forcément que l'Etat doive désormais en assumer la direction et la responsabilité. Il convient seulement que l'organisation de l'industrie satisfasse au mieux le besoin économique. Or l'Etat politique actuel est souvent mal équipé pour une telle tâche ⁽³¹⁾. Dans la mesure même où l'industrie a une fonction à remplir on peut même dire qu'il faut la séparer de l'Etat qui risque de l'asservir. L'organisation et le fonctionnement d'un service public économique doit faire appel à l'institutionnalisme. Une entreprise assurant un service public, si véritablement elle remplit une fonction dans la vie économique, se rend compte peu à peu du rôle qu'elle a à jouer. Des règles spéciales se forment, un état d'esprit particulier prend naissance quelle que soit la forme d'organisation, privée, mixte, publique. Les dirigeants du service public arrivent à se considérer et à agir comme des « trustees ». La personnalité du service public s'affirme ainsi et elle est autonome, indépendante de celui qui la possède ⁽³²⁾. Cette vie propre institutionnelle se manifeste même dans les services publics économiques bien gérés possédés par l'Etat, qui prennent la forme d'offices ou de compagnies analogues à une société privée; elle peut se manifester même à l'encontre des gouvernants, lorsque ceux-ci cherchent à détourner et à asservir à leurs fins particulières du moment la fonction que gère le service public.

(31) Le Président Roosevelt a reconnu comme une cause de l'échec de la N. R. A. le manque d'hommes compétents au service du gouvernement et les habitudes administratives; d'où son projet de réorganisation administrative présenté en fin 1936.

(32) Voir J.-R. Commons, *Legal Foundations of Capitalism*, et *Institutional Economics*. Duguit voulait également combiner les avantages de la gestion privée et de l'organisation en service public en accordant à ce dernier une large autonomie par rapport à l'Etat par ce qu'il appelle la « décentralisation par service public ». Voir G. Pirou, *Léon Duguit et l'économie politique*, *Revue d'Economie Politique*, 1933, p. 55.

La Banque d'Emission est ainsi une institution qui, ayant conscience de sa fonction au point de vue monétaire et de crédit, et en tant qu'assumant un service public, peut parfois entrer en conflit avec l'Etat, pour défendre les fins du service public contre les tentatives d'obédience à des buts politiques.

Les rapports de l'Etat avec des industries devenues économiquement des services publics posent des problèmes délicats notamment en vue de la coordination de ces activités et d'éviter une vie autonome trop égoïste des services publics. Certaines conceptions d'économie dirigée basées sur le désir d'assurer un fonctionnement régulier stable de la machine économique semblent emprunter parfois de façon vague cette notion d'entreprises devenues services publics par le jeu de l'interdépendance et dont l'activité et le développement sont contrôlés par l'Etat ⁽³³⁾.

★★

† Cependant le caractère le plus apparent des services publics au point de vue de leurs répercussions sur l'ensemble de la vie économique, c'est la nécessité de leur fonctionnement régulier (principe de la continuité du service public) qui entraîne, entre autres conséquences, leur rigidité.

Les services publics doivent fonctionner sans à-coups, sans heurts, sans arrêts. Ceci implique en plus l'obligation de donner satisfaction instantanément à toute demande qui se présente. Le service public ne peut ni refuser un consommateur qui se présente, ni différer l'exécution du service demandé. Le caractère essentiel du service public est ainsi non seulement l'obligation de la continuité du service, de ne pas interrompre le fonctionnement, mais encore l'obligation de pouvoir faire face à toutes les fluctuations de la demande. Comme la production nécessite des immobilisations de plus en plus importantes, l'obligation d'être prêt à tout moment à faire face aux variations de la demande entraîne la fixité des coûts des entreprises services publics et par là réagit sur l'ensemble de l'économie en la rendant moins souple et plus rigide. Il s'est produit une ankylose graduelle de l'économie par suite du développement des entreprises devenues services publics à la suite de l'accroissement de l'interdépendance née de l'échange.

Le public, en effet, ne supporte plus que sa demande ne soit pas exécutée dès qu'il la manifeste; non seulement il ne le veut plus, mais il ne le pourrait plus. On conçoit mal par exemple qu'une compagnie de chemins de fer renvoie des voyageurs ou des marchandises faute de matériel roulant ou d'employés, qu'une société de distribution d'électricité prie un consommateur éventuel d'attendre ou rationne l'énergie à ses usagers en invoquant l'insuffisance de la capacité de production installée. Un service public doit toujours être à la disposition de l'utilisateur qui a pris l'habitude d'y compter. La demande peut varier entre des limites très larges; il n'importe; le service public doit toujours être à même d'y satisfaire instantanément. Pour cela il est obligé de tenir constamment en réserve une capacité de production inemployée la plupart du temps, mais qui est néces-

(33) J. M. Clark, *Social Control of Business*, 1926. Keeser, *Public Control of Business*, 1930. Ford P. Hall, *Government and Business* 1934.

saire pour faire face aux accroissements journaliers ⁽³⁴⁾, saisonniers ⁽³⁵⁾ ou même cycliques de la demande ⁽³⁶⁾.

Les mêmes obligations sont imposées par le public aux industries qui sont devenues des services publics économiques: le public s'étant accoutumé à les avoir toujours à portée de la main à sa disposition s'adresse à elles en voulant que sa demande soit immédiatement satisfaite. Il ne prend plus aucune précaution pour se prémunir ni contre un arrêt des entreprises qui le servent tant comme producteur que comme consommateur, ni contre un refus de le servir, ni contre un retard dans l'exécution. A ce dernier point de vue, individus, commerçants ou industriels ne constituent presque plus de stocks ou du moins beaucoup moins de stocks qu'autrefois. Les provisions, les stocks étaient considérés comme des volants régulateurs destinés à assurer le fonctionnement régulier en cas de retard de la production dans son incapacité à suivre une augmentation subite de la demande. L'existence de stocks signifie le manque d'élasticité de la production (agriculture par exemple), son incapacité ou sa lenteur à répondre de suite aux variations de la demande. Si on peut faire des provisions de marchandises, il est d'ailleurs impossible de constituer des stocks de services; on ne stocke pas de l'électricité, des transports, du travail. Par suite du développement de la technique, on a réussi à faire porter à la capacité de production la charge qu'on demandait auparavant aux provisions et aux stocks: assurer en tout état de cause le fonctionnement régulier de l'économie. Les crises désormais ne sont plus comme autrefois caractérisées par une augmentation anormale des stocks à la suite de la diminution de la demande, mais bien surtout par l'existence d'une capacité de production inemployée. Cette pratique des achats au jour le jour (hand to mouth buying) si répandue actuellement chez les particuliers, les commerçants et les industriels pour leurs approvisionnements aboutit à reporter sur la capacité de production tout le poids de faire face de suite à toutes les variations de la demande.

Un changement dans le rythme de la demande se répercute de suite

(34) On peut donner comme exemple la pointe journalière de demande d'énergie électrique entre 17 et 19 heures, suivant les saisons, correspondant à la demande pour l'éclairage, pointe qui est plus forte l'hiver que l'été et qui arrive parfois à représenter cinq à six fois le minimum demandé vers 4 à 5 heures du matin généralement; de même les transports en commun des villes ont des pointes au moment de la sortie des lieux de travail.

(35) Les compagnies de chemins de fer sont obligées d'avoir des installations qui ne servent que très partiellement. M. Dautry, directeur du réseau de l'Etat, déclarait que ce réseau qui dessert les côtes et les plages balnéaires de Bretagne et de Normandie était obligé d'avoir un parc très important de wagons de voyageurs qui n'étaient utilisés que deux mois de l'année.

(36) La production de fonte en Grande-Bretagne fut en 1929, 9.636 milliers de tonnes, descendit en 1931 à 5.203, atteignit 11.705 en 1936 et sera probablement de l'ordre de 12.500 en 1937, soit en 6 ans variation de plus du double. L'industrie métallurgique étant indispensable à la sécurité nationale (programme d'armement de 1936 et 1937) rentre dans la catégorie des services publics. Alors qu'il y a cinq ans l'industrie se lamentait sur l'excès de capacité de production, en mai 1937, à la suite du programme d'armement, elle est incapable de faire face à toutes les commandes, et obligée de demander des délais et s'efforce d'installer rapidement de nouveaux moyens de production. Voir l'idée de service public vaguement sous-jacente dans *Report of the Import Duties Advisory Committee on the present position and future development of the Iron and Steel Industry*, juin 1937.

et directement sur la production, puisqu'il n'existe plus de stocks interposés. Il y a augmentation de la rigidité de l'économie du fait de la diminution de l'habitude de constituer des provisions et des stocks. Le public fait retomber sur la production le soin d'être assez souple pour pouvoir s'adapter rapidement à toutes les variations de sa demande.

Pour parer à ces fluctuations, la production s'est surchargée d'immobilisations, d'éléments fixes, d'usines, de matériel, d'outillage, qui ne sont employés que temporairement et constituent un poids mort considérable durant toutes les périodes où, faute de demande, ils ne servent pas.

La caractéristique des services publics est ainsi d'être de façon normale et permanente suréquipés ⁽³⁷⁾.

Mais être à même à tout moment de donner satisfaction aux besoins a pour rançon l'ankylose, la rigidité des prix des entreprises produisant pour ces besoins. Le suréquipement des services publics et la prépondérance des frais généraux fixes entraînent la rigidité des prix. L'entreprise devant être normalement suréquipée, même en période de prospérité (réserve de secours), pour pouvoir satisfaire à toutes les demandes, le sera *a fortiori* dans les périodes de ralentissement des affaires, lors des crises cycliques; ce suroutillage lui sera alors un poids particulièrement lourd que seule une politique prudente de réserves lui permettra de supporter. Du fait des exigences de la demande du public, tout service public obligé de construire, d'entretenir, d'amortir des immobilisations coûteuses, d'avoir à tout moment matériel et personnel capables de faire face à toutes les pointes de la demande, a par suite des éléments de son prix de revient incompressibles, inélastiques. Le prix d'un service public est ainsi fonction du passé et de l'avenir. Le public paie la facilité d'avoir à tout moment le service qu'il demande sous la forme d'une certaine fixité des prix. Ceux-ci ne suivent qu'à lointain la courbe générale des prix ⁽³⁸⁾ : en période de prospérité ils

(37) Ce suréquipement, cette existence de capacité de production inemployée qui résulte d'une anticipation des besoins est manifeste dans toute autarchie agressive qui pense toujours aux besoins de la guerre.

(38) M. Dessirier, *Secteur abrité et non abrité dans le déséquilibre actuel de l'économie française*, *Revue d'Economie politique*, juillet 1935, a mis en évidence cette disparité des prix par suite de la stabilité des prix des services publics, stabilité engendrant un « déséquilibre de fait, absolument flagrant et anormal entre la situation bénéficiaire des différents groupes de sociétés. » Sans préjuger de ce qui est normal, on peut remarquer que si M. Dessirier avait pris comme point de départ de comparaison des disparités de prix l'année 1925-26, il serait arrivé en 1930-31 à des conclusions inverses de celles de son article : les secteurs abrités se seraient alors présentés comme des secteurs sacrifiés. Voir d'ailleurs l'article du même auteur, *L'économie française devant la dévaluation monétaire. Secteurs abrité et non abrité. Retour vers l'équilibre*, *Revue d'Economie Politique*, octobre 1936.

De plus, dans ces secteurs abrités, il y a souvent des marchés en extension qui masquent la régression des autres; ainsi au point de vue consommation de l'énergie électrique, les usages domestiques ont augmenté régulièrement de 8 à 10 % par an malgré la crise, alors que la consommation d'énergie à usage industriel diminuait. Au cours de la crise, la consommation des houillères a baissé de 21 %, celle de la sidérurgie de 40 %, celle de l'électrochimie de 38 %.

Le niveau des prix n'est qu'une vue idéale de l'esprit qui suppose des compensations entre des conditions de production et de vente très diverses, c'est-à-dire des disparités de prix compatibles avec les réalités des divers marchés non homogènes. Il est mécaniquement impossible d'avoir des mouvements de même ampleur pour toutes les industries. Voir J. M. Clark, *Strategic factors in business cycles*.

montent très peu, parce qu'à ce moment l'accroissement de la demande permet à la loi du rendement croissant de jouer; en période de crise, ils restent stables en face de l'effondrement des autres prix, car on atteint très vite les charges fixes de capital et de personnel nécessaires à maintenir l'industrie en bonne activité pour parer à la prochaine augmentation de la demande ⁽³⁹⁾.

Cette rigidité des prix des services publics économiques, d'une part, permet une trop grande expansion en période de prospérité et, d'autre part, s'oppose à l'adaptation nécessaire en cas de crise; car tout l'effort de la diminution des prix est reporté sur les prix qui sont libres, amplifiant leur baisse ⁽⁴⁰⁾. Cette fixité relative des prix des services publics aboutit à rompre le phénomène théorique d'adaptation spontanée et automatique, à faciliter la rupture d'équilibre comme à gêner le retour à la position d'équilibre de l'économie.

Les services publics sont équipés pour une situation stable alors que l'économie est dynamique. Ils correspondent aux besoins collectifs de conservation nés de l'interdépendance; les autres entreprises sont les forces de développement, d'expansion. Ces dernières paient le fait de pouvoir disposer dans toute la mesure où elles le désirent, à tout moment, de tous les services dont elles ne peuvent se passer et qui font l'armature de la vie actuelle ⁽⁴¹⁾.

Cet acte de prévoyance, qui consiste à disposer toujours par avance d'une capacité de production assez grande pour répondre aux besoins futurs, se traduit par le paiement d'une sorte de prime d'assurance pour maintenir cette armature de sécurité économique, prime qui pèse sur le système économique sous forme d'une tendance à la rigidité.

Cette armature peut sembler tantôt très légère, tantôt fort lourde. L'importance accrue en nombre et en degré des services publics, leur stabilité, l'influence de leurs prix sur les autres prix, n'est qu'un aspect du conflit qui oppose deux tendances de l'économie : économie statique, mais limitée et peut être ordonnée; économie dynamique, toujours en dévelop-

(39) On pourrait trouver quelque analogie avec les variations de niveaux entre des vases communicants remplis de liquides de densités différentes; qu'une action quelconque influe sur les niveaux, ceux-ci varient en raison inverse des densités respectives. Du fait du suréquipement qui leur est imposé, les entreprises de services publics sont très denses, pourrait-on dire, et leurs prix ne subissent ainsi que de faibles variations.

(40) « L'existence dans l'édifice des prix de zones d'extrême invariabilité est une des causes primordiales de l'acuité de la crise. Cette rigidité de certaines catégories de prix augmente les pertes économiques, et elle force la dépression elle-même beaucoup plus loin qu'elle ne le ferait autrement. » H. C. Simmons, *A positive program for laissez-faire*, 1935, p. 14. Il y a là un effet non proportionnel à la cause, comme la goutte d'eau qui fait déborder un vase ou un faible choc qui brise une barre d'acier trop tendue. Dans la machine économique dépourvue d'élasticité, car travaillant à la limite de résistance, des causes minimales peuvent engendrer parfois des effets considérables sur les parties restées libres.

(41) Les services publics industriels — de la même façon que l'armée — doivent toujours être prêts à répondre à la plus grande demande possible qu'on puisse raisonnablement envisager; les immobilisations d'un service public sont fonctions de la plus grande demande. Son équipement, et, par suite, ses coûts, sa rigidité correspondent à un acte de prévoyance. L'anticipation du futur, nécessaire dans un service public, aboutit à ankyloser le présent.

pement mais sujette à des fluctuations violentes, à des crises d'enfement ou de croissance.

Si par suite de l'interdépendance économique, la zone des services publics ne fait que grandir, si la solidification de l'économie gagne de proche en proche, il semble qu'on puisse aboutir à un régime où toutes les entreprises fonctionnent comme des services publics, régime qui emprunterait plus d'un trait soit à l'économie stationnaire de Stuart Mill, soit au monde statique, ordonné de façon harmonieuse par des lois morales comme celui décrit par Saint Thomas d'Aquin. On ne peut cependant concevoir la réalisation d'un tel monde statique tant que la demande n'est pas fixe et ne revêt pas de façon immuable les mêmes expressions, tant que le rythme des inventions nouvelles nous échappe, tant que de si nombreux facteurs extra-économiques interviennent. Il faut pourtant reconnaître que, dans la mesure où les entreprises du fait de l'interdépendance plus développée dans les rapports d'échange se rangent dans le cadre des services publics, par les exigences d'une demande qui veut constamment compter sur eux, l'organisme économique s'ankylose et s'ossifie de plus en plus. La stabilité et la sécurité économique pourraient ainsi être sans doute approchées, mais peut-être au détriment des forces de développement et d'expansion ⁽⁴²⁾.

Cette solidification de l'économie serait le résultat du passage d'une industrie du stade de service public économique à celui de service public de droit administratif avec son organisation un peu lourde. La notion de service public se trouve ainsi sur la frontière du droit public et de l'économie politique ⁽⁴³⁾; il semble que de plus en plus une liaison utile, interdépendance là aussi née de la complexité, de la réalité, tende à s'établir entre ces deux disciplines. Sans croire, comme Saint Simon, que le politique viendra se confondre avec l'économique et aura pour rôle « d'administrer les choses au lieu de gouverner les hommes », on peut espérer voir dans la reconnaissance et l'application d'une notion élargie des services publics, s'appuyant sur les besoins réels et qui emprunterait des éléments à la fois au droit public et à l'économique, la formation de ce *droit économique* dont rêvait Proudhon, et qui, selon lui, devait permettre de faire régner la justice, « formule éternelle des choses ».

(42) « Toutes les civilisations sont mortes sous le poids des services publics. » Discours de M. Caillaux au Sénat, le 28 décembre 1936.

(43) Proudhon, *Création de l'Ordre*. « L'économie politique n'embrasse pas seulement la production, la distribution et la consommation des richesses; elle embrasse l'organisation de l'atelier et du gouvernement, la législation, l'instruction publique, la constitution de la famille, la gérance du globe. Elle est la clef de l'histoire, la théorie de l'ordre, le dernier verbe créateur. »

CHAPITRE VI

LE DROIT PENAL ET LES MESURES DE SURETE

SECTION I

DROIT PENAL COMPARE

COSENTINI, *Essai d'un Code pénal international dressé sur la base comparative des projets et textes récents de Codes pénaux.*

DONNEDIEU DE VABRES, *Sur quelques formes actuelles de la collaboration internationale en Droit Pénal.*

(Ces contributions publiées ci-dessous, Quatrième Partie, Titre II, Chapitre IV, Section I, § 127 et § 125).

SOLNAR, *L'unification internationale du Droit Pénal et la science du Droit Comparé.*

(Cette contribution publiée ci-dessous, Quatrième Partie, Titre II, Chapitre II, § 120).

SECTION II

COMPARASION DES MESURES DE SURETE

RUTTKE, *La Loi Allemande sur la prévention des tarés et la législation Scandinave sur la stérilisation.*

LA LOI ALLEMANDE SUR LA PREVENTION DE TARES ET LA LEGISLATION SCANDINAVE SUR LA STERILISATION

par Dr. F. RUTTKE,

*Geschäftsführender Direktor des Reichsausschusses
für Volksgesundheitsdienst (Berlin).*

Je me baserai pour mon exposé sur les lois suivantes de la législation allemande actuelle : la loi sur la prévention de la procréation de tarés du 18 juillet 1933 avec les quatre ordonnances d'application s'y rapportant, la loi du 26 juin 1935 qui modifie la première, ainsi que la loi sur les criminels incorrigibles et sur les mesures de sûreté et de correction du 24 novembre 1933 avec ses ordonnances d'application. Je me baserai également sur la loi danoise du 16 mai 1934 concernant les mesures à prendre contre les faibles d'esprit et celle du 11 juin 1935 sur l'admission de la stérilisation et de la castration, ainsi que sur la loi finlandaise du 13 juin 1935 sur la stérilisation ; en outre, la loi norvégienne du 1^{er} juin 1935 concernant l'admission de la stérilisation et finalement la loi suédoise du 18 mai 1934 sur la stérilisation de certains déments, faibles d'esprit et d'autres personnes de mentalité anormale, avec ses ordonnances d'application.

Sans prendre en considération le sens donné au mot : « stérilisation » dans la législation des différentes nations mentionnées et conformément aux décisions de la III^e Section du 11^e Congrès International Pénal et Pénitentiaire à Berlin du 23 août 1935, je ferai une distinction minutieuse entre la stérilisation et la castration.

Les maladies tombant sous le coup de la législation sur la stérilisation seront traitées comme suit : Faiblesse d'esprit, donc idiotie, imbécillité, débilité, maladies du cerveau, autres maladies héréditaires et perversité sexuelle.

TOUT D'ABORD COMMENT LA LÉGISLATION EST-ELLE APPLIQUÉE AUX FAIBLES D'ESPRIT ?

Tous les degrés de la faiblesse d'esprit, donc aussi bien l'idiotie et l'imbécillité que la débilité, sont prévus par la législation de toutes les nations. Comme opération il n'y a que la stérilisation qui soit admise.

Au *Danemark*, la direction de l'établissement de prévoyance compétente doit faire une demande de stérilisation au comité nommé à cette fin par le Ministre pour les questions sociales ; elle doit faire ressortir si ce sont des motifs de moralité, des motifs économiques ou des motifs de simplification des soins à donner au faible d'esprit qui parlent en faveur de la stérilisation.

En outre, il faut ajouter à cette demande un rapport de l'officier de santé de l'établissement et, le cas échéant, un certificat de famille et un extrait de naissance.

Il est également nécessaire de produire une déclaration formelle et écrite du tuteur qui doit donner expressément son consentement, en pleine connaissance des conséquences naturelles et probables de l'opération. Le consentement de l'époux n'est pas nécessaire. La stérilisation ne s'étend donc, au *Danemark*, qu'aux personnes soumises à la prévoyance sociale. Il faut cependant faire remarquer que l'internement du malade dans un institut, ou dans sa famille, sous le contrôle de l'institut, est l'œuvre de la prévoyance sociale. Mais, étant donné que la loi du 16 mai 1934 sur les mesures à prendre contre les faibles d'esprit offre de grandes possibilités pour les demandes d'internement par la prévoyance sociale, il est possible, par cette voie, d'étendre la loi sur la stérilisation à tous les faibles d'esprit.

Le comité qui décide sur la demande de stérilisation est composé d'un juge comme président, d'un fonctionnaire social, et d'un médecin qui doit être spécialiste pour les maladies du cerveau ou qui doit avoir une grande expérience dans le domaine de la prévoyance pour les faibles d'esprit. Il n'existe pas de prescriptions au sujet du travail du comité. Celui-ci peut donc donner suite à la demande ou la refuser.

En *Allemagne*, la loi prescrit ce qui suit : Si la personne qui est à stériliser est juridiquement capable, elle peut faire elle-même, et seule, la demande. Si elle ne l'est pas, ou si elle est sous tutelle pour cause de maladie mentale, ou si elle n'a pas 18 ans révolus, la demande ne peut être faite que par le représentant légal. Dans ce cas, l'autorisation du tribunal de tutelle est nécessaire. Si la personne à stériliser est partiellement capable, elle peut faire la demande elle-même et seule, mais pour qu'elle soit valable, le représentant légal doit donner son adhésion ; une intervention du tribunal de tutelle n'est pas nécessaire dans ce cas. Celui qui a été mis sous tutelle pour prodigalité ou ivrognerie ou qui, pour un de ces motifs, a eu un tuteur provisoire, ou qui a plus de 18 ans et moins de 21 ans révolus, qui n'est donc pas encore majeur, sauf s'il a été émancipé, est considéré comme partiellement capable. Le représentant légal doit, en tout cas, appuyer sa demande par une autorisation du tribunal de tutelle.

La demande est examinée devant des tribunaux de la santé héréditaire, suivant une procédure bien spécifiée par le législateur.

La demande doit être faite par écrit, ou dictée à la chancellerie du tribunal de la santé héréditaire ; les motifs justifiant la demande doivent être rendus dignes de foi, par des expertises médicales, ou de toute autre manière. La chancellerie du tribunal de la santé héréditaire communique la demande au médecin officiel.

Le tribunal de la santé héréditaire, annexé à un tribunal de première instance, est composé d'un juge de première instance comme président,

d'un médecin officiel et d'un deuxième médecin officiellement approuvé en Allemagne et qui est particulièrement expérimenté dans la science de l'hérédité.

En *Finlande*, la demande est faite en principe par l'Office de santé, à moins que le malade ne soit interné dans une maison de santé, ou dans un établissement ayant le même caractère. Dans ce cas, le directeur de l'établissement est autorisé à faire la demande. L'époux doit être mis en mesure de donner son avis. L'administration de la santé publique décide au sujet de la demande. Une procédure spéciale n'a pas été prescrite. Il est indiqué seulement que l'Administration de la Santé Publique peut ordonner, si elle le juge opportun, un interrogatoire de témoins par le tribunal de l'endroit où l'intéressé est domicilié.

En *Norvège*, la demande peut être faite par la personne à stériliser elle-même, avec autorisation de son tuteur, par son tuteur, ou par un curateur nommé pour lui en vertu d'une demande du directeur médical du tribunal de première instance ou communal. La demande peut également être faite par le directeur de police du département où est domicilié le malade, ou, s'il n'y a pas de domicile fixe, par le commissaire de police du lieu du domicile.

La décision sur la demande est réservée à un comité composé du directeur médical, comme président, et de quatre autres membres, nommés par le roi, et parmi lesquels doivent se trouver au moins une femme, un juge et deux médecins. Des prescriptions spéciales de procédure n'ont pas été faites jusqu'ici. La stérilisation ne peut être prononcée que s'il n'y a aucun espoir de guérison ou d'amélioration sensible ou s'il y a lieu de croire que l'intéressé ne sera plus en mesure de pourvoir, par son propre travail, à sa nourriture et à celle de ses enfants, ou qu'un état mental maladif se propagerait dans sa descendance. Autant que possible, l'époux doit être mis en mesure de donner son avis.

En *Suède*, la demande peut être faite par l'intéressé, pour un mineur par le tuteur, pour une personne déclarée incapable par son représentant, pour les personnes internées dans un établissement public par le médecin de l'établissement. Pour les personnes assistées par l'assistance publique, ou dont la parenté ou les enfants mineurs jouissent de cette assistance, la demande est faite par l'administration de l'assistance publique. Pour les personnes qui bénéficient pour elles ou pour leurs enfants de la loi sur l'assistance pour les enfants, la demande doit être faite par le comité de l'assistance aux enfants. La demande est à rédiger par écrit suivant un formulaire spécial et doit être signée par le requérant lui-même. Il y a lieu de produire avec la demande des bulletins d'âge pour les personnes à stériliser, ainsi que des certificats des parents, de l'époux et d'autres personnes sur les circonstances utiles pour l'appréciation de la demande. En outre, il faut ajouter un certificat sur formulaire prescrit de la visite médicale faite par un médecin officiellement reconnu. L'office de la santé publique décide des demandes. Les prescriptions de procédure sont seulement d'ordre général. Au cas où les pièces à l'appui réclamées ne seraient pas complètes, l'administration de la santé publique aurait encore, dans la mesure du possible, l'occasion de prendre des renseignements supplémentaires. L'époux doit être mis à même de donner son avis, dans la mesure du possible.

Si deux médecins officiellement approuvés se sont décidés, après consultation, pour la stérilisation, l'adhésion de l'administration de la santé publique n'est pas nécessaire dès que l'accord de l'intéressé ou de l'époux est donné par écrit. Pour les enfants mineurs cet accord écrit doit être donné par les éducateurs, pour des personnes sous tutelle par le tuteur et pour les internés dans les établissements publics par le médecin ou par le directeur de l'établissement.

QUELS MOYENS DE DROIT PEUVENT ÊTRE OPPOSÉS A L'AUTORISATION,
A LA DÉCISION OU AU REFUS DE L'OPÉRATION ?

Au Danemark et en Norvège, il n'existe aucun moyen légal à ce sujet. En Allemagne, par contre, il y a, dans chaque cas, la possibilité d'une réclamation auprès du tribunal supérieur de la santé héréditaire, composé d'un membre de la Cour d'Appel, d'un médecin officiel et d'un autre médecin approuvé en Allemagne et qui a des connaissances spéciales sur la science de l'hérédité. Ce tribunal décide en dernière instance. En Finlande, il existe seulement la réclamation contre la décision de la stérilisation auprès du tribunal suprême ; en Suède, la réclamation auprès du roi. Au Danemark, on peut cependant procéder comme suit : Dans la procédure préliminaire, en ce qui concerne la décision de la prévoyance sociale, l'intéressé, ou son tuteur, peut, dans le délai d'un mois après avoir eu connaissance de la décision ordonnant ou refusant la prévoyance, faire une réclamation auprès du ministre social.

QUI EXÉCUTE L'OPÉRATION DE LA STÉRILISATION ?

La stérilisation est exécutée au Danemark par un médecin, nommé à cette fin par l'Office de la Santé publique ; en Allemagne, par un médecin approuvé qui est aussi chirurgien ; en Suède, par un médecin autorisé spécialement à cette fin ; dans la loi finlandaise, il n'est question que d'un médecin ; en Norvège, le comité décide qui doit procéder à l'opération de la stérilisation.

En Allemagne l'opération ne peut être faite que dans un hôpital officiellement reconnu ; en Finlande, dans un hôpital autorisé par l'Etat ; en Norvège, l'opération doit être faite, soit dans un hôpital public ou communal, soit dans un hôpital privé autorisé par l'Etat. En Suède, la loi prescrit un hôpital autorisé par l'administration médicale pour les cas où la stérilisation a été décidée sans l'assentiment de l'Office de la santé publique. La loi ne parle pas des autres décisions. La loi danoise ne connaît pas de prescriptions spéciales à ce sujet.

LA STÉRILISATION FORCÉE EST-ELLE PRÉVUE ?

La stérilisation forcée est possible au Danemark, en Allemagne, en Finlande, en Norvège et en Suède.

A QUI INCOMBENT LES FRAIS DE LA STÉRILISATION ?

En Norvège et en Suède, la loi ne parle pas de la question des frais. Au Danemark, les frais de la stérilisation sont à la charge de l'établissement auquel incombe la prévoyance sociale ; les frais du travail de la commission par contre sont à la charge du trésor. En Allemagne, c'est le trésor qui supporte les frais de la procédure judiciaire, tandis que les frais de la stérilisation sont à la charge des caisses de maladies, si les intéressés sont assurés ; pour les personnes nécessiteuses, les frais de la stérilisation sont supportés par l'assistance sociale. Dans tous les autres cas et jusqu'à concurrence des *chiffres minima* du tarif des honoraires médicaux, et de l'index des hôpitaux officiels, c'est l'Etat qui prend les frais à sa charge. Le stérilisé est responsable pour le surplus. En Finlande, la stérilisation est faite aux frais de l'Etat.

LE SECRET PROFESSIONNEL EST-IL PRESCRIT AUX PERSONNES
AYANT PRIS PART A L'OPÉRATION ?

La loi danoise ne parle pas de cette question. En Allemagne, en Finlande et en Norvège, le secret professionnel existe dans une forte mesure pour tous les participants à la stérilisation. En Suède également, le secret professionnel est obligatoire, mais avec la restriction que l'on peut en être délié dans les cas exceptionnellement graves.

Les lois du Danemark, de l'Allemagne et de la Finlande ne prescrivent pas une visite médicale postérieure.

EST-CE QUE LES LOIS SUR LA STÉRILISATION PRESCRIVENT UN AGE
DÉTERMINÉ POUR L'OPÉRATION ?

Ce n'est pas le cas au Danemark, en Finlande, en Norvège et en Suède. La loi allemande, par contre, indique que la stérilisation ne doit pas être faite avant l'âge de 10 ans révolus. Chez les jeunes gens, la stérilisation forcée ne peut être faite avant que l'intéressé ait 14 ans révolus.

L'OPÉRATION DE LA STÉRILISATION DOIT-ELLE ÊTRE FAITE
DANS UN DÉLAI DÉTERMINÉ ?

En Norvège, la loi ne prescrit rien à ce sujet. Au Danemark, l'opération doit être faite aussitôt que possible. En Allemagne, le médecin officiel doit, après la décision du tribunal de la santé héréditaire, prévenir l'intéressé qu'il a à se soumettre à la stérilisation dans un délai de 15 jours. En Finlande, l'opération de la stérilisation ne peut pas être faite plus tard qu'une année après que la décision de l'administration de la santé publique ait force de chose jugée. Il en est de même en Suède. Des prescriptions exceptionnelles ne sont prévues qu'en Allemagne, car, dans la loi allemande, il est dit : Si, d'après l'avis du médecin devant procéder à l'opération, la stérilisation, par suite de circonstances particulières, met la

vie du malade en danger, ou si elle ne peut pas être exécutée de suite, pour tout autre motif, le médecin officiel peut, sur demande, décider que l'opération sera provisoirement suspendue. La suspension de l'opération est prononcée pour un temps fixe. Cette remise peut être répétée plusieurs fois, mais elle doit être communiquée chaque fois au tribunal de la santé héréditaire.

En outre, la loi allemande prescrit ce qui suit : Si la personne à stériliser s'est fait interner, à ses frais, dans un établissement offrant toutes les garanties que la reproduction soit arrêtée, le tribunal décide sur sa demande de surseoir à l'opération de la stérilisation, aussi longtemps que la personne se trouve dans cet établissement ou dans un autre de même nature.

En Allemagne, au Danemark et en Finlande, il n'y a que l'opération chirurgicale qui soit permise. En Norvège et en Suède, rien n'est prescrit à ce sujet ; il est donc possible d'employer les rayons X ou d'exercer une influence sur les sécrétions d'hormones au moyen de produits chimiques.

COMMENT LA LÉGISLATION TRAITE-T-ELLE LES MALADES MENTAUX ?

Il ne s'agit ici que de la stérilisation. Au Danemark, il est cependant nécessaire que le malade fasse lui-même la demande, le cas échéant avec l'accord de son tuteur. Dans le cas de mise sous tutelle, le tuteur peut faire seul la demande ; dans le cas d'internement, le directeur de l'établissement également seul. La demande est à adresser au Ministre de la Justice, qui décide après avoir pris connaissance d'une expertise du conseil des médecins légistes. La personne qui doit être stérilisée doit également être mise au courant des conséquences probables de la stérilisation.

Ce qui a été dit précédemment au sujet de la question de la stérilisation des *faibles d'esprit* est valable également pour les conditions de la stérilisation, la mise en œuvre de la procédure et le consentement de l'époux, en Allemagne, en Finlande et en Norvège ; avec toutefois cette restriction pour l'Allemagne que la chizophrénie et l'idiotie maniaque dépressive seules tombent sous le coup de la loi. En Suède, les personnes atteintes de maladies mentales sont traitées de la même manière que les faibles d'esprit, avec toutefois la différence que, pour les malades, le consentement de l'Office de la Santé publique est toujours nécessaire.

QUELS RECOURS JURIDIQUES SONT DONNÉS ?

En ce qui les concerne, il n'est pas prévu de traitement différent pour les faibles d'esprit et les malades mentaux ; les lois sont muettes sur ce point en Finlande, en Norvège et en Suède.

Pour l'opération de la stérilisation, la stérilisation forcée, la question des frais, le secret professionnel et la visite médicale postérieure, les lois ne font aucune distinction entre le traitement des faibles d'esprit et des malades d'esprit, ni en Allemagne, Finlande, Norvège, ni en Suède. Pour le Danemark seul, il y a lieu de faire remarquer ce qui suit, en tenant compte que la loi du 11 mai 1935 leur est seule applicable. D'après cette

loi, il doit être procédé à la stérilisation aussitôt que possible, en tout cas, dans le délai de 3 mois, par un médecin ayant les connaissances chirurgicales nécessaires ; ce médecin doit être choisi par l'intéressé ou par le directeur de l'établissement. Si le Ministre de la Justice refuse de donner suite à la demande, celle-ci ne peut pas être renouvelée avant l'expiration d'une année à dater du jour du rejet, à moins qu'entre temps des circonstances soient survenues pouvant influencer la décision, circonstances qui n'existaient pas à l'époque de la demande précédente.

Les frais de la stérilisation sont à la charge de la personne à opérer, à moins qu'elle soit sans ressources. Dans ce cas, c'est l'Etat qui supporte les frais, mais si l'intéressé est soumis à la prévoyance sociale, c'est celle-ci qui assume les frais. En outre, il y a l'obligation de se soumettre à un examen médical suivant les directives données à ce sujet par le Ministre de la Justice.

COMMENT LA LÉGISLATION TRAITE-T-ELLE D'AUTRES MALADIES HÉRÉDITAIRES ?

Au Danemark et en Norvège, on exige encore, dans les cas de minorité, le consentement du représentant légal. Au Danemark, cette adhésion peut être omise dans certains cas particuliers. Cependant, suivant le texte de la loi, il ne peut être question de stérilisation forcée quand il s'agit de personnes majeures. Celle-ci ne paraît être possible au Danemark et en Norvège que si le représentant légal en fait la demande. La loi suédoise ne s'étend qu'à la faiblesse d'esprit et aux maladies mentales. L'Allemagne étend sa loi non seulement à la faiblesse d'esprit congénitale, chizophrénie, et idiotie maniaque dépressive, mais encore à l'épilepsie héréditaire, à la danse de Saint-Guy (chorée d'Huntington), à la cécité héréditaire, au mutisme héréditaire, aux déformations héréditaires graves, et à l'alcoolisme dangereux. Pour le reste la loi ne donne aucune indication pour le traitement divers de ces maladies héréditaires par rapport aux maladies mentales.

QUELLE ATTITUDE PREND LA LOI VIS-A-VIS DES PERVERS SEXUELS ?

Au Danemark, ainsi qu'en Allemagne, en Finlande et en Norvège, la castration est possible sur la demande de l'intéressé dans certaines conditions et dans le cas d'instincts anormaux pervers. La décision est prise dans les mêmes conditions et par les mêmes administrations que dans le cas des maladies mentales. Pour les personnes *d'instinct pervers*, qui peuvent être considérées comme des criminels de mœurs dangereux, la castration forcée est prescrite au Danemark, en Finlande et en Allemagne. Au Danemark et en Allemagne, c'est le tribunal de droit commun qui décide de cette question.

QUELLES PÉNALITÉS SONT PRÉVUES ?

En Allemagne et en Norvège, la loi ne prévoit des sanctions que pour la violation du secret professionnel. En outre, le Ministre de l'Intérieur

du Reich et de la Prusse a donné des instructions aux administrations compétentes en Allemagne de s'opposer énergiquement à l'opposition qui serait faite à la loi et, le cas échéant, de porter plainte pour délit contre le § 110 du Code pénal du Reich (appel public pour la désobéissance aux lois), ou pour délit d'opposition perfide contre le gouvernement et contre le Parti. De même les incitations, faites aux personnes tombant sous le coup de la loi, de ne pas donner volontairement suite à la décision du tribunal, mais de ne céder qu'à la force de la police est à considérer comme une opposition contre la loi.

Le Danemark a prévu des prescriptions pénales pour la stérilisation opérée en dehors de la loi, des punitions disciplinaires pour le médecin chargé de la stérilisation au cas de non exécution de l'obligation de faire un rapport et au cas de l'omission de la visite médicale postérieure, également obligatoire. De son côté, la Suède a, dans une clause générale, menacé de peines toutes violations des prescriptions de la loi sur la stérilisation et sur le secret professionnel. Mais cela est, comme en Allemagne, un délit dépendant d'une plainte préalable. Contre la violation de l'obligation de faire un rapport, imposée au médecin procédant à l'opération, des peines disciplinaires sont prévues.

Une purification du corps de la nation des maladies héréditaires n'étant possible qu'en suivant un plan bien déterminé, les nations ont directement ou indirectement ordonné aux différents organismes compétents de signaler à l'administration chargée de décider de l'opération tous les malades tarés tombant sous le coup de la loi. Le législateur ne demande pas partout la preuve de l'existence d'une maladie héréditaire. C'est ainsi que, suivant la loi danoise du 16 mai 1934, concernant les mesures contre les personnes faibles d'esprit, il suffit au Danemark de la preuve de l'incapacité d'éducation (de se faire éduquer). En Finlande et en Norvège, il suffit d'établir la faiblesse d'esprit ou une maladie mentale. Il en est de même en Suède. Malgré cela la question de l'infériorité retient dans tous les cas une attention particulière, comme l'ont fait ressortir les expertises qui sont à la base des lois.

Pour la loi allemande, il y a lieu d'appliquer le § 1, alinéa 1 qui dit : Celui qui est atteint d'une maladie héréditaire peut être rendu stérile, si, d'après les expériences de la science médicale, on peut s'attendre avec beaucoup de probabilité que ses descendants souffriront de tares physiques ou mentales graves. Il faut remarquer encore les dispositions du § 3 de la loi norvégienne qui déclare : « On peut autoriser une intervention sexuelle sur une personne qui la désire elle-même, lorsque ce désir est inspiré par des motifs dignes de considération ». D'après ce texte, les indications sociales sont possibles ; alors qu'elles sont inconnues des autres lois.

En Allemagne et en Suède, les porteurs de dispositions maladiques ne sont pas touchés comme c'est le cas au Danemark, en Finlande et en Norvège. Toutefois, dans ces cas, la stérilisation dépend de la demande de l'intéressé lui-même ou de son représentant légal.

La législation en Allemagne et dans les pays scandinaves a entrepris la lutte contre les malades héréditaires, en particulier contre les faibles d'esprit, les individus atteints de maladies mentales, d'autres maladies héréditaires et de perversité sexuelle. Toutes ces mesures ne signifient

pas un retour dans les temps sombres du moyen âge, comme on l'a affirmé quelquefois. Bien au contraire. Il s'agit de nécessités tragiques pour les gouvernements qui se sentent responsables de l'avenir de leurs peuples. C'est faire œuvre d'humanité bien plus grande de se soucier de la reproduction des familles héréditairement saines, de grande valeur pour la race et nombreuses, que de s'opposer à la réduction du patrimoine héréditaire malade. N'est-il pas remarquable que, dans plusieurs journaux du Brésil, il y a fort peu de temps, une enquête sur la loi allemande de stérilisation ait permis à diverses personnalités compétentes et à des savants de renom de faire un accueil très favorable à de telles mesures ? A cette occasion, je voudrais attirer l'attention sur les décisions très importantes de la III^e section du 11^e Congrès pénal et pénitentiaire international qui ont été approuvées par l'assemblée plénière :

« (2) Les résultats thérapeutiques préventifs, avantageux de la castration dans le cas de dérangement sexuel avec inclination vers le crime devraient amener toutes les nations à rectifier ou à compléter leurs lois pour assurer l'exécution de ces opérations sur la demande de l'intéressé ou avec son consentement et pour le délivrer d'un instinct pervers laissant à craindre des délits sexuels.

(3) Il en est de même de la stérilisation pour cause de santé ou pour des causes eugéniques, en cas de consentement de l'intéressé.

(4) La castration forcée peut être mise en ligne avec toutes les autres mesures de sûreté prescrites par la législation actuelle.

La stérilisation forcée pour des causes eugéniques est une mesure préventive très recommandable puisqu'elle diminuerait pour l'avenir le nombre des sujets inférieurs qui fournissent un contingent important à la criminalité.

(5) Les mesures de sûreté de la stérilisation pour les raisons de santé ou pour des raisons eugéniques et de la castration de criminels de mœurs dangereux ou récidivistes sont conformes au but (utiles) à la condition d'être justifiées par des garanties sérieuses.

(6) Il ne serait pas justifiable de différencier les principes qui régissent la stérilisation des criminels, de ceux qui sont adaptés pour la stérilisation d'autres individus pour les raisons de santé ou pour des raisons eugéniques.

(7) Les législations nationales devront garantir, sous tous les rapports, que la stérilisation et la castration ne soient appliquées qu'avec la plus grande prudence et suivant une procédure bien déterminée qui prévoit l'examen de chaque cas par une commission de juristes et de médecins. »

Dans la même direction se meut également la deuxième résolution de la Fédération internationale des organisations eugéniques, résolution qui a été approuvée à Zurich à la date du 21 juillet 1934, sur la proposition du Docteur Nioen, Norvège.

« Les membres de la conférence qui sont présents à Zurich à l'occasion de la II^e conférence de la Fédération internationale des organisations eugéniques et qui représentent les différentes nations de la terre, établissent, malgré leurs différentes conceptions philosophiques, qu'au cours des conférences de ces 4 jours, une profonde conviction

les a unis que la science de l'hygiène de race et la pratique qui en découle sont absolument nécessaires et d'une importance vitale pour toutes les nations civilisées. Le congrès recommande aux gouvernements du monde d'étudier avec loyauté comme certaines nations d'Europe et d'Amérique l'ont déjà fait, les problèmes de la biologie héréditaire, de la démographie et de l'hygiène raciale, et d'appliquer les résultats de cette étude pour le plus grand bien de leurs peuples ».

Une nouvelle ère se lève. Dans un temps relativement proche, il existera à peine encore un Etat qui ne possédera pas une législation de ce genre, par laquelle le fleuve de l'hérédité malsaine sera endigué. En vertu des expériences recueillies en Europe, je voudrais faire ressortir les directions suivantes pour les formuler par écrit et les soumettre à la discussion :

(1) Les actes administratifs et la procédure définitive décident suivant l'opportunité, les tribunaux de droit commun décident sur la base du droit. Ce fait paraît rendre nécessaire la création d'une procédure judiciaire, qui comprendrait un juge comme président et des experts comme adjoints, pour décider de la question de l'opération.

(2) Une épuration systématique du corps national des maladies héréditaires est nécessaire ; c'est pour cela qu'on ne saurait renoncer à la stérilisation forcée comme *ultimum remedium*.

(3) En principe, cependant, il faut faire des efforts en vue d'une stérilisation volontaire.

(4) Pour cela il est nécessaire d'éduquer chaque peuple dans l'idée de la santé héréditaire.

(5) Il est à recommander dans ce but de séparer nettement la stérilisation des maladies héréditaires et des criminels, de la castration des pervers sexuels.

(6) Si un peuple doit comprendre cette législation, elle doit être à la portée du peuple. Il faut donc que le législateur emploie un langage très simple en évitant autant que possible les mots étrangers. C'est pour cela que de telles lois qui règlent la stérilisation doivent être appelées « Loi pour éviter la procréation d'une progéniture tarée », et non « Loi de la stérilisation ».

(7) Si un peuple doit avoir confiance dans ce genre de législation il faut rendre le secret professionnel très sévère pour tous ceux qui, d'une façon quelconque, participent à l'opération.

(8) L'opération ne peut être faite que par des médecins dûment expérimentés et dans des établissements autorisés par l'Etat.

(9) Dans les cas où l'Etat exige les opérations, tous les frais qui en résultent devront être à sa charge.

(10) Il faut exiger des sanctions graves contre la stérilisation et la castration qui ne sont pas conformes à la législation ou ne se présentent comme une indication médicale.

**

Toutes les mesures concernant la stérilisation et la castration doivent être considérées comme un mal nécessaire. Elles doivent être l'objet de soins et de perfectionnements par le culte du patrimoine héréditaire. Il faudra toujours partir de l'idée que l'élément fondamental de chaque nation est constitué par des familles nombreuses, précieuses au point de vue racial et saines d'hérédité.

CHAPITRE VII

LE DROIT COMPARÉ DES PERSONNES JURIDIQUES

GENY, *Du régime juridique des Associations et spécialement de la constitution d'un patrimoine au profit des Associations sans but lucratif d'après le Droit Belge comparé au Droit Français.*

En ce qui concerne le STATUT JURIDIQUE DES ASSOCIATIONS PROFESSIONNELLES, on trouvera des éléments dans les contributions de MM. BESSLING, *LE FAIT SYNDICAL ET LES TRANSFORMATIONS DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT*, publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre II, Chapitre III, Section I, § 140, HENNEBICQ, *GÉNÉRALITÉS ABSTRAITES DU DROIT ÉCONOMIQUE* — étude qui contient également des éléments sur le RÉGIME JURIDIQUE DES ASSOCIATIONS COMMERCIALES — publiée ci-dessous, Chapitre IX, § 104, MANKIEWICZ, *INTÉRÊT POUR L'ÉTUDE COMPARATIVE DES DROITS ET DES ÉVOLUTIONS ÉCONOMIQUES DES RECUEILS INTERNATIONAUX DE JURISPRUDENCE*, publiée dans le Tome I, Deuxième Partie, Titre III, § 46, et BONNET, *LA DOCTRINE DE LA « CONSPIRATION » ET LES ORIGINES DE « L'INJONCTION DU TRAVAIL » AUX ÉTATS-UNIS*, publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre VII, Chapitre II, Section IV, § 170.

★★

Sur le RÉGIME DES ÉTABLISSEMENTS FINANCIERS EN BELGIQUE, cf. l'article de M. G. DOR, *LES CONQUÊTES DU DROIT PUBLIC SUR LE DOMAINE DU DROIT PRIVÉ EN BELGIQUE*, classé dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre II, Chapitre V, § 147.

★★

Les PROBLÈMES RELATIFS AUX ENTREPRISES DE SERVICE PUBLIC sont traités dans les contributions de MM. KUNCZ, DIMOCK et TREVOUX, publiées ci-dessus, Chapitre V, Section IV, §§ 97 à 99.

**DU REGIME JURIDIQUE DES ASSOCIATIONS
ET SPECIALEMENT
DE LA CONSTITUTION D'UN PATRIMOINE AU PROFIT
DES ASSOCIATIONS SANS BUT LUCRATIF
D'APRES LE DROIT BELGE COMPARE AU DROIT FRANÇAIS**

Par François GENY,

*Professeur et Doyen honoraire de la Faculté de Droit de l'Université
de Nancy*

- I. — 1. Statut légal des associations en Belgique et en France. — 2. Formation et caractère du statut légal (public) belge. — 3. Formation et caractère du statut légal (public) français. — 4. Régime de vie juridique des associations avant 1901 en France et 1921 en Belgique. — 5. La loi française du 1^{er} juillet 1901 et la loi belge du 27 juin 1921. Leur esprit respectif. Leurs points d'analogie. — 6. Contraste entre les deux législations. Objet limité de la présente étude.
- II. — 7. Le statut patrimonial des associations déclarées en France, d'après la loi du 1^{er} juillet 1901. — 8. Le statut patrimonial des associations sans but lucratif en Belgique, d'après la loi du 27 juin 1921. — 9. Le problème des apports à associations déclarées en droit français. — 10. Les apports aux associations sans but lucratif personnalisées en droit belge. — 11. Persistance des simples communautés de fait en Belgique et en France. — 12. Le régime juridique des communautés de fait en Belgique. — 13. Le régime juridique des associations non déclarées en France. — 14. Conclusions.

I

1. — Le statut légal des associations se présente animé d'un esprit bien différent en Belgique et en France. Très largement ouvert et libéral chez nos voisins du Nord, il est resté chez nous embarrassé de restrictions, de réserves, voire d'exclusions, qui témoignent d'une suspicion irréductible de la part des pouvoirs publics.

Cette opposition s'explique moins par une divergence de mentalités.

entre les deux pays, qui manifestent des aspirations analogues vers la liberté, que plutôt par les circonstances politiques assez diverses, qu'ils ont traversées depuis la fin du XVIII^e siècle.

2. — En Belgique, la liberté d'association est complète.

A la suite de l'arrêté du Gouvernement provisoire du 16 octobre 1830 — qui en consacrait le principe (art. 1^{er}) et le garantissait contre les atteintes législatives ou administratives (art. 2, 3 et 5) abrogeant ainsi, pour la Belgique, les art. 291 et s. du Code pénal de 1810 — l'article 20 de la Constitution belge, voté par le Congrès national le 5 février 1831, a proclamé formellement : « Les Belges ont le droit de s'associer; ce droit ne peut être soumis à aucune mesure préventive ». Et, en dépit des premiers mots de ce texte, il est aujourd'hui définitivement reconnu que le principe, pris en soi, profite même aux étrangers résidant sur le territoire de la Belgique (*Voy. Pandectes belges*, t. 127, 1935, v^o Universalité de biens. Associations sans but lucratif, n^{os} 22-28). Ce principe subsiste donc sans exception ni réserve. Il s'applique, dans toute sa plénitude, à toutes les associations juridiquement qualifiées (*Pandectes belges*, t. VI, 1883, v^o Association, n^{os} 1-3). Il profite, notamment, sans aucune restriction, aux associations ou congrégations religieuses, comme à toutes autres associations.

D'autre part, la loi belge du 27 juin 1921 (*Ann. de législ. étrangère*, 1922, t. 49, p. 52) a garanti la liberté d'association contre les atteintes qui y seraient portées « dans tous les domaines » (art. 1), en consacrant les effets du contrat d'association entre les associés (art. 2) et en édictant, soit contre ceux qui emploieraient la violence ou l'intimidation pour contraindre une personne déterminée à faire partie d'une association ou à n'en pas faire partie (art. 3), soit contre ceux qui, méchamment, dans le but de porter atteinte à la liberté d'association, auraient subordonné la conclusion, l'exécution ou, même en respectant les préavis d'usage, la continuation d'un contrat de travail ou de service, soit à l'affiliation, soit à la non-affiliation d'une ou de plusieurs personnes à une association (art. 4), des peines d'emprisonnement et d'amende qui restent indépendantes des condamnations civiles pouvant être prononcées dans des cas de ce genre et autres cas analogues (*Pandectes belges*, t. 127, 1935, v^o *cit.*, n^{os} 31-51).

3. — On sait que, dans la France moderne, la liberté d'association n'a jamais été légalement admise qu'assez tard et avec des restrictions importantes.

Non seulement les Constitutions qui se sont succédées depuis la Révolution de 1789 jusqu'à celle de 1848, n'en parlaient pas, la tenant, en vertu d'un curieux paradoxe, pour contraire à la liberté individuelle, ou, plutôt, ce semble, pensant avec J.-J. Rousseau (*Contrat social*, L. II, ch. 3) qu'« il importe, pour avoir bien l'énoncé de la volonté générale, qu'il n'y ait pas de société partielle dans l'Etat »; mais un grand nombre de lois spéciales en prohibaient les variétés les plus importantes par leur nombre et par leur force (corporations de métier, et congrégations religieuses entre autres), jusqu'à ce que les articles 291 à 294 du Code pénal de 1810, notablement aggravés encore par la loi du 10 avril 1834, fussent venus soumettre toutes les associations de plus de vingt personnes à l'exigence d'une autorisation gouvernementale, constituant un véritable obstacle à la liberté. Ces dispositions, étroitement restrictives, furent maintenues et appliquées, en dépit de l'art. 8 de la Constitution du 4 novembre 1848, proclamant, sans plus,

que « les citoyens ont le droit de s'associer », et, sauf les concessions législatives, exceptionnellement faites à certaines associations réputées particulièrement favorables (associations syndicales de propriétaires, sociétés de secours mutuels, syndicats professionnels entre autres), jusqu'à la loi du 1^{er} juillet 1901, relative au contrat d'association (en général).

Cette loi du 1^{er} juillet 1901 a bien formellement disposé que « les associations de personnes peuvent se former librement sans autorisation ni déclaration préalable » (art. 2) et elle a expressément abrogé un certain nombre de lois de prohibition antérieures, notamment les articles 291 à 294 du Code pénal et la loi du 10 avril 1834 (art. 21). Mais, derrière cette façade libérale, on entrevoit, chez ses auteurs, la préoccupation de maintenir un contrôle étroit des pouvoirs publics sur l'exercice de la liberté qu'elle accorde, non seulement par des nullités ou des pénalités édictées contre certaines infractions à ses règles impératives ou prohibitives (art. 3, 5 et 8), mais aussi par des menaces de dissolution, soit par voie judiciaire (art. 7), soit même par voie gouvernementale (art. 12), dont l'application a été singulièrement étendue et aggravée par des lois récentes (décret-loi du 23 octobre 1935 et loi du 10 janvier 1936).

Mais l'exclusion la plus grave d'un droit d'association, apparemment ouvert à tous, est celle qui, dans la loi française, atteint les congrégations religieuses, d'après les art. 13 à 18 de la loi du 1^{er} juillet 1901 (*Adde* : arrêté ministériel du 1^{er} juillet 1901, premier décret du 16 août 1901, titre II, et deuxième décret du 16 août 1901), renforcés encore par les lois des 4 décembre 1902, 17 juillet 1903 et 7 juillet 1904 (*Adde* : Décrets des 2 janvier et 17 juin 1905). Il se déduit de l'ensemble de cette législation, telle que l'ont comprise et mise en œuvre les pratiques parlementaires et gouvernementales, que les congrégations religieuses de France ne pouvaient être considérées comme des associations licites que moyennant une autorisation législative, qui leur a été systématiquement refusée, et que la prohibition d'exister légalement, qui résulte de là pour elles, se trouve rigoureusement sanctionnée, et par des nullités d'ordre public, souvent aggravées au moyen de présomptions légales d'interposition de personnes, et par des pénalités sévères, et par des dissolutions impérativement édictées, avec dispersion de leurs membres et liquidation forcée de leurs biens. Seules peuvent subsister légalement les congrégations religieuses régulièrement autorisées avant la loi du 1^{er} juillet 1901, sauf dissolution de la congrégation ou fermeture de ses établissements (art. 13, al. 3, loi du 1^{er} juillet 1901). Ajoutez que les congrégations exclusivement enseignantes, qu'elles fussent autorisées ou non, ont toutes été catégoriquement prosrites, tout au moins de la Métropole, et que le fait seul d'appartenir à une congrégation frappe le congréganiste d'une incapacité d'enseigner, s'ajoutant à toutes les autres sanctions de cette législation délibérément hostile aux congrégations religieuses, et qu'on a pu qualifier de « draconienne ». (Comp. notamment : L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., 1925, §§ 55-56).

On voit donc qu'il existe un contraste absolu entre le droit belge et le droit français, relativement à la faculté de s'associer (liberté d'association) prise en soi : d'un côté, liberté complète (de par la Constitution), sans prévention, restrictions ni réserves ; de l'autre, simple embryon de la même liberté (en vertu de loi ordinaire) avec exclusion grave (pour les congrégations), limitations et restrictions de mille sortes, qui ne laissent aux intéres-

sés qu'un champ d'application fort étroit de la liberté, qu'on leur octroie en apparence.

4. — Le régime de vie juridique des associations existant en fait ou en droit sous les principes de droit public qui viennent d'être rappelés (n° 3) a été, pendant longtemps, établi sur des bases analogues en France et en Belgique. Jusqu'au 1^{er} juillet 1901, pour la France, jusqu'au 27 juin 1921, pour la Belgique, aucune réglementation légale n'existait en ce qui concerne les associations en général. Dans cette carence de textes légaux ou réglementaires, on avait dû reconnaître que le fait juridique « association », issu d'un contrat, ou, tout au moins, d'un acte collectif de volonté assimilable au contrat, restait régi par le droit commun civil. Le droit commun civil était à peu près identique pour la Belgique et pour la France. Dans l'un et l'autre pays, conçu sur le type individualiste, il se montrait malaisément applicable au fait collectif « association », présentant des caractères spécifiques très marqués, à défaut de tout secours légal, qui eût tenu compte de son « idiosyncrasie ». Aussi la doctrine et la jurisprudence, tant belges que françaises, avaient-elles dû s'ingénier à constituer, par leurs moyens propres, ce régime juridique des associations construit sur un droit commun insuffisant. Il s'en dégagait un ensemble de solutions, incertaines, équivoques, peu cohérentes, parfois contradictoires, qu'on pourrait difficilement ériger en un système juridique proprement dit.

Il ne semble pas qu'en France, où le problème se trouvait compliqué par l'illicéité des associations non autorisées (art. 291-294 C. pén.) et de la plupart des congrégations religieuses (même avant 1901) — pour lesquelles se posaient surtout ces questions — on ait sérieusement tenté d'édifier pareil système. On se contentait de solutions données au jour le jour, suivant l'occurrence des cas soumis aux tribunaux, et restant toujours sujettes à discussions et doutes. Il convient, toutefois, de signaler que certaines décisions de jurisprudence avaient reconnu à des associations, instituées avec le concours et l'approbation de l'autorité publique dans un intérêt d'utilité publique, bien que non érigées en établissements d'utilité publique, une « individualité », parfois qualifiée « petite personnalité », qui leur permettait d'agir en justice et de passer certains contrats par l'intermédiaire de leurs gérants. Cette jurisprudence, quelque peu prétorienne, faisait présager le système légal qui devait être établi en 1901.

En Belgique, où les congrégations religieuses, comme toutes les autres associations, se formaient et vivaient librement (ci-dessus, n° 2), il s'agissait simplement de savoir comment régir, d'après le droit commun, ces « communautés de fait », constituées valablement, sauf à rechercher, pour les congrégations religieuses notamment, si leur condition propre n'introduisait pas dans le droit commun, en ce qui les concernait, des éléments de décision particuliers.

Il est remarquable qu'avant même la loi du 27 juin 1921, la doctrine et la jurisprudence belges, sérieusement préoccupées de ce problème, ont subi, à son sujet, une évolution importante. Pendant longtemps, a paru dominer, en Belgique, un système vigoureusement charpenté par MM. F. Laurent, Orts et Paul Janson, qui tendait à restreindre singulièrement les possibilités de vie juridique des communautés de fait, surtout des congrégations religieuses non autorisées, que ses auteurs avaient principalement, sinon exclusivement, en vue. Les auteurs de ce système, partant de l'idée

que les « communautés de fait » n'avaient pas d'existence légale, bien que licites, se refusaient à chercher, dans le droit commun, les moyens de suppléer à cette carence. Ils n'admettaient donc pas qu'on puisse reconnaître une propriété apparente des associations non personnalisées, ni arriver, valablement, par les procédés de l'indivision conventionnelle de la société en forme, ou du mandat prête-nom, ou tous autres, à échapper aux conséquences inéluctables du « néant juridique », que ces groupements représentaient à leurs yeux. Ils tenaient les prête-nom de l'association pour des personnes interposées, dont l'intervention doit être écartée, comme constituant une fraude à la loi. Ils ajoutaient, en ce qui concernait, spécialement, les membres des congrégations religieuses, que leurs engagements particuliers pouvaient souvent entacher de cause illicite les contrats qu'ils signaient dans l'intérêt de leur congrégation. Sous l'influence de ces doctrines autoritaires, on vit parfois la jurisprudence belge refuser aux associations dénuées de personnalité tous moyens d'une vie juridique collective. Ce système, étroitement rigide, fut battu en brèche par un grand nombre de jurisconsultes belges, au premier rang desquels il faut signaler M. J. Van Den Heuvel, qui, dès 1882 et 1883, publia une série d'articles plus tard réunis en volume sous le titre : « *Situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique* », (Bruxelles-Paris, 1884). Ecartant les fantômes et les fictions, dont on avait embarrassé le sujet, J. Van Den Heuvel s'attachait principalement à montrer comment, sous le vêtement collectif des associations, se découvraient des individus humains, ayant, comme tels, tous les droits reconnus par la loi aux personnes physiques, et comment, par le jeu de leurs volontés s'exerçant dans les cadres du droit commun (contrat innommé, propriété indivise, mandat, société, etc.), ils pouvaient valablement conférer à leurs droits individuels une portée collective, sans qu'on fût juridiquement fondé à critiquer ces résultats, non identiques à ceux de la personnalité civile et simplement basés sur le principe général de l'autonomie des volontés privées. Ces vues plus larges, confirmées, en quelque mesure, par les recherches historiques de M. Maurice Vauthier (*Étude sur les personnes morales*, 1887), et en harmonie avec les conceptions théoriques subtilement déduites par M. Francis de Monge (*De la capacité civile des religieux*, 1867) devaient déterminer, dans la doctrine et la jurisprudence belges des dernières années du XIX^e siècle et du début du XX^e, une transformation tendant à reconnaître un statut civil des « communautés de fait », plus conforme aux besoins vitaux des associations et où l'on peut découvrir les premiers matériaux de la construction nouvelle édifiée par la loi du 27 juin 1921 (sur tout cela, voy. *Pandectes belges*, t. X, 1883, v^o Association, n^{os} 22-41, et t. XXIV, 1887, v^o Congrégations religieuses, n^{os} 68-228 bis; t. 127, 1935, v^o Universalité des biens, Association sans but lucratif, n^{os} 60-171 et n^{os} 520-568).

5. — Il faut donc arriver à la loi du 1^{er} juillet 1901 en France, à celle du 27 juin 1921 en Belgique, pour trouver, dans ces deux pays, un statut légal organisant de façon générale la vie civile des associations.

Mais l'esprit respectif de ces deux lois, qui se présentent comme ayant toutes deux le même but, est, en réalité, fort différent. Et cette divergence s'explique aisément par la diversité même des climats politiques, sous lesquels elles sont, l'une et l'autre, écloses. La loi française du 1^{er} juillet 1901, votée au milieu des agitations politico-religieuses qui divisaient alors les

Français, et préparée par un parti animé de passions encore mal apaisées, se ressent de cette origine. Bien qu'elle prétende établir en France la liberté d'association avec ses conséquences nécessaires au point de vue civil, elle reste hantée d'une sourde hostilité contre les congrégations religieuses qu'elle a principalement en vue, et entravée, dans ses velléités libérales, par une appréhension de la mainmorte, qui va jusqu'à la phobie, et paralyse ses meilleures intentions. En Belgique, la loi du 27 juin 1921 (votée à la Chambre des représentants par 118 voix contre 16 et 3 abstentions, et à l'unanimité au Sénat) est née sous le signe de l'« Union sacrée », consécutive à la guerre de 1914 à 1918 et dans une pensée unanime de grand apaisement social. Le pays jouissait formellement depuis sa Constitution de 1830 de la liberté d'association largement ouverte à tous (ci-dessus, n° 2). On avait constaté la difficulté d'y adapter un régime juridique adéquat avec les seuls principes du droit commun. Et le sentiment dominant des juristes, suivant l'impulsion de l'opinion publique du pays, avait finalement infléchi ce droit commun dans le sens le plus libéral (ci-dessus, n° 4). Malgré tous ces efforts, le droit existant restait insuffisant, d'application incertaine et contestée. Tous les partis politiques étaient d'accord pour établir un régime juridique d'association, ferme et libéral, qui dut profiter à tous et à chacun. Ainsi arriva-t-on à instaurer une législation, hardie et pondérée à la fois, réglant complètement la vie juridique des associations, ouvertes à toutes les initiatives désintéressées, ne laissant à l'Etat que les pouvoirs indispensables pour garantir sa souveraineté et assurer son contrôle, sans entraver arbitrairement les activités utiles et fécondes.

Au surplus, le contraste entre notre loi française du 1^{er} juillet 1901 et la loi belge du 27 juin 1921 n'apparaît pas saillant et grave sous tous les rapports. Et c'est, aussi bien, ce qui permet une comparaison fructueuse de ces deux législations.

Tout d'abord la définition de l'association sans but lucratif, donnée par l'article 1^{er}, alinéa 2, de la loi belge du 27 juin 1921, plus parlante et plus concrète que la définition théorique du contrat d'association de l'article 1^{er}, phrase 1, de la loi française du 1^{er} juillet 1901, ne marque pas entre les deux législations des divergences d'importance capitale pour la détermination de leurs domaines respectifs (Comp., d'une part : *Pandectes belges*, t. 127 de 1935, v° *cit.*, n°s 580-614, et, d'autre part : Planiol, Ripert, Lepargneur, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, 1932, n°s 1.073-1.077).

D'un côté comme de l'autre, nous rencontrons trois catégories assez semblables d'associations, dont chacune comporte un régime distinct : aux associations non déclarées de notre droit français correspondent les associations sans but lucratif du droit belge, pour lesquelles n'ont pas été accomplies les formalités prévues par les art. 2 et 3 de la loi belge du 27 juin 1921 ; les unes comme les autres demeurent de simples communautés de fait, régies principalement par le droit commun. Les associations déclarées de notre loi du 1^{er} juillet 1901 sont assimilables aux associations sans but lucratif qui ont satisfait, en Belgique, aux exigences destinées à les formaliser et à les faire connaître (art. 2-3 de la loi belge du 27 juin 1921). A un degré supérieur apparaissent, en France comme en Belgique, les établissements d'utilité publique, doués d'un régime particulièrement favorable, que notre loi du 1^{er} juillet 1901 (titre II, art. 10-11) présente comme des asso-

ciations privilégiées, tandis que la loi belge du 27 juin 1921 (titre II, art. 27-43) les conçoit plutôt comme des fondations, indépendantes de tout groupement de personnes.

La loi belge du 27 juin 1921 régit bien plus complètement que la loi française le fonctionnement des associations sans but lucratif, en organisant, dans le détail, leurs assemblées générales, leur direction et leur administration (art. 5-11 et 12, alinéas 2 à 14, loi du 27 juin 1921 : voy. là-dessus : *Pandectes belges*, t. 127 de 1935, v° *cit.*, n°s 948-1034). Toutefois ces points, à peu près négligés par la loi française du 1^{er} juillet 1901, sont aisément réglés de façon peu différente de la loi belge, par les dispositions des statuts, et, dans leur silence, tant par les usages que par analogie des dispositions relatives aux sociétés civiles et commerciales (comp. Planiol, Ripert, Lepargneur, *op. cit.*, n°s 1090-1092).

Le droit de retrait volontaire de l'associé est reconnu et réglementé de façon à peu près similaire par les deux législations (art. 4, loi française de 1901; art. 12, al. 1, loi belge de 1921).

Que si les causes de nullité et de dissolution sont organisées sur des bases assez différentes de part et d'autre (art. 3, 7, 9 et 12, loi française de 1901; art. 18-26, loi belge de 1921) cela tient principalement à ce que le législateur français s'est, avant tout, préoccupé de garantir l'intérêt public contre les empiètements possibles des associations, tandis que la loi belge a eu plus particulièrement en vue l'intérêt privé des associés et des tiers en réglementant la dissolution des groupements irréguliers ou fautifs (voy. *Pandectes belges*, t. 127 de 1935, v° *cit.*, n°s 1068 à 1173).

6. — En réalité, le contraste véritablement important et foncier entre les deux catégories similaires organisées par les deux législations — associations déclarées de la loi française du 1^{er} juillet 1901, associations sans but lucratif personnalisées de la loi belge du 27 juin 1921 — se manifeste relativement à leur statut patrimonial, établi suivant leur capacité juridique respective.

Sans doute, la loi belge et la loi française reconnaissent toutes deux la personnalité civile de ces associations.

Mais cette reconnaissance, qui est proclamée hautement par la loi belge du 27 juin 1921 (voy. son intitulé et surtout son art. 1^{er}, alinéa 1), n'a été dégagée qu'implicitement de la loi française du 1^{er} juillet 1901, *relative au contrat d'association*. Celle-ci, en effet, ne parle pas de personnalité civile, mais seulement de capacité juridique des associations (art. 2). Cette capacité juridique est déterminée étroitement pour les associations simplement déclarées (art. 5-6) et ne reçoit quelque extension que pour celles qui sont reconnues comme Etablissements d'utilité publique (art. 10-11).

Il résulte de là — réserve faite des avantages spéciaux conférés par ce dernier privilège — que, tandis que, pour les associations sans but lucratif régulièrement formées et publiées de la loi belge, la capacité de jouissance des droits civils est complète, sauf les limitations nécessaires provenant de la nature propre des personnes morales (exclusion des droits de famille par exemple) et, pour le surplus, de dispositions formelles de la loi (art. 15-17, loi belge du 27 juin 1921), la capacité civile des associations déclarées de la loi de 1901 doit être contenue aux termes des textes légaux qui l'établissent.

Il serait assurément fort intéressant et instructif de déduire les multi-

ples conséquences de cette différence fondamentale entre les principes qui dominent le statut patrimonial des deux catégories d'associations personnalisées que nous rapprochons ici. Mais l'espace qui nous est mesuré dans ce travail ne nous permet pas d'envisager pareils développements.

Nous nous bornons donc à dégager la substance en considérant les situations envisagées sous l'aspect le plus concret et le plus pratique, pour chercher à résoudre la question suivante : *Comment se peut constituer le patrimoine juridiquement indispensable à la vie juridique collective tant pour les associations non reconnues d'utilité publique de la loi française du 1^{er} juillet 1901, que pour les associations sans but lucratif de la loi belge du 27 juin 1921 ?*

Nous laissons, d'ailleurs, en dehors de cette étude, non seulement les établissements reconnus d'utilité publique (soit comme associations, soit comme fondations), mais aussi toutes les variétés d'association dotées d'un statut spécial et différent du statut général des lois de 1901 ou de 1921, tant en France qu'en Belgique, telles que les syndicats professionnels ou unions professionnelles, les sociétés de secours mutuels ou mutualités, les unions d'associations, les associations syndicales de propriétaires, les associations d'assistance ou de bienfaisance visées par les art. 35-38 de la loi française du 24 janvier 1933, etc... — sans davantage rechercher si ces associations, quand elles sont spécifiquement réglementées, peuvent ou non se constituer comme associations ordinaires sous le régime des lois du 1^{er} juillet 1901 pour la France, du 27 juin 1921 pour la Belgique; question réservée et délicate qui se pose dans les deux pays (voy. pour le droit français : Planiol, Ripert, Lepargneur, *op. cit.* n^{os} 1120-1125; et, pour le droit belge : *Pandectes belges*, t. 127 de 1935, v^o *cit.*, n^{os} 615-643).

II

7. — Le statut patrimonial des associations déclarées dans le droit français est constitué presque entièrement, du point de vue légal, par l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901, en ces termes : « Toute association, régulièrement déclarée peut, sans aucune autorisation spéciale, ester en justice, acquérir à titre onéreux, posséder et administrer, en outre des subventions de l'Etat, des départements et des communes : 1^o les cotisations de ses membres, ou les sommes au moyen desquelles ces cotisations ont été rachetées, ces sommes ne pouvant être supérieures à cinq cents francs ; 2^o le local destiné à l'administration de l'association et à la réunion de ses membres ; 3^o les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elle se propose ».

Il apparaît clairement, à la simple lecture de ce texte, équivoque et mal rédigé, — si on le compare, par exemple, aux formules précises et nettes du Code Napoléon, — que le législateur de 1901 — balancé entre le désir de donner une capacité juridique, au moins apparente, aux associations déclarées et l'appréhension malade d'une mainmorte qui se reconstituerait sous leur couvert, — s'est, avant tout, préoccupé de limiter l'activité, qu'il leur concédait, en en excluant formellement les acquisitions à titre gratuit sous toutes leurs formes et la possession des immeubles qui ne seraient pas indispensables à leur vie et à l'accomplissement de leurs buts (supposés

naturellement licites). Il leur refuse aussi la possession de capitaux mobiliers trop importants, puisqu'il restreint étroitement les sources de revenus, qu'elles puissent accumuler, aux cotisations de leurs membres ou au prix du rachat de ces cotisations avec maximum fixé pour ce prix, et aux subventions (bien éventuelles) de l'Etat, des départements ou des communes.

A côté de ces restrictions implicites, mais certaines, l'art. 6 reconnaît positivement aux associations déclarées la capacité d'ester en justice, la faculté d'acquérir à titre onéreux, celle de posséder et d'administrer les catégories de revenus et d'immeubles qu'il spécifie.

Il ne porte aucune disposition en ce qui concerne la capacité de contracter ou de s'obliger de façon quelconque, pas plus qu'au sujet de la capacité d'aliéner, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux.

Sur un texte aussi ambigu, mal ou insuffisamment éclairé par les travaux préparatoires de la loi, l'interprétation a dû naturellement s'exercer. Elle l'a fait principalement par voie doctrinale, la jurisprudence n'ayant eu jusqu'ici que de rares occasions de se prononcer sur ces questions.

La tendance générale de la doctrine française a été d'entendre aussi largement que possible le texte de l'art. 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901, en faveur de la capacité juridique des associations déclarées. On a considéré, non sans raison, que le législateur ayant porté spécialement son attention sur les limites qu'il jugeait nécessaire d'apporter à l'activité juridique des associations déclarées, en vue d'empêcher l'accumulation des capitaux non essentiels pour la réalisation des objets licites qu'elles poursuivaient, il était légitime, pour le surplus d'ouvrir, aussi libéralement que le permettait son texte, les facultés qu'il leur laissait. Cette tendance se trouve d'ailleurs étayée sur les autorités les plus considérables (Waldeck-Rousseau en tête) intervenues dans la discussion législative.

Ainsi doit-on admettre, pour les associations déclarées, dans le silence des textes légaux, la faculté générale de contracter, voire même d'assumer des obligations quelconques (par quasi-contrat, délit, quasi-délit), le droit d'aliéner (en conformité des statuts naturellement), celui de posséder, en propriété ou autrement, non seulement des meubles corporels, mais des valeurs mobilières, provenant d'acquisitions valablement faites et de conserver ces valeurs, soit sous forme nominative, soit même au porteur, en dépôt, pour ce dernier point, de l'art. 11, al. 1, deuxième phrase, qui ne semble régir que les associations reconnues comme établissements d'utilité publique (*Contra* : E. Bartin, sur Aubry et Rau, 5^e éd., t. VI, 1920, § 385 *bis*, texte et note 24, p. 62). On se montre également très large pour les cotisations que l'association déclarée peut recevoir d'après l'article 6. On décide que leur chiffre — cela résulte positivement des travaux préparatoires de la loi — peut excéder le maximum de cinq cents francs, qui n'a été légalement établi que pour le prix de leur rachat, que, par suite, les cotisations elles-mêmes peuvent atteindre un chiffre plus élevé, pourvu qu'elles ne dégénèrent pas en une libéralité proprement dite. On ajoute que les cotisations peuvent présenter de nombreuses variétés de nature et de quotité, ce qui permettra notamment d'établir une première cotisation de chiffre notablement plus élevé, imposant aux nouveaux membres d'apporter, à titre de *droit d'entrée*, une contribution d'une certaine importance pour les

besoins de l'association (sur tout cela, Planiol, Ripert, Lepargneur, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, 1930, n^{os} 1.109-1.112).

Admettrait-on aussi que les associations déclarées pussent acquérir à titre onéreux des immeubles ne rentrant pas dans la détermination précisée par l'art. 6, *in fine*, n^{os} 2-3 de la loi du 1^{er} juillet 1901, si ce n'était pas dans l'intention de les conserver, mais bien pour les vendre en vue d'en employer le prix à leurs besoins eu égard à l'acquisition ultérieure d'autres immeubles répondant aux exigences de la loi ? Bien que l'affirmative soit conforme à l'interprétation littérale de l'art. 6 (v. *infra*, n^o 8) et qu'elle trouve un solide argument d'analogie dans la disposition formulée par l'article 11, alinéa 2, deuxième phrase, relative aux immeubles donnés ou légués à une association reconnue d'utilité publique, il ne paraît pas qu'elle soit adoptée par les auteurs français.

On hésiterait aussi, sans doute, à reconnaître, pour les associations déclarées, la possibilité juridique de donner en location partie de leurs immeubles, répondant pour l'essentiel aux exigences de l'art. 6 *in fine* (v. pourtant : Houpin et Bosvieux, *Traité général des sociétés*, 7^e éd., t. I, 1935, p. 34 et p. 35, texte et note 2, n^o 35).

On aperçoit par là — et on le verra mieux encore dans la suite, à propos des apports aux associations (n^o 9, *infra*) — qu'en dépit de tous les efforts de l'interprétation, la formule de l'article 6 de notre loi du 1^{er} juillet 1901 laisse encore place à bien des lacunes et à de graves incertitudes, sur des points importants. Si on a dépassé les limites fixées par la loi, les actes, dont il s'agit, sont radicalement nuls (loi du 1^{er} juillet 1901, art. 17, alinéa 1). Et la nullité peut en être invoquée par tout intéressé et par le Ministère public (Planiol, Ripert, Lepargneur, *op. cit.*, t. XI, n^o 1.115). Toutefois cette nullité ne saurait, à elle seule, ni entraîner la dissolution de l'association, ni faire encourir des peines pour les administrateurs ou les associés.

8. — Au regard des formules cauteleuses, fuyantes, embarrassées de notre loi française de 1901 *relative au contrat d'association*, la loi belge du 27 juin 1921, *conférant la personnalité civile aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique* nous présente, relativement au statut patrimonial des associations sans but lucratif, un ensemble de dispositions à l'allure ferme, aux tendances nettement libérales, qui permet à l'interprète d'édifier une construction juridique, solide et cohérente.

Le principe, déjà impliqué dans l'intitulé de la loi plus haut citée, ressort clairement de son article 1^{er}, dont l'alinéa 1 est ainsi libellé : « L'association sans but lucratif jouit de la personnalité civile, si elle réunit les conditions déterminées ci-après ». Dans la pensée du législateur belge, cette attribution directe et formelle de la personnalité civile implique, pour les groupements qui en bénéficient, une capacité civile de jouissance complète et ne comportant, en soi, d'autres limites — en dehors des restrictions formelles de la loi à signaler plus loin — que celles qu'imposent — vis-à-vis de la personnalité physique — la nature même des personnes morales (exclusion des droits de famille notamment) et la détermination du rôle assigné à l'association sans but lucratif par l'art. 1^{er}, alinéa 2 de la loi, que viennent préciser les statuts de l'association.

On conclura de là, en l'absence de tout texte spécial, que l'association sans but lucratif, régulièrement constituée et publiée, pourra, désormais,

être propriétaire de tous les biens que la loi ne lui interdit pas de posséder, acquérir par tous moyens qui ne sont pas formellement restreints à son égard, aliéner, donner en gage ou hypothéquer ses biens, contracter (l'article 44 de la loi du 27 juin 1921 prévoit les contrats de bail et de prêts), ou s'obliger par un mode quelconque, s'unir à une autre association ou y entrer, ester en justice tant en demandant qu'en défendant, bref, jouir des droits civils patrimoniaux ouverts à tous, sauf à les exercer par les administrateurs qui la représentent, conformément à ses statuts. La loi belge du 27 juin 1921 se borne à faire allusion à cette capacité générale, soit quand, à propos des mentions à insérer dans les statuts, elle indique « les cotisations ou versements à effectuer par les membres de l'association » (art. 2, n° 8), soit quand elle proclame la responsabilité incombant à l'association à raison des fautes imputables tant à ses préposés qu'aux organes par lesquels s'exerce sa volonté (art. 14, première phrase). Il n'y a là aucune limitation d'une capacité qui, en principe, reste entière. Si le droit de transmission des biens à cause de mort, soit par testament, soit *ab intestat*, n'appartient pas aux associations sans but lucratif, c'est qu'il est exclu (aussi bien que les droits purement personnels et de famille) par la nature même de ces personnes morales, qui, d'ailleurs, à proprement parler, ne meurent pas. Il est remplacé, à leur égard, pour les cas de leur dissolution, par un règlement de liquidation et d'attribution que la loi du 27 juin 1921 (art. 21-25) a déterminé minutieusement, en tenant compte de la nature, de l'objet et du but de ces groupements (sur tout ce qui précède, v. *Pandectes belges*, t. 127, 1935, v° *cit.*, n°s 801-809 et 829-880).

A cette capacité générale des associations sans but lucratif, régulièrement constituées et publiées, la loi belge du 27 juin 1921 n'a apporté que deux limitations formelles, qui s'expliquent toutes deux par le souci, fort légitime, de la part de l'Etat, d'empêcher les accumulations de capitaux, retirés en fait de la circulation et du commerce normal des biens, ou, si l'on préfère, de faire obstacle à la reconstitution d'une mainmorte principalement immobilière, dans ce qu'elle aurait de véritablement inadmissible.

La première de ces restrictions ne touche, à vrai dire, que la capacité d'exercice de certains droits de l'association sans but lucratif. Elle se déduit de l'art. 16, ainsi conçu : « Toute libéralité, entre vifs ou testamentaire, au profit d'une association sans but lucratif doit être autorisée par un arrêté royal motivé ». « Cette autorisation n'est accordée que si l'association s'est conformée aux dispositions des art. 3 et 9 [publicité au *Moniteur* des statuts et des noms des administrateurs] et si elle a déposé au greffe du Tribunal civil ses comptes annuels, depuis sa création, ou tout au moins ses comptes se rapportant aux dix derniers exercices annuels ». Remarquons qu'il n'y a pas ici une prohibition, brutale et absolue, de toutes libéralités, comme celle qui résulte, pour nos associations simplement déclarées du droit français, des art. 6 et 11, alinéa 2, de la loi du 1^{er} juillet 1901. La restriction, d'ailleurs parfaitement légitime de la loi belge, permet au contrôle de l'Etat de s'exercer judicieusement en connaissance de la situation de l'association gratifiée et des circonstances de fait (voy. *Pandectes belges*, t. 127, de 1935, v° *cit.*, n°s 923-947).

L'autre limitation concerne la capacité de jouissance des associations sans but lucratif. Elle offre un caractère plus général que la première. Elle est formulée par l'art. 15 de la loi du 27 juin 1921 en ces termes : « L'asso-

ciation ne peut posséder, en propriété ou autrement, que les immeubles nécessaires pour réaliser l'objet ou les objets, en vue desquels elle est formée ». Cette restriction, qui correspond en termes un peu moins rigoureux à celle que nous a présentée l'art. 6 (comp. art. 11, al. 1 et 2) de la loi du 1^{er} juillet 1901 pour les associations déclarées du droit français, est conforme, comme cette dernière, à l'idée qu'il importe de cantonner la possession des biens immobiliers, chez les associations personnalisées, dans les limites qu'impose la poursuite de leurs buts. Le principe de la limitation apparaît parfaitement légitime. Mais son application peut être entendue plus ou moins étroitement suivant l'esprit dans lequel on l'interprète.

La doctrine française, prétendant suivre l'inspiration défiante du législateur, exclut, sans distinction, du champ d'action laissé aux associations déclarées, toutes les acquisitions à titre onéreux d'immeubles non affectés au but qu'elles poursuivent (ci-dessus, n° 7). Cette doctrine n'a peut-être pas assez remarqué que pareille interprétation n'est nullement imposée par le texte de l'art. 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901, dans lequel, pris au sens strictement grammatical, il est, au contraire, difficile de rapporter aux mots « acquérir à titre onéreux », qui ont manifestement un sens neutre, les immeubles, spécifiés par la fin du texte, pour lesquels la loi limite simplement la possession et l'administration, mais aucunement l'acquisition.

La doctrine belge, placée en présence d'un texte moins ambigu (art. 15 de la loi du 27 juin 1921) et qui ne limite expressément, et sans aucun doute possible, que le fait de « posséder en propriété ou autrement » d'autres immeubles que ceux nécessaires pour réaliser le but de l'association sans but lucratif, fidèle, par ailleurs, aux inspirations libérales du législateur de 1921, a admis sans hésitation, que l'article 15 de la loi ne saurait empêcher les associations sans but lucratif personnalisées d'acquérir des immeubles étrangers à la réalisation de leur objet, lorsque pareille acquisition ne tendait pas à la conservation et à la possession définitive de ces immeubles, mais présentait un caractère provisoire et accessoire, dont la pratique jurisprudentielle a fourni, entre autres, les exemples suivants : a) si des circonstances fortuites empêchent la revente immédiate du bien; b) si l'acquisition est faite pour donner à l'ensemble de la propriété de l'association une forme plus régulière et dans le but d'empêcher que le terrain voisin ne serve à édifier une usine ou des maisons ayant vue sur le jardin (Bruxelles, 19 mai 1922, *Journ. des trib. belges*, 1923, p. 142); c) si l'immeuble n'est pas disponible à raison des lois sur les loyers; d) si l'association attend d'avoir des ressources suffisantes pour aménager l'immeuble (sur l'art. 15 de la loi du 27 juin 1921, voy. *Pandectes belges*, t. 127 de 1935, v° *cit.*, n°s 810-828).

Les comparaisons qui précèdent suffisent à montrer comment la netteté des textes belges et l'inspiration libérale qui les anime ont abouti à adoucir plutôt qu'à accentuer les restrictions, d'ailleurs raisonnables et modérées, mises par la loi à la capacité juridique, en principe complète, des associations sans but lucratif personnalisées, de structure analogue à celle de nos associations déclarées, et comment, en fait, le droit positif belge ouvre un large champ à la formation du patrimoine essentiel pour la vie de ces associations.

Il faut ajouter que la sanction des prohibitions et limitations, subsistant malgré tout, contre leur activité patrimoniale, est plus ample, plus

souple et mieux nuancée, que celle établie par notre loi du 1^{er} juillet 1901, art. 17, alinéa 1. En effet, l'article 18 de la loi du 27 juin 1921 s'exprime ainsi : « Le tribunal civil du siège de l'association pourra prononcer, à la requête, soit d'un associé, soit d'un tiers intéressé, soit du ministère public, la dissolution de l'association, qui serait hors d'état de remplir les engagements qu'elle a assumés, qui affecterait son patrimoine ou les revenus de son patrimoine à des objets autres que ceux en vue desquels elle a été constituée, ou qui contreviendrait gravement, soit à ses statuts, soit à la loi, soit à l'ordre public. En rejetant la demande en dissolution, le tribunal pourra néanmoins prononcer l'annulation de l'acte incriminé ». (*Adde* : art. 21. Là-dessus, voy. *Pandectes belges*, t. 127 de 1935, n^{os} 1.069, et 1.100-1.108)

Au total, le droit belge permet aux associations sans but lucratif de se constituer assez largement un patrimoine affecté à leurs buts et dont elles ont, dans les limites judicieusement établies par la loi, la libre gestion et disposition.

Cette situation favorable est, en quelque façon, compensée, au point de vue fiscal, par une taxe annuelle, qui a été fixée successivement à 0,10, à 0,12, puis à 0,11 centimes par 100 francs. Cette taxe, annuelle, qui est assise sur la masse des biens possédés en Belgique par les associations imposables (art. 44-52 de la loi du 27 juin 1921, passés, avec quelques modifications et compléments, dans le Code des droits de succession [arrêté royal du 31 mars 1936, n^o 308], titre 4, art. 147 à 162, sous l'intitulé : Taxe compensatrice des droits de succession) correspond, à peu près, mais d'une façon à la fois moins arbitraire, moins lourde et plus efficace, tant à notre taxe des biens de mainmorte (voy. Décret français du 27 décembre 1934, portant codification des impôts directs et taxes assimilées, art. 229-233), qu'à notre taxe d'accroissement (Décret français du 27 décembre 1934 portant codification des textes législatifs concernant les droits d'enregistrement, art. 733-740).

9. — Des divergences, analogues aux précédentes, n^{os} 7-8, entre le droit français et le droit belge, se manifestent dans le problème des apports aux associations déclarées ou sans but lucratif personnalisées. Elles méritent un examen à part.

On a dû, en effet, se demander si et comment des apports, tant mobiliers qu'immobiliers, pourraient être valablement faits à ces associations, la question n'étant réglée par aucune disposition formelle et précise de la loi, ni en France, ni en Belgique.

En pratique, ce problème s'est présenté, principalement, sous l'aspect fiscal; et, à ce point de vue, il a reçu, dans l'un et l'autre pays, soit en jurisprudence, soit en législation, des solutions intéressantes. Mais il est clair qu'il doit être envisagé, avant tout, au point de vue civil. Car il s'agit essentiellement de savoir si ces apports à associations sont valables; ce qui dépend de leur nature juridique.

En France, la doctrine s'est très généralement prononcée en faveur de la validité des apports immobiliers faits aux associations déclarées. En dépit des objections qu'elle a pu soulever, cette solution se dégage manifestement, à notre avis, du texte même de l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901 reconnaissant à l'association déclarée le droit de « posséder et administrer :... 2^o le local destiné à l'administration de l'association et à la réunion de ses

membres; 3° les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elle se propose ». En combinant ce texte avec le principe général de l'autonomie des volontés (art. 1134 C. civ.), on est conduit à tenir pour valable toute mise à la disposition de l'association des immeubles qu'elle peut légalement posséder. Il faut seulement que l'apport ne constitue pas une opération légalement interdite aux associations déclarées, comme le serait une donation à elle faite. Ceci dépend de sa nature juridique. Or l'apport peut être consenti à titre onéreux. Mieux encore. Il sera le plus souvent et devra normalement être présumé une simple affectation des biens apportés à l'association (comp. Fr. Geny, *Les apports en immeubles aux associations déclarées et non reconnues d'utilité publique*, dans *Rev. trim. de dr. civ.*, 1930, t. XXIX, p. 653-702).

Les tribunaux français n'ont été saisis de la question que sous le rapport fiscal, quand l'Administration de l'Enregistrement s'est avisée de réclamer, sur les apports immobiliers faits aux associations déclarées, un droit proportionnel de mutation (d'après l'art. 4 de la loi du 22 frimaire de l'an VII), qui devait être, suivant les cas, un droit de vente immobilière, ou le droit de donation, ou, du moins, un droit de transfert de jouissance (voy. la circulaire de la Direction générale de l'Enregistrement, en date du 24 janvier 1933, rapportée dans le *Journal des Sociétés*, 1933, t. 54, art. 4.053). Dans les premières espèces qui lui ont été soumises — et après un arrêt des Chambres réunies en date du 11 mars 1914 (Sir. 1918-1919.1.103), qui avait écarté le droit proportionnel réduit des apports à société — la Cour de Cassation française, par deux arrêts de la Chambre civile (Civ. rej., 20 janvier 1930, Sir. 1930-1.281 et Civ. Cass., 24 février 1932, Sir. 1932.1.321, avec les notes de Fr. Geny) a repoussé l'application du droit de vente immobilière, qu'avait d'abord réclamé la Régie. Celle-ci, reprenant alors d'autres cas, prétendit principalement au droit de donation. Cette nouvelle prétention fut rejetée par la plupart des tribunaux, devant lesquels elle avait été portée (voy. notamment jugements des tribunaux civils de première instance d'Avesnes, 22 février 1935; de Rethel, 2 avril 1935; de Laon, 5 juin 1935, dans *Semaine juridique*, n° 35, du 1^{er} septembre 1935, p. 974-980. *Adde* : jugement du Tribunal civil de Nancy, du 20 octobre 1935). Divers pourvois ont été formés contre ces jugements, à la suite desquels la question se trouve aujourd'hui posée devant la Chambre civile de la Cour de Cassation, dont les Associations attendent la décision avec confiance.

Entre temps, toutefois, le Gouvernement avait placé la question sur le terrain législatif et une solution, moyenne et transactionnelle, lui a été donnée, pour l'avenir, par l'art. 9 de la loi de budget du 31 décembre 1935, qui ajoute à l'art. 445 du Code de l'enregistrement un quatrième alinéa ainsi conçu : « Les apports immobiliers qui sont faits aux associations constituées conformément à la loi du 1^{er} juillet 1901, et au livre III du Code du travail et de la prévoyance sociale [syndicats professionnels] sont soumis aux mêmes droits que les apports aux sociétés civiles ou commerciales ».

Cette disposition fiscale, purement opportuniste, qui procède par une assimilation juridiquement injustifiable vu la différence essentielle qui sépare l'association de la société, ne saurait trancher la question civile de la nature juridique de l'apport d'immeubles à association déclarée. On pourrait même soutenir, en raisonnant d'après les principes stricts du droit

fiscal, qu'elle n'établisse pas positivement la validité de ces apports, s'il n'y avait quelque absurdité à nier la licéité d'une opération, que le législateur a lui-même taxée comme telle.

En tout cas, les solutions, qu'on peut aujourd'hui tenir pour acquises, ne concernent que les apports en immeubles faits aux associations déclarées de la loi de 1901 (et à celles qui leur sont assimilées).

En ce qui regarde des apports mobiliers, qui seraient faits aux mêmes associations, bien que leur validité ait été admise par certains auteurs sans une justification précise, il semble difficile d'en reconnaître la licéité en présence des travaux préparatoires de la loi du 1^{er} juillet 1901 et surtout de la modification apportée par la Chambre au texte de l'art. 6 tel que l'avait rédigé sa commission (*Journal officiel*, Déb. parlem., Ch. des dép., 1901, p. 310-316). Eu égard à l'art. 6 de la loi de 1901, qui, en fait de meubles pouvant être possédés par l'association déclarée, ne mentionne que les cotisations et les subventions éventuelles, et en considérant que seules les économies faites sur ces sources de revenus ou d'autres produits de l'activité de l'association peuvent permettre la formation de capitaux mobiliers, on ne voit pas sur quoi l'on peut baser la légitimité d'apports de pareils capitaux. C'est aussi bien l'opinion dominante chez les auteurs français; opinion qui ne pourrait trouver dans l'art. 9 de la loi du 31 décembre 1934 qu'un argument *a contrario* pour l'appuyer.

Au total si l'on combine les résultats de l'élaboration législative, des travaux de doctrine, des solutions jurisprudentielles, seule la validité des apports immobiliers aux associations déclarées de la loi du 1^{er} juillet 1901 est incontestablement acquise. Et ces apports peuvent être faits, soit dans l'acte constitutif de l'association, soit dans un acte distinct, voire même postérieur en date. Si leur nature juridique peut encore donner lieu à des hésitations et des doutes, il nous paraît qu'elle doit être positivement déterminée, dans chaque cas particulier, suivant la volonté des parties (apporteur et association) qui reste le fondement essentiel de l'opération dans les termes de l'article 6, n^{os} 2 et 3 de la loi du 1^{er} juillet 1901 et que, dans le doute absolu sur cette volonté, il sera raisonnable d'interpréter les apports comme constituant une simple affectation des biens apportés aux buts de l'association, la reprise des apports en cas de liquidation étant d'ailleurs positivement admise par l'art. 15 du premier Décret réglementaire du 16 avril 1901.

10. — En Belgique, ce problème des apports, qui se pose également pour les associations sans but lucratif (et pour les Etablissements d'utilité publique) se trouve notablement simplifié par une disposition formelle de la loi du 27 juin 1921, d'ailleurs singulièrement favorable aux associations personnifiées dans les termes de cette loi.

Placé sous la rubrique : *Disposition transitoire*, l'article 53 de la loi belge du 27 juillet 1921 s'exprime ainsi : « Les biens corporels, meubles et immeubles, qui sont affectés aux services d'associations sans but lucratif ou d'établissements d'utilité publique, à la date où la personnalité civile leur sera acquise, peuvent leur être transférés par les personnes auxquels ils appartiennent, en exemption des droits proportionnels d'enregistrement et de transcription, si le transfert a lieu dans les deux années de ladite date. La même exemption est accordée au transfert des biens susvisés, qui sont affectés aux services d'associations sans but lucratif possédant actuellement

la personnalité civile, et qui appartiendraient à des tiers, si le transfert auxdites associations a lieu dans les deux années de la mise en vigueur de la présente loi. Les honoraires proportionnels, dus aux notaires, du chef des actes relatifs aux transferts dont il s'agit aux deux alinéas qui précèdent, ne pourront dépasser 25 % du tarif légal ».

Dans cette disposition, dont le sens, sinon le texte, est emprunté à l'article 5 de la loi du 12 août 1911 conférant la personnalité civile aux Universités de Bruxelles et de Louvain, le législateur belge s'est placé à un point de vue tout à fait réaliste et pratique. Il a envisagé la situation de fait, la plus fréquente, qui est à l'origine des associations sans but lucratif. Un groupement de personnes pouvant réunir les éléments de pareilles associations s'est d'abord constitué en fait. Il a fondé une œuvre désintéressée ou, tout au moins, dépourvue de toute aspiration vers le gain pécuniaire. Les moyens matériels nécessaires pour faire marcher cette œuvre, pour réaliser le but non lucratif poursuivi par elle, ont été fournis, sous forme d'objets corporels, meubles ou immeubles, par les promoteurs ou les partisans de l'œuvre. Quand le groupement, ainsi formé, en fait, et peut-être, pour commencer, sans prétention juridique, aura éprouvé sa valeur par l'expérience, il pourra songer à s'ériger en association sans but lucratif légalement constituée et publiée par l'accomplissement des conditions prescrites aux articles 2 et 3 de la loi du 27 juin 1921. Le législateur, qui voit, d'un œil favorable, les œuvres ainsi poursuivies, veut faciliter et favoriser leur transformation en institutions régulières. A cet effet, il consacre implicitement le transfert par les propriétaires des biens corporels affectés aux services de l'association, en les exemptant de tous droits proportionnels d'enregistrement et de transcription, et réduisant même au quart le maximum du tarif légal des honoraires proportionnels dus aux notaires pour les actes de transfert dont il s'agit. (Comp. Cass. belge, 30 juillet 1930, dans *Revue pratique des sociétés*, n° 3077).

Ces considérations étaient plus particulièrement saisissantes à l'origine de la loi, en face d'un grand nombre d'œuvres constituant de simples communautés de fait, dont il fallait encourager l'accession à la nouvelle organisation légale. Et c'est pourquoi, sans doute, l'article 53 de la loi du 27 juin 1921 figure sous la rubrique : « Disposition transitoire ». A y regarder de près, cependant, on s'apercevait sans peine que les deux dispositions distinctes, portées en ses deux premiers alinéas, présentaient un caractère différent. La disposition de l'alinéa 2 visant des « biens affectés aux services d'associations sans but lucratif possédant *actuellement* la personnalité civile », avait manifestement et nécessairement un caractère transitoire. Il n'en allait pas de même pour la disposition (capitale) de l'alinéa 1, dont les termes généraux annonçaient une règle permanente, susceptible de profiter à toutes les associations sans but lucratif qui se constitueraient conformément à la loi du 27 juin 1921 à quelque époque que ce fut. Aussi, après quelques hésitations, l'opinion générale des juristes belges s'est-elle affirmée dans le sens de ce caractère permanent et durable, qui assurait une grande portée pratique à cette disposition. Et l'Administration de l'Enregistrement semblait avoir elle-même adopté cette interprétation libérale. (Voy. notamment : Instruction de l'administration [belge] de l'enregistrement du 20 novembre 1932, *Rec. gén.*, n° 15.913). Toutefois une décision récente de cette même administration en date du 16 jan-

vier 1936 publiée au *Recueil général de l'enregistrement* (belge) sous le n° 17.727, a donné un démenti positif à cette interprétation, en ces termes : « L'article 53 de la loi du 27 juin 1921 constitue une disposition transitoire, dont le seul but était de permettre la régularisation des situations existantes à la date de mise en vigueur de cette loi. Il n'est donc pas applicable, lorsqu'il s'agit d'un transfert à une association, qui, en fait, n'a été constituée qu'après cette date ». Il y a lieu de penser que cette nouvelle interprétation administrative, qui réduirait du tout au tout la portée pratique de l'article 53, alinéas 2 et 3, soulèvera de sérieuses oppositions, et il reste permis d'espérer que la jurisprudence belge maintiendra l'interprétation plus libérale, qui a persisté en doctrine.

Quoi qu'il en soit de ce point — dont l'importance ne saurait être sous-estimée — et dans la mesure de la portée qui lui sera définitivement reconnue, la disposition directement fiscale de l'article 53 emportait, moyennant les conditions prévues par son texte, la consécration d'une opération de transfert *sui generis*, qui supplantait, pour une large part, l'opération intrinsèque (remise matérielle de propriété, vente, échange, donation, etc...) réalisée effectivement sous son couvert (sur la nature juridique de cet acte de transfert, et les difficultés qui s'y rattachent, voy. *Pandectes belges*, t. 127 de 1935, v° *cit.*, n°s 881-922).

Ainsi peut-on, en Belgique, échapper, assez aisément, dans un grand nombre de cas, aux doutes et discussions qu'a soulevés en France, tant du point de vue civil que du point de vue fiscal, le problème des apports aux associations déclarées (voy. ci-dessus, n° 9). Encore faut-il, bien entendu, qu'on soit exactement dans les termes précisés par le texte de l'article 53, alinéa 1. Ce qui suppose — indépendamment de la portée temporaire ou permanente de ce texte signalée plus haut (n° 10) — les conditions suivantes : a) qu'il s'agisse de biens corporels meubles ou immeubles; ce qui n'est pas sans susciter quelques difficultés, en ce qui concerne notamment l'argent comptant et les valeurs mobilières possédées par l'association) b) que ces biens soient affectés aux services de l'association au moment du transfert; exigence, qui ne se confond pas exactement avec celle que formule l'article 15 de la loi; c) que le transfert envisagé s'opère dans les deux années suivant l'acquisition de la personnalité civile par l'association. Bien que ces conditions soient interprétées assez libéralement (voy. notamment l'Instruction de l'Administration de l'Enregistrement belge du 20 novembre 1922, précitée, M. Feye, *Traité de droit fiscal des Sociétés et Associations*, t. I, Bruxelles, 1934, n°s 278-283; *Pandectes belges*, t. 127 de 1935, v° Universalité de biens; Associations sans but lucratif; Dispositions fiscales, n°s 26-83), leur exigence fera parfois obstacle à l'application de cette disposition favorable. Et notamment, le défaut de la troisième condition signalée pourrait empêcher d'en profiter pour les apports intervenant au cours de la vie de l'association sans but lucratif, plus de deux ans après sa personnification, si la pratique n'avait imaginé de remédier à cet inconvénient par la création successive de deux associations ayant même objet et mêmes moyens d'existence, dont la seconde prendrait la place de la première.

Il n'en reste pas moins, qu'en dehors des conditions d'application de l'article 53 de la loi du 27 juin 1921, les apports aux associations sans but lucratif, soulèveraient, en Belgique, des difficultés analogues à celles que

les apports à associations déclarées ont soulevées en France (ci-dessus, n° 9) et que les éléments de solution y seraient à peu près les mêmes (voy. notamment : M. Feye, *Traité de droit fiscal des Sociétés et Associations*, t. I, 1934, n° 275).

On peut observer, notamment, que l'Administration de l'Enregistrement belge tend à voir le plus souvent dans les apports aux associations sans but lucratif des donations, qu'elle taxerait en conséquence (Instruction précitée du 20 novembre 1922), tandis que les auteurs n'acceptent cette solution que sous des réserves et des restrictions fort semblables à celles qu'on a pu proposer en France (M. Feye, *op. cit.*, n° 275, *Pandectes belges*, t. 127 de 1935, v° Universalité de biens; Associations sans but lucratif; Dispositions fiscales, n°s 63-69).

11. — En dépit de la carrière juridique, éminemment favorable, ouverte aux associations sans but lucratif par la loi du 27 juin 1921, il advient encore que certains groupements de personnes, capables de réunir les éléments de la personnification civile, préfèrent demeurer dans le droit commun des simples communautés de fait, soit qu'ils reculent devant les formalités, pourtant assez simples, qu'imposent les articles 2 et 3 de la loi du 27 juin 1921, ou plutôt qu'ils redoutent la publicité qui s'y trouve incluse, soit qu'ils désirent échapper aux charges fiscales qui pèsent sur les associations sans but lucratif, soit qu'ils désirent pouvoir agir en toute indépendance, sans être pris dans les entraves qu'implique toute organisation légalement instituée, soit encore qu'un groupement veuille s'exercer à la vie collective avant d'entrer dans le cadre légal, soit pour tous autres motifs, parmi lesquels il faut placer l'indifférence, la routine et l'incurie. D'autre part, une association sans but lucratif peut être affectée de vices, qui la rendront nulle, sans altérer le fond intrinsèque du groupement, volontairement consenti, qui s'y trouve inclus (sur ce dernier cas, voy. *Pandectes belges*, t. 127 de 1935, v° *cit.*, n°s 1.071-1.093). Il se peut aussi qu'une association sans but lucratif, régulièrement constituée et publiée, veuille se ménager, à côté de l'organisation légale, un champ d'action plus large et plus libre, tout en se garant des sanctions de l'article 18 de la loi du 27 juin 1921, singulièrement de la dissolution judiciaire.

Ce qui est certain, en tout cas, c'est qu'on rencontre encore en Belgique, depuis la loi du 27 juin 1921, des communautés de fait, restées sous l'empire du droit commun général.

A plus forte raison, en France, sous notre régime, étriqué et incertain, d'associations déclarées, tel que l'a institué la loi du 1^{er} juillet 1901, se rencontrent effectivement de nombreuses associations non déclarées, soit à l'état pur, par le défaut des conditions requises pour une déclaration valable, soit à titre accessoire, pour compléter le régime insuffisant de nos associations non déclarées, comme on paraît bien en avoir admis la possibilité dans la discussion parlementaire de la loi du 1^{er} juillet 1901 (comp. ici Bartin sur Aubry et Rau, 5^e éd., t. VII, 1920, § 385 *bis*, texte et note 30, p. 63-64, et Houpin-Bosvieux, *Traité général des sociétés*, 7^e éd., t. I, 1935, n° 25, *in fine*, p. 36, texte et note 5).

Ajoutons qu'en France, la situation amorphe de communauté de fait est la seule possible pour les congrégations religieuses non autorisées, avec cette complication aggravante, que pareilles communautés, si elles présentent bien les caractères intrinsèques de la congrégation religieuse, sont sous

le coup des prohibitions portées contre elles, tant par l'ancienne législation française que par les lois de 1901 et 1904 (voy. ci-dessus n^{os} 3-5).

En tout état de cause, il est donc nécessaire, pour compléter notre étude, de jeter un rapide coup d'œil sur la situation patrimoniale, qui reste celle de ces communautés de fait, non érigées, en associations sans but lucratif personnalisées pour la Belgique, en associations déclarées pour la France.

12. — En ce qui concerne la Belgique, il est remarquable que la loi du 27 juin 1921, issue, pour une large part, des conceptions doctrinales formulées en 1883-1884 par J. Van Der Heuvel, et très généralement acceptées, tant par les auteurs que par la jurisprudence belges, n'ait pu qu'encourager et favoriser le développement de ces conceptions dans leur application aux communautés de fait, que, d'ailleurs, elle ne prétendait pas abolir.

Aussi, trouvons-nous aujourd'hui, chez les jurisconsultes belges, toute une construction juridique des communautés de fait, basée sur un droit commun, largement entendu, complété au surplus par la loi du 27 juin 1921 elle-même, ouvrant à l'autonomie des volontés privées le champ le plus vaste, et de moins en moins discuté. Ces communautés de fait, qui comprennent des biens de toute sorte, servant aux buts de groupement, sont restées en dehors du cadre spécifique de la loi de 1921, et se présentent sous les formes juridiques les plus diverses. Ce sera souvent la propriété apparente d'un prête-nom agissant comme mandataire des membres du groupement considéré, suivant l'objet assigné à celui-ci par la convention expresse ou tacite qui en forme le statut. Ce sera parfois une indivision entre les membres du groupement, soumise en principe aux règles du Code civil et, le cas échéant, de la loi belge du 8 juillet 1924 (*Ann. de lég. étr.*, 1925, p. 23-25), adaptées par la convention au but poursuivi, au moyen d'une interdiction conventionnelle de demander le partage, de clauses d'accroissement des parts des prémourants aux survivants, et autres pactes loutiniers, de conventions permettant l'adjonction de nouveaux membres, etc... Ce pourra être aussi une société civile ou commerciale, couvrant d'un manteau formel, conforme à la loi commune, un groupement qui poursuivrait, principalement, en fait, des buts désintéressés.

Tout cet ensemble d'organisations de fait est réglé par une jurisprudence de plus en plus appuyée sur la doctrine libérale, qui a définitivement prévalu en Belgique. On en trouve un exposé intéressant dans les *Pandectes belges*, t. 127 de 1935, v^o Universalité de biens; Associations sans but lucratif, n^{os} 60-515, et v^o Universalité de biens; Associations sans but lucratif; Dispositions fiscales, n^{os} 5-16 (voy. aussi J. Van Houtte, *Les associations non douées de la personnalité juridique et la jurisprudence belge*, dans *Revue pratique des sociétés civiles et commerciales*, 1930, p. 1-12).

Le faible espace, qui nous est laissé, ne nous permet pas de présenter cette jurisprudence, avec l'ampleur qu'elle mériterait. Nous n'en signalerons qu'une solution particulièrement importante pour les communautés de fait. On a vu parfois les héritiers du prête-nom réclamer la propriété des biens affectés à une communauté de fait sous le nom de leur auteur. Les tribunaux belges ont, le plus souvent, rejeté ces prétentions malhonnêtes (cons. : *Pandectes belges*, t. 127 de 1935, v^o cit., n^{os} 362-372. Voy. pourtant Liège, 13 juin 1922, *Pandectes périodiques* [belges], 1922, n^o 24 et, sur

pourvoi, Cass. belge, rej., 17 décembre 1925, dans *Revue prat. des sociétés civiles et commerciales*, 1926, p. 49-52, avec, à la suite, p. 52-60, les observations critiques de J. Geodseels).

13. — Il ne semble pas qu'en France la loi du 1^{er} juillet 1901 ait apporté des éléments vraiment nouveaux (sauf peut-être la disposition particulière de l'art. 4 de la loi) à la situation juridique des communautés de fait non personnalisées (voy. pourtant : Planiol, Ripert, Lepargneur, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, 1932, n^{os} 1.100-1.104. Et, sur les unions pouvant comprendre des associations non déclarées, *ibid.*, n^o 1.121).

En libérant les associations en général (sauf les congrégations religieuses) des entraves qui pesaient sur leur formation du fait des prohibitions pénales (art. 2 et art. 21, alinéa 1) cette loi reconnaît licites et pourvues d'une existence légale, les associations non déclarées, qui seront « régies, quant à leur validité, par les principes généraux du droit applicable aux contrats et aux obligations » (art. 1, phrase 2).

Ces dispositions n'ajoutent rien aux directions antérieurement suivies par la doctrine et par la jurisprudence françaises relativement au régime civil des communautés de fait. Ces directives se rapprochaient d'ailleurs de celles qui avaient prévalu en Belgique, dès avant la loi du 27 juin 1921. Elles étaient, toutefois, moins précises et moins sûres dans le sens d'une large interprétation du droit commun, en matière de prête-nom, de mandat collectif, de propriété apparente, d'indivision réglementée, de conventions d'accroissement avec adjonction de nouveaux membres, de clauses tontinières, d'autres contrats innomés, et d'emploi de sociétés civiles ou commerciales, plus ou moins heureusement adaptées aux fonctions propres des associations (voy. pourtant, sur ce dernier point : Civ. rej., 12 mai 1910, Sir. 1905.1.137, avec note critique d'H. Lévy-Ullmann).

Il n'est pas certain notamment que le prête-nom d'une association non déclarée, reconnu tel, puisse aisément, devant les tribunaux français, défier les revendications des héritiers de l'associé, aujourd'hui défunt, qui aurait procuré, sous son couvert, les biens destinés par lui aux buts de l'association.

Dans ce domaine de la capacité juridique des associations non déclarées, la doctrine et la jurisprudence françaises pourraient utilement s'inspirer de l'exemple donné par leurs sœurs belges en faveur d'une large activité juridique laissée aux associations non personnalisées.

Mais ce qui entrave surtout le développement, en ce sens, de notre droit français, à l'heure présente, c'est la prohibition qui continue à peser, sur l'existence juridique même de certaines associations, privées du principe même de la liberté, singulièrement des congrégations religieuses, non autorisées et dépourvues systématiquement de tout espoir d'autorisation (ci-dessus, n^{os} 3-5).

En effet, le caractère illicite de ces associations formellement prohibées en droit, — pourtant tolérées en fait, voire même frappées, en leur qualité d'associations, de certaines taxes fiscales (voy. sur la taxe d'accroissement : le *Code des droits d'enregistrement* du 27 décembre 1934, art. 733, al. 1, qui vise formellement « toutes les congrégations, communautés et associations religieuses, autorisées et non autorisées » — et pour l'impôt sur le revenu des capitaux mobiliers frappant les « congrégations, communautés, associations religieuses autorisées ou non autorisées », l'art. 86 du *Code des*

valeurs mobilières du 21 décembre 1934) — risque d'entacher d'un vice irrémédiable les contrats et autres opérations, sous lesquels elles doivent abriter la vie juridique précaire, qui leur est laissée en fait.

Sans doute, leurs membres restent bien investis des droits individuels, dont jouissent tous les êtres humains, et peuvent, par des actes de leur volonté libre, infléchir l'usage de ces droits individuels dans le sens collectif que postule l'association, dont ils font partie. Mais, ne peut-on pas craindre que l'affectation, donnée à leurs biens et droits, en vue de cet usage collectif, ne puisse, en certains cas du moins, être considérée comme tendant à constituer ou à favoriser une association prohibée par la loi (argument art. 16-18 de la loi du 1^{er} juillet 1901) et infectant d'une cause illicite les actes, par lesquels elle se réaliserait. Assurément, pareille argumentation, odieuse par ses résultats, ne saurait être admise qu'avec la portée la plus étroite. Et, par exemple, l'acquisition, par un prête-nom de l'association, d'un bien destiné à recueillir ou à héberger les membres d'une congrégation religieuse non autorisée, ne serait pas juridiquement criticable, en tant que fournissant abri et logement à des personnes ayant résolu de vivre ensemble, mais seulement si elle tendait directement à favoriser la constitution ou le maintien d'une association prohibée. Et, s'agissant de congrégation religieuse non autorisée, il faudrait savoir ce qui constitue juridiquement et proprement « la congrégation religieuse » que la loi française réproouve. Or, on sait que le législateur de 1901, pas plus qu'aucun législateur français depuis la Révolution de 1789, n'a défini « la congrégation religieuse ». Et, si celle-ci, comme il le semble bien, ne se caractérise qu'au moyen des vœux religieux — bien qu'ignorés de la loi — on n'aperçoit pas le rapport direct qui pourrait être relevé entre un immeuble, destiné à l'habitation de personnes vivant ensemble, et les vœux religieux qui lieraient la conscience de ces personnes.

Ces indications suffisent à faire comprendre comment la prohibition arbitraire de certaines associations, surtout quand rien ne les spécifie dans le for externe, peut rendre malaisée l'application d'un droit commun, ouvert à tous, et à montrer que la liberté complète des associations reste le prélude indispensable de toute législation civile, prétendant organiser leur vie juridique et leur assurer le statut patrimonial indispensable à cette vie.

14. — Que pouvons-nous conclure de cette trop rapide comparaison des régimes juridiques français et belge de l'association ?

Il n'est plus contesté aujourd'hui que la liberté d'association soit un corollaire naturel de la liberté individuelle, puisque, grâce à l'association, l'être humain arrive à réaliser des buts qui dépassent les forces de l'individu isolé. Le paradoxe de J.-J. Rousseau, aveuglément accepté par les hommes de la Révolution, dans le trouble de circonstances passagères, et sous l'influence de préjugés irréfléchis (ci-dessus, n° 3), a, depuis le milieu du XIX^e siècle, été condamné par les faits, et « le droit de s'associer », proclamé par la Constitution de 1848 (art. 8) a pris définitivement sa place en France à côté des autres libertés publiques reconnues en 1789. Il s'est constamment développé depuis lors et il a paru trouver sa consécration générale dans notre loi du 1^{er} juillet 1901. Il se montre aujourd'hui plus nécessaire que jamais, aux fins de permettre de lutter contre les envahisse-

ments dangereux de l'Etat totalitaire qui menacent de rompre toutes les initiatives et de submerger peu à peu toutes les libertés.

Malheureusement, les passions politiques et partisans, qui tendent à devenir le moteur exclusif du progrès humain et social, et qui, quand elles ont triomphé, sentent plutôt les inconvénient que les avantages d'une large organisation d'associations libres, se mettent au travers du mouvement pour l'entraver ou le ralentir au lieu de l'accentuer. Notre loi du 1^{er} juillet 1901, relative au contrat d'association, s'est gravement ressentie de ces appréhensions et de ces défiances. Elle n'a constitué qu'une liberté d'association apparente : arbitraire et limitée par l'exclusion haineuse des congrégations religieuses, singulièrement étriquée aussi dans un statut patrimonial, mesquin et équivoque, offert aux autres groupements désintéressés.

Mais tout près de nous, chez une nation amie de la nôtre, dans un pays de même civilisation, de mœurs similaires aux nôtres, présentant des divisions politiques analogues, pénétré cependant d'une confiance plus grande dans l'union des forces nationales (« L'union fait la force »), nous avons relevé une législation des associations animée de l'esprit le plus large, établie sur la base constitutionnelle d'une liberté absolue et complète, mise en œuvre, dans l'apaisement national qui a suivi la grande guerre, par une loi mûrement réfléchie et judicieusement combinée, qui sait tenir compte des nécessités de l'intérêt public et de la souveraineté de l'Etat, en limitant l'activité et la capacité civile des associations en conformité de leur but légitime, sans leur enlever les possibilités de vivre et les moyens de se développer.

Or, nous pouvons constater, par les témoignages les plus autorisés, et l'opinion unanime du pays belge, que cette législation, qui a déjà fait largement ses preuves, a satisfait tous les intérêts et tous les partis, qu'elle a ouvert une large voie à toutes les activités collectives, que la liberté organisée par elle a été complètement utilisée par les groupements les plus importants, sans provoquer d'abus graves, que l'institution de nombreuses associations sans but lucratif, régulièrement établies et publiées, a réduit, de façon notable, le nombre des groupements inorganiques à statut mal défini, que même ceux de ces groupements, qui se sont maintenus sans remplir les formalités nécessaires à leur personnification, ont profité de la loi nouvelle en obtenant de la pratique et de la jurisprudence une amélioration notable des conditions de leur vie juridique.

N'y aura-t-il pas là un modèle et un guide précieux, le jour où la France, dans une atmosphère d'apaisement et de concorde, songerait à réformer son droit des associations en un sens franchement libéral et favorable à toutes les bonnes volontés.

CHAPITRE VIII

LE DROIT PRIVÉ

SECTION I

LE DROIT PRIVE COMPARE

I

LE PHENOMENE UNIVERSEL DE LA « PUBLICISATION » DU DROIT PRIVE

RIEZLER, *Oblitération des frontières entre le Droit Privé et le Droit Public.*

MORELLET, *L'interpénétration du Droit Public et du Droit Privé.*

JOSSERAND, *La « publicisation » du contrat.*

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

G. DOR, *La conquête du Droit Public sur le domaine du Droit Privé en Belgique.*

(Ces contributions classées dans le Tome III, Cinquième Partie, « Le Droit Comparé comme Science Sociale », Titre II, Chapitre V, §§ 143 à 147).

LONGCHAMPS DE BERRIER, *L'influence du Droit Public sur le Contrat du Travail dans le Droit Civil Polonais.*

(Cette contribution publiée dans le Tome III, Titre VII, « Le Nouveau Droit Social », Chapitre II, Section VI, « La Pologne », § 174).

On trouvera d'autres éléments sur ce même phénomène dans les articles rappelés en tête du Chapitre V du Titre II de la Cinquième Partie (Tome III).

II

ETUDES COMPARANT LE DROIT PRIVE EN DROIT CIVIL
ET EN COMMON LAW

WALTON, *La responsabilité délictuelle dans le Droit Civil moderne (plus particulièrement dans le Droit Français) comparée à la théorie anglaise du délit civil (torts).*

(Cette contribution publiée ci-dessus, Titre I^{er}, Chapitre II, Section I, § 69).

III

ETUDES COMPARANT LES DROITS OCCIDENTAUX
AU DROIT DES PAYS D'ISLAM

CARDAHI, *Les infiltrations occidentales dans un domaine réservé : le Statut Personnel Musulman.*

SANHOURY, *Le Droit Musulman comme élément de refonte du Droit Egyptien.*

BOUSQUET, *Un exemple de laïcisation du Droit Musulman : Le Code Civil Albanais.*

(Ces contributions publiées ci-dessous, Quatrième Partie, Titre I^{er}, Chapitre II, §§ 112 à 114).

IV

ETUDES COMPARATIVES DES DROITS CIVILS

BOEHMER, *Contribution au problème de la réforme du droit à la réserve légale en Droit Allemand.*

(Cette contribution publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre III, § 156).

GENY, *Du régime juridique des Associations et spécialement de la constitution d'un patrimoine au profit des Associations sans but lucratif d'après le Droit Belge comparé au Droit Français.*

(Cette contribution publiée dans le Chapitre précédent, § 101).

GOLAB, *Le Droit Civil antilibéral.*

(Cette contribution publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre II, Chapitre IV, § 142).

KADEN, *Un exemple de pratique extra-judiciaire en Allemagne : le contrat de bail uniforme.*

(Cette contribution publiée dans le Tome I^{er}, Première Partie, Titre V, Chapitre VI, § 41).

PERITCH, *L'influence du Droit Germanique sur le Droit Privé des peuples yougoslaves.*

(Cette contribution publiée ci-dessous, Quatrième Partie, Titre I^{er}, Chapitre IV, § 116).

V

ETUDES COMPARATIVES DES LEGISLATIONS DES PAYS DE COMMON LAW

KENNEDY, *Législation en faveur des dépendants du testateur.*

(Cette contribution publiée ci-dessous, Quatrième Partie, Titre I^{er}, Chapitre V, Section I, § 117).

SECTION II

ETUDES SPECIALES SUR LE DROIT PRIVE

MORIN, *Quelques observations critiques sur le concept d'abus de droit.*

SAVATIER, *Le gouvernement des juges en matière de responsabilité civile.*

(Cette dernière contribution publiée dans le Tome I^{er}, Première Partie, Titre IV, Chapitre V, § 37).

★★

FREUND, *L'avenir du Droit civil dans l'Union Soviétique.*

(Cette contribution publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre IV, § 160).

★★

A. IONASCO, *Le facteur économique dans l'élaboration du Droit civil. Répercussion de la politique économique de la Roumanie sur l'évolution de sa législation en matière de propriété et de contrat.*

(Cette contribution publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre II, Chapitre VI, Section I, § 149).

**

KADEN, *Un exemple de pratique extra-judiciaire en Allemagne : le contrat de bail uniforme.*

(Cette contribution publiée dans le Tome I, Première Partie, Titre IV, Chapitre VI, § 41).

**

MARKOVITCH, *Dans quelle mesure pourrait-on recommander une limitation du droit de propriété ?*

(Cette contribution publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre II, Chapitre II, § 138).

QUELQUES OBSERVATIONS CRITIQUES SUR LE CONCEPT D'ABUS DU DROIT

Par Gaston MORIN

Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier

La théorie de l'abus du droit joue un rôle capital dans l'évolution juridique contemporaine.

Consacrée formellement par la plupart des législations étrangères, cette théorie, dans le silence de notre code, est le procédé technique invoqué constamment en notre pays par les tribunaux, le législateur, la doctrine pour justifier en particulier les atteintes successives apportées aux deux principes fondamentaux de l'ordre individualiste du Code civil : le droit souverain de la propriété privée et le droit souverain de la volonté dans les contrats.

C'est dans la désagrégation progressive de la théorie contractuelle du Code que l'utilisation du concept d'abus du droit a été la plus hardie.

Par l'abus du droit de la partie la plus forte économiquement dans le contrat, l'on explique juridiquement non seulement les restrictions à la liberté contractuelle, mais aussi l'action du législateur en tant qu'elle s'exerce contre la force obligatoire du contrat en déliant l'un des contractants d'une partie au moins de ses obligations. Ce sont, par exemple, les lois permettant aux fermiers d'obtenir de la justice une diminution de leurs fermages ; aux locataires d'obtenir une réduction de leurs loyers ; aux acquéreurs des fonds de commerce d'agir en justice pour faire réduire leurs prix d'achat.

La jurisprudence a vu également un abus du droit de ne pas contracter dans le cas du patron refusant systématiquement d'embaucher tout ouvrier syndiqué pour nuire au syndicat ou dans le fait de l'hôtelier, du restaurateur refusant à son client, sans motifs valables, l'entrée de son établissement.

L'abus du droit expliquera encore les restrictions au droit de ne pas renouveler un contrat, restrictions qui résultent et des lois sur les loyers permettant aux locataires d'imposer aux propriétaires, pour des raisons d'humanité, la prolongation du bail pendant un certain temps, et de la loi sur la propriété commerciale accordant aux commerçants le droit au renouvellement de leur bail.

Enfin, la loi du 19 juillet 1928 sur la résolution du contrat de travail à durée indéterminée se réfère formellement à la notion de l'abus du droit. Il y est question « de la résiliation abusive du contrat » et de l'appréciation que le tribunal doit faire de l'abus commis par celui qui résilie le contrat.

Il est impossible de contester le secours apporté par la théorie de l'abus du droit aux transformations juridiques contemporaines.

Cependant, nous ne considérons pas cette théorie comme digne de devenir, ainsi que le voudraient certains jurisconsultes, notamment M. Josserand, un principe fondamental de l'ordre juridique.

Selon nous, elle n'est, en dépit de sa force d'expansion, qu'un expédient de juriste commode sans doute, mais dangereux et dont il faut tendre à se passer.

Voyons donc successivement :

1° Ses insuffisances et ses inconvénients comme procédé technique de justification des transformations du droit.

2° Par quel concept plus adéquat au réel l'on pourrait la remplacer.

*
**

Quel est le sens sociologique des décisions légales et jurisprudentielles qui se couvrent du concept de l'abus du droit, c'est-à-dire quelles transformations ces décisions apportent-elles dans le domaine des rapports entre les hommes ?

Le sens de l'évolution juridique contemporaine nous paraît le suivant :

D'une part, le législateur et les tribunaux font preuve d'une grande sollicitude vis-à-vis des faibles. L'on protège l'ouvrier en face du patron, le public en face des grandes compagnies, le locataire en face du propriétaire, le débiteur menacé de ruine en face du créancier.

D'autre part, en face du droit de propriété s'institue le droit nouveau du travail. La loi sur la propriété commerciale, comme aussi le projet de loi sur la propriété culturelle du fermier consacrent ce droit du travail et de l'activité créatrice.

La reconnaissance de droits originaux en la personne de leurs titulaires et générateurs des obligations d'autrui serait en contradiction avec la doctrine individualiste d'après laquelle l'homme étant souverain ne peut être obligé que par lui-même, par sa volonté directe ou par la faute qu'il a commise.

Alors, le concept d'abus du droit par lequel on justifie juridiquement toutes ces innovations légales va masquer le désaccord au lieu de le révéler. Il évoque, en effet, l'idée d'une faute de l'obligé, donc d'une obligation ayant sa source dans le fait du débiteur et non dans le droit du créancier, qui est ici la personne protégée.

Ce concept établit une harmonie notionnelle entre la doctrine individualiste sur le fondement du droit et les solutions juridiques qui, dans la réalité, se rebellent contre cette doctrine.

L'abus du droit apparaît ainsi comme une application de ce grand phénomène de l'évolution juridique : la fiction, c'est-à-dire l'application

d'un concept ancien à une solution juridique nouvelle, le retard de l'évolution technique sur l'évolution sociale.

A supposer qu'il convienne de conserver les anciens principes en leur teneur verbale et de camoufler ainsi les solutions juridiques nouvelles, le concept d'abus du droit assure-t-il heureusement le déguisement de l'ordre juridique nouveau sous le manteau de l'ordre juridique ancien ?

Il est une question préalable : quel est exactement le contenu du concept de l'abus du droit ?

La réponse n'est pas facile à donner.

Le terme d'abus du droit, aujourd'hui si souvent employé, n'a un sens unique ni en jurisprudence, ni dans les diverses législations, ni en doctrine.

Les décisions judiciaires nous offrent, suivant l'expression de M. Josserand, « toute une gamme de critères ».

Sans doute, les jugements et arrêts parlent toujours de faute. Car il faut bien s'appuyer sur un texte ; et ce texte ne peut être que l'article 1382. Mais dans la faute, on verra, notamment, tantôt l'intention de nuire et tantôt l'absence de motif légitime dans l'exercice du droit. Et quand un motif est-il légitime ?

M. Josserand, dans son ouvrage « Evolutions et actualités » (p. 86), jetant un coup d'œil sur les législations étrangères, déclare : « Partout le concept de l'abus est en progrès, partout il est en marche ; partout les législateurs récents comptent avec lui et lui réservent dans leurs codes une place d'honneur ».

Rien de plus exact. Mais il faut ajouter que le même terme recouvre les plus grandes divergences.

Que l'on en juge par un examen rapide.

Le Code civil suisse déclare, dans son article 2 : « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi ».

Aucune définition de l'abus n'est donnée.

Le Code civil allemand ne contient pas le terme d'abus du droit, mais il en consacre implicitement la théorie dans son article 226 : « L'exercice d'un droit n'est pas permis lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer un dommage à autrui ».

L'abus, ce sera donc ici la faute dans l'exercice du droit.

D'ailleurs, en dehors de l'article 226, il y a, dans le Code civil allemand, d'autres dispositions que la jurisprudence a utilisées pour en tirer une conception beaucoup plus large de l'abus du droit. Ce sont les articles 157 et 242 prescrivant l'interprétation des contrats et l'exécution des obligations conformément « à la loyauté et à la confiance réciproques par relation avec les usages du commerce » ; et les articles 138 et 826 réprimant « les atteintes aux bonnes mœurs ».

Et sous la notion de bonnes mœurs, l'on entend ici la correction dans les rapports économiques. (Voir l'ouvrage de M. Markovitch. La théorie de l'abus des droits en droit comparé, 1936, avec une préface de M. Edouard Lambert, Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon).

Le nouveau Code civil chinois déclare dans son article 148 : « L'exercice d'un droit ne peut avoir pour but de nuire à autrui ».

Enfin, le Code civil soviétique contient dans son texte initial cette formule : « Les droits civils sont protégés par la loi, sauf dans le cas où ils sont exercés dans un sens contraire à leur destination économique et sociale ».

Pas plus qu'entre les décisions judiciaires ou les formules des codes, il n'y a d'accord dans les conceptions de la doctrine française quant à l'abus du droit. L'unité n'existe que dans les mots.

Pour les uns, l'abus du droit, c'est son exercice avec l'intention de nuire.

Pour d'autres, c'est l'exercice d'un droit sans motif légitime.

Pour d'autres encore, c'est l'exercice anormal d'un droit.

Pour M. Josserand enfin, le grand théoricien de l'abus du droit, c'est « le détournement du droit de sa fonction ». Les droits subjectifs ne sont pas absolus, mais relatifs ; ils ont une fin qui les dépasse et qui constitue leur but ou leur fonction. Si le titulaire s'écarte de ce but, il commet un abus du droit.

La conception de M. Josserand, il le reconnaît lui-même, est bien près de coïncider avec celle du code soviétique.

Cependant, elle comporte quelques atténuations dans sa portée, du fait de la distinction bien connue de M. Josserand des droits en trois catégories : « Les droits non causés » absolus et qui, comme tels, ne peuvent comporter d'abus, comme le droit de demander le partage.

Les droits à fonction altruiste dont le but est de protéger autrui, comme la puissance paternelle.

Et les droits à fonction égoïste, comme le droit de propriété, dont le but est l'utilité personnelle du titulaire.

Distinction tripartite fort ingénieuse, mais qui n'a son fondement ni dans la tradition ni dans les textes, où les droits sont toujours classés d'après leur objet et non d'après leur but.

Si nous voulons maintenant faire la synthèse de toutes ces divergences, nous dirons que sans doute la notion d'abus du droit comporte toujours un contrôle de la justice sur l'exercice des droits, mais que, pour les uns, le contrôle du juge consistera dans l'appréciation de la valeur morale de l'acte par lequel on exerce son droit et, pour les autres, dans l'appréciation de la valeur économique et sociale de cet acte.

Or, la notion d'abus du droit ne pourra justifier les atteintes aux droits du patron, du créancier, du propriétaire, que si on l'entend dans son sens le plus large, c'est-à-dire comme une méconnaissance de la fonction sociale du droit.

Il est impossible, en effet, de trouver une faute subjective, c'est-à-dire une volonté mauvaise, dans le fait pour un patron de ne pas vouloir embaucher un ouvrier à raison de ses opinions politiques ou religieuses, dans le fait pour un créancier de vouloir exercer un droit régulièrement acquis par contrat, dans le fait pour un propriétaire de ne pas vouloir renouveler un contrat de bail.

Mais avec la conception fonctionnelle du droit subjectif, ces modes

d'agir pourront être condamnés comme contraires à la fonction sociale du droit.

Seulement, cette nature fonctionnelle que l'on donne aux droits subjectifs n'est-elle pas en contradiction avec le concept même du droit subjectif ?

M. Ripert, avec sa particulière autorité, l'affirme : « Quand on déclare, dit-il, que le droit n'est valable que pour permettre d'exercer la fonction, on crée l'idée de droit sur l'idée de devoir ; le droit subjectif n'existe plus que dans la mesure où il est utile à la communauté. On rejoint les idées de M. Duguit », dont on sait qu'il veut débarrasser radicalement la science juridique du concept de droit subjectif qui serait une persistance de la mentalité métaphysique ou mieux encore de la mentalité théologique. (Voir Ripert, *Abus ou relativité des droits*, à propos de l'ouvrage de M. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1929, p. 30 et suivantes. Voir également, du même auteur, « *Le régime démocratique et le droit civil moderne* », p. 224 et suivantes).

Avec M. Ripert, nous pensons que la conception qui voit dans le droit toujours une fonction supprime le droit lui-même.

Car qu'est-ce que le droit ? Sinon une liberté dans l'intérêt de son titulaire, tandis que la fonction, c'est une obligation au service de personnes autres que le fonctionnaire.

Ainsi donc, par une contradiction singulière, la théorie de l'abus du droit ne remplit son rôle, qui est de justifier les atteintes apportées aux droits anciens par des droits nouveaux, qu'en détruisant la notion de droit subjectif.

Si l'on ne veut pas sacrifier cette notion fondamentale, il faut donc abandonner le concept d'abus de droit.

*
**

Cet abandon n'entraîne pas nécessairement celui des solutions légales et jurisprudentielles auxquelles on donne ce concept comme justification.

C'est sur le seul terrain du notionnel juridique que porte notre critique.

En principe, nous acceptons cet avènement des droits nouveaux du travail et cette protection des faibles.

Mais alors, sans recourir à l'idée d'abus du droit des capitalistes et des forts, comment construire l'armature technique de l'ordre juridique nouveau ?

Il est un problème que soulève la théorie de l'abus du droit, mais qui la dépasse singulièrement, c'est celui des relations du réel et des concepts.

Selon nous, le rôle des jurisconsultes n'est pas de conserver systématiquement et sans examen critique tout le vocabulaire juridique ancien, tout le notionnel traditionnel.

Il y a en effet un déterminisme forcé et fâcheux de l'intelligence par les mots. Les formules deviennent des sortes de prismes au travers desquels l'on ne voit plus qu'une réalité déformée.

Il faut donc éviter l'incohérence entre le notionnel et la réalité. Et les notions techniques doivent révéler le réel au lieu de le camoufler.

Voici les conséquences d'une telle méthode.

D'une part, les droits reconnus aux commerçants par la loi sur la propriété commerciale doivent juridiquement, comme dans la réalité, prendre leur source dans la personne du commerçant et non dans celle du propriétaire de l'immeuble. C'est le travail du commerçant, c'est son activité créatrice d'une plus-value pour l'immeuble qui engendrent les obligations du propriétaire et non les obligations de celui-ci qui font naître le droit du commerçant.

Quant aux droits des faibles, ce sont aussi des droits originaires et non dérivés de la faute des forts. Mais, pour les justifier, il s'agit de construire la théorie des droits essentiels de la personne.

Le code civil est bien plus le code des choses et de la richesse que celui des personnes ; il ne connaît comme droits subjectifs véritables sanctionnés directement comme tels, que les droits patrimoniaux, les droits sur les choses.

Certains droits de la personnalité, envisagés d'ailleurs en fonction de la doctrine périmée de l'individualisme, sont consacrés par la Déclaration des Droits de l'homme, dont le but était de limiter les pouvoirs de l'Etat à l'égard des individus.

Les Droits de l'homme, ce sont des libertés individuelles.

Respectant les frontières artificielles qui séparent le droit public et le droit privé, la plupart des jurisconsultes n'envisagent pas la personne en tant que telle sur le terrain du droit civil. Ils ne se préoccupent pas de lui donner, hors du domaine patrimonial, des droits déterminés, protégés directement comme le droit de propriété sans la nécessité de recourir à l'article 1382.

Par exception, deux droits de la personne ont été individualisés en droit civil : ce sont le droit d'auteur et le droit au nom. Mais il est intéressant de relever que beaucoup de civilistes, au lieu d'envisager ces droits dans leurs caractères spécifiques, les coulent dans le moule du droit patrimonial le plus essentiel, le droit de propriété.

Les autres droits de la personne sont systématiquement ignorés de la plupart des auteurs de droit civil.

M. Planiol, dans son « *Traité élémentaire de droit civil* » (tome I) y fait une allusion discrète aux numéros 2151 et 2161. MM. Colin et Capitant, dans leur « *Cours élémentaire de droit civil français* » (tome I, n° 87), parlent « des droits inhérents à la personnalité, qu'on appelle quelquefois droits de l'homme ou droits publics ou encore biens innés » ; et ils déclarent : « L'exercice de ces droits étant garanti par les institutions du droit public, leur étude est, en principe, étrangère au droit civil ».

Et M. Josserand (*Cours de droit civil positif français*, tome I, n° 104), après avoir signalé ces droits de la personnalité, ajoute : « en droit privé, la très grande majorité des droits sont partie intégrante du patrimoine : nous nous occuperons d'eux seuls désormais ».

Cependant, suivant l'exemple de grands jurisconsultes étrangers qui

se sont préoccupés de combler sur ce point la lacune du droit privé, Anton Menger, Gierke, Del Vecchio, M. Génv, dans son livre sur les lettres missives (tome I, n° 88), envisage le problème de la reconnaissance des droits subjectifs de la personne.

(Dans le même sens, voir également Perreau, « Des droits de la personnalité », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, p. 501 et suivantes, et Boistel, « Cours de philosophie du droit », n° 96 et suivants).

Il y aurait lieu de déterminer avec précision les droits qu'il conviendrait de reconnaître à la personne pour lui assurer des conditions d'existence et de développement — droits de la personne physique ; droits de la personne intellectuelle et spirituelle — et de les intégrer au code civil.

Le jour où ces divers points jusqu'ici indéterminés seraient élevés à la dignité de droits subjectifs déterminés, les plus faibles, ceux mêmes qui sont totalement dépourvus de biens, auraient cependant des droits civils.

Et, de même que la vie morale engendre des conflits de devoir qui sont des cas de conscience, la vie sociale donnerait nécessairement naissance à des conflits de droits qu'il faudrait résoudre en établissant entre eux une hiérarchie de valeur.

Le droit à la vie viendrait tout naturellement limiter le droit de propriété.

Il expliquerait qu'un propriétaire ne peut, de sa maison, si elle est située en pleine ville, faire un hospice de tuberculeux.

Il justifierait les restrictions apportées par l'autorité sociale aux droits du propriétaire, telles que les prorogations des baux en faveur des locataires âgés.

Le respect de la personnalité intellectuelle et spirituelle de l'homme expliquerait le refus aux patrons du droit de congédier un ouvrier à raison de ses opinions religieuses et politiques.

Par ces quelques exemples, l'on aperçoit comment l'introduction de ces nouveaux droits dans le code apporterait une justification simple et conforme à la vérité de beaucoup des solutions légales et jurisprudentielles données sous le couvert et par le détour de l'abus du droit.

Pour avoir des concepts vraiment adaptés au réel, il conviendrait, en outre, de retrancher de la liste des droits ceux que M. Josserand appelle des droits altruistes et qui sont donnés au profit de personnes autres que leurs titulaires. Ce ne sont pas des droits. Car les droits d'une personne ne peuvent avoir pour objet une autre personne. Ce sont des fonctions, c'est-à-dire des devoirs envers autrui. Il en est ainsi des pouvoirs de famille, puissance paternelle, puissance maritale, donnés dans l'intérêt non de celui qui les exerce, mais de ceux qui y sont soumis.

Les solutions consacrées par la loi et la justice sous la formule d'abus du droit du père de famille ou d'abus du mari, le seraient, désormais, sous celle de détournement de pouvoir commis par le titulaire de la fonction.

Et cette notion de détournement de pouvoir ne soulève pas les difficultés logiques de l'abus du droit.

Le détournement de pouvoir, c'est la méconnaissance du but caractéristique de la fonction.

Enfin, pour justifier tout le mouvement législatif et jurisprudentiel actuel, il conviendrait d'apporter des correctifs à la liberté contractuelle par la théorie de la lésion, et à la dureté de la force obligatoire par une formule accordant aux juges, en des cas très graves, le pouvoir de reviser les contrats, sans sacrifier le principe du respect de la parole donnée.

Mais l'essentiel — nous y revenons pour finir — si l'on veut exprimer juridiquement les corrections de justice et d'humanité que les lois et les tribunaux apportent au régime capitaliste, c'est de construire les droits de la personne.

Il y a, en somme, deux procédés de protection des faibles : le premier consiste, avec le concept le plus large de l'abus du droit, à réfréner la force en mettant les droits subjectifs à la disposition de l'autorité sociale, c'est-à-dire en les supprimant. C'est de l'étatisme.

Le deuxième procédé se ramène à augmenter le nombre des droits subjectifs en dissociant le concept de droit subjectif du concept de droit patrimonial et à placer ainsi le principe de la protection des faibles dans la personne de ce faible. C'est un système personnaliste.

Et c'est ainsi que le problème de l'abus du droit en soulève un autre plus grave : celui de savoir où il convient de situer la cause finale du droit dans la société ou dans la personne humaine.

Nous estimons, quant à nous, que ce sont les intérêts de l'être humain, l'amélioration de sa condition physique, intellectuelle et morale qui doivent être considérés comme la cause finale, le but commun de toutes les institutions, qu'il s'agisse de la famille, de l'Etat, de la société internationale, des divers organismes que l'on rencontre dans la vie économique, et que, pour tout dire, c'est la société qui doit être au service de l'homme et non l'homme au service de la société.

CHAPITRE IX

LE DROIT COMMERCIAL ET ECONOMIQUE

TANAKA, *La méthode du Droit Commercial.*

HENNEBICQ, *Généralités abstraites du Droit Economique.*

DEL MARMOL, *Les répercussions économiques de la législation fédérale des faillites aux Etats-Unis.*

En ce qui concerne LE FORMES NOUVELLES DE LA RÉGLEMENTATION ÉCONOMIQUE, cf. les études publiées et rappelées dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre VI, Chapitres I^{er} et II, §§ 164 à 165.

★★

Relativement à l'INFLUENCE DES FACTEURS ÉCONOMIQUES SUR LE DROIT v. les contributions reproduites et rappelées dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre II, Chapitre VI, en tête des Sections I et II.

★★

Sur la PÉNÉTRATION DU DROIT PUBLIC DANS LA LÉGISLATION ÉCONOMIQUE cf. l'article de M. G. DOR, LES CONQUÊTES DU DROIT PUBLIC SUR LE DOMAINE DU DROIT PRIVÉ EN BELGIQUE, reproduit dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre II, Chapitre V, § 147.

★★

En ce qui concerne LES RÉPERCUSSIONS DE LA POLITIQUE ÉCONOMIQUE SUR LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ ET DES CONTRATS EN ROUMANIE, v. la contribution de M. A. IONASCO reproduite dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre I^{er}, Chapitre VI, Section I, § 149.

★★

LES GRANDES ENTREPRISES ET LEURS RAPPORTS AVEC LES ENTREPRISES DE SERVICE PUBLIC sont étudiés dans les contributions de MM. KUNCZ, DIMOCK et TREVOUX, publiées ci-dessus dans le Chapitre V, Section IV, §§ 97 à 99.

**

LE CONTRAT D'ASSURANCE ET LE STATUT DES ÉTABLISSEMENTS D'ASSURANCE sont traités par MM. PICARD, L'AFFAIBLISSEMENT CONTRACTUEL DU CONTRAT D'ASSURANCE, reproduit dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre II, Chapitre V, § 146, et G. DOR, LA CONQUÊTE DU DROIT PUBLIC SUR LE DOMAINE DU DROIT PRIVÉ EN BELGIQUE, reproduit dans le même Chapitre comme § 147.

**

Sur la PRATIQUE EXTRA-JUDICIAIRE DANS LE COMMERCE, on consultera aussi les études de MM. ISHIZAKI, LA RÉCENTE ÉVOLUTION DU DROIT CORPORATIF DANS LE COMMERCE DES SOIES, publiée dans le Tome I, Première Partie, Titre IV, Chapitre VI, § 40; RABEL, L'UNIFICATION DU DROIT DE LA VENTE INTERNATIONALE. SES RAPPORTS AVEC LES FORMULAIRES OU CONTRATS-TYPES DES DIVERS COMMERCEs, publiée ci-dessous, Quatrième Partie, Titre II, Chapitre I^{er}, § 118; BALOGH, L'ADAPTATION DU DROIT AUX CONDITIONS ÉCONOMIQUES DANS LES DROITS EUROPÉENS ET AMÉRICAINS, publiée dans le Tome III, Titre II, Chapitre VI, Section I, § 148.

**

Le DROIT COMMERCIAL ET ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL est traité dans les articles de MM. JANNE, L'UNIFICATION INTERNATIONALE DES LOIS SUR LES EFFETS DE COMMERCE; BOUTERON, L'UNIFICATION DU DROIT RELATIF AU CHÈQUE ET LE VOCABULAIRE DU DROIT UNIFORME, publiés ci-dessous, Quatrième Partie, Titre II, Chapitre IV, Section II, § 128 à 129; DE HOSTIE, L'ORGANISATION DES COMMUNICATIONS ET DU TRANSIT DE LA SOCIÉTÉ DES NATIONS ET LE DROIT COMPARÉ, publié ci-dessous, Quatrième Partie, Titre II, Chapitre IV, Section III, § 130; MUELLER-ERZBACH, UNE PROPOSITION POUR L'UNIFICATION DE LA CONCEPTION DU DROIT. ILLUSTRÉE PAR LE DROIT DE LA VENTE, et RABEL, L'UNIFICATION DU DROIT DE LA VENTE INTERNATIONALE, placés dans la Quatrième Partie, Titre II, Chapitre I^{er}, §§ 118 et 119.

LA METHODE DU DROIT COMMERCIAL

Par Kotaro TANAKA

Doyen de la Faculté de Droit de l'Université Impériale de Tokio ⁽¹⁾

La science du droit commercial fait partie du domaine des sciences qui se sont développées tout récemment. A l'époque romaine, malgré l'extension du commerce terrestre et maritime, malgré l'existence d'un immense système de droit privé général, du « *ius gentium* », il n'existait pas de système indépendant de droit commercial. Je ne veux pas empiéter sur les travaux des historiens du droit commercial qui s'appliquent à rechercher la raison d'une telle absence. Ici, je me contenterai de constater qu'à cette époque la science du droit commercial propre n'avait pas une existence distincte de celle du droit privé. Le premier essai pour fonder la science du droit commercial date du Moyen Age. On assiste alors à la formation d'un droit commercial de caractère corporatif, qui s'affranchit du « *ius gentium* ». Les précurseurs de cette science furent, à partir du XIII^e siècle, certains théologiens qui étudièrent chaque branche du droit commercial à la lumière de la doctrine de l'usure. Tous les contrats civils étaient jugés suivant un seul et même critère, qui était de savoir s'il n'y avait pas en eux un élément d'usure. Mais les travaux de ces théologiens se limitaient à certains domaines tels que la lettre de change, le billet à ordre, la commande, le « *foenus nauticum* », le contrat d'assurance; ils n'abordèrent pas l'ensemble du droit commercial, et malgré leur profondeur théologique, leurs recherches ont peu de valeur si on les apprécie du point de vue scientifique. La science du droit commercial n'a atteint son indépendance, en s'affranchissant des théologiens, que depuis le milieu du XVI^e siècle, et le mérite doit en être attribué à des hommes comme Benvenutus Straccha, Sigismundus Scaccia, Raffael de Turri.

Cependant le droit commercial gardait encore son caractère corporatif, et se composait surtout des règlements, non seulement de procédure civile et pénale, mais encore administratifs, tandis que le droit commercial privé avait une importance moindre. Le droit commercial offrait un mélange de droit public et de droit privé; la cause peut en être attribuée au caractère du droit féodal germanique. La méthode elle-même était entravée par l'application traditionnelle des principes du « *corpus iuris* » aux phénomènes commerciaux qui sans aucun doute surgissaient de circonstances toutes nouvelles.

(1) Conférence donnée à la Faculté de Droit de Lyon en juin 1936.

En France, à l'époque de Louis XIV, les œuvres législatives ont certainement stimulé la science du droit commercial dont Pothier, Valin, Emérigon peuvent être considérés comme les meilleurs représentants; mais je doute, qu'à cette époque la science du droit commercial existât déjà comme indépendante du droit privé général.

En Allemagne, le régime juridique était complètement soumis au droit romain; par ailleurs, le droit commercial y était peu développé, si on le compare à ceux de l'Italie et de la France. Au XIX^e siècle, il fut l'objet d'une certaine attention, mais la science du droit privé se divisait alors en deux parties; à savoir, d'une part les Pandectes, d'autre part le droit privé allemand (*Deutsches Privatrecht*); de sorte que la science du droit commercial ne put pas facilement se développer comme branche indépendante. D'un côté, la liaison intime du droit commercial et du droit romain avait le grand avantage de fournir une base solide à la logique et à la technique juridique, mais par ailleurs la conception traditionnelle du droit romain ne pouvait expliquer suffisamment les nouveaux phénomènes juridiques commerciaux. Des deux grands maîtres allemands que furent Thöl et Goldschmidt, le premier est remarquable pour la clarté de ses conceptions scientifiques et sa logique rigoureusement formaliste, le second est un profond penseur qui a dirigé ses études vers les recherches historiques, comparatives, sociologiques et économiques.

Depuis le début de notre siècle, le monde scientifique du droit privé est inquiet. Il n'a pas été satisfait des tendances logiques et exégétiques; il a commencé à chercher, à tâtons, une nouvelle voie. Le mouvement du droit libre, développé surtout en Allemagne, marqua cette époque. Je n'ose pas déprécier cette tendance qui apportait un nouveau stimulant, mais je ne puis penser qu'il y ait là un système de grande valeur scientifique. D'ailleurs le droit commercial, dans sa plus grande partie, présente un caractère de rigueur extrême, ainsi qu'on peut le voir d'après la loi sur la lettre de change et les sociétés anonymes. C'est pourquoi l'idée du droit libre ne peut y pénétrer qu'avec beaucoup de difficulté.

Cependant l'école du droit libre a eu, sur la méthodologie juridique, une influence marquée. Pour éviter une tendance subjectiviste et anarchiste, elle dut chercher un fondement scientifique objectif; cela la conduisit à établir une base sociologique et économique, en même temps que métaphysique. Ainsi, ce mouvement aboutissait à n'être plus libre comme il le prétendait au début.

Le droit commercial n'a pas manqué de bénéficier de cette influence. Depuis le début de notre siècle, quelques précurseurs, dans le domaine de cette science, ont dirigé leurs recherches vers une base sociologique et économique. Ce sont, pour n'en citer que quelques-uns, MM. Heck, Müller-Erzbach, Wieland, Thaller, Huvelin et Vivante. Mais, généralement, on ne prit pas soin de systématiser les diverses branches du droit commercial en réalisant entre elles l'unité scientifique. A mon avis, M. Heck est depuis longtemps le seul, qui ait éclairé le caractère du droit commercial, en le distinguant de celui du droit civil. Traduisant littéralement ses propres termes nous disons que, pour lui, le droit commercial n'est pas autre chose qu'un droit concernant l'exploitation en masse.

A la systématisation scientifique du droit commercial, s'oppose un obstacle sérieux; c'est son caractère fragmentaire. En effet, on trouve des

institutions commerciales très diverses comme les livres de commerce, le registre de commerce, les fonds de commerce, les sociétés commerciales, les actes de commerce, les effets de commerce et notamment les lettres de change, les billets à ordre et les chèques; et enfin les diverses branches du droit maritime. Les règles générales des codes commerciaux de chaque pays ne se présentent pas à nous comme telles, mais comme une combinaison mécanique des diverses institutions concernant les commerçants; nous ne trouvons, entre elles, aucune liaison systématique. Nous pouvons dire la même chose pour le droit maritime. Si nous considérons les grandes divisions d'un code commercial, nous trouvons : dans le système germanique les règles générales, les sociétés commerciales, les actes de commerce, le commerce maritime; dans le système français le commerce en général, le commerce maritime, les faillites et banqueroutes, la juridiction commerciale. Rien de scientifique, mais seulement des relations de matière. Ainsi que Karl Lehmann l'a écrit au début de son célèbre traité de droit commercial : « Le code commercial n'est pas, à proprement parler, une codification comme le code civil, il n'est qu'une juxtaposition des institutions juridiques et des règles les plus diverses nécessaires ou utiles au commerce ». Ainsi, le droit commercial de chaque pays garde son caractère fragmentaire.

Ce caractère a une répercussion sur la science du droit commercial. Outre que les spécialistes du droit commercial sont tentés d'étudier ce droit au point de vue pratique, la cause du développement tardif de notre science se trouve surtout dans le caractère fragmentaire de son objet. La science du droit commercial comme celle du droit international, reste encore à l'état élémentaire. Toutes les deux, comparées aux autres branches de la science juridique, sont jeunes, mais d'une jeunesse pleine de promesses. Il faut avouer cependant que de nombreux juristes nous ont donné un aperçu nouveau du droit commercial. Déjà, Pardessus, dans son ouvrage célèbre : *Collection de Lois Maritimes*, paru en 1828, signalait les trois caractères du droit maritime : l'universalité, l'immutabilité et l'origine coutumière de ce droit. Nous pouvons appliquer aussi légitimement ce jugement au droit commercial en général. Nous savons que le droit commercial présente très souvent les caractéristiques suivantes : la rapidité des transactions commerciales, la sécurité qu'elles exigent, le caractère lucratif des actes de commerce, l'origine coutumière des pratiques, la tendance à l'internationalisation. Ces notions, je le reconnais, sont exactes, mais il s'agit de trouver quelques principes synthétiques qui unissent les particularités de ce droit, sinon la science du droit commercial ne pourra pas être reconnue comme science indépendante de celle du droit privé général.

Ici, je veux mentionner une circonstance historique qui a eu une influence à la fois favorable et défavorable. Il s'agit de la fusion des deux codes : le code commercial et le code du droit civil selon le système suisse. C'est à la fin du dernier siècle que cette opinion connut quelque vogue d'abord en Italie, avec M. Vivante comme représentant. De là, elle se propagea en France avec Thaller et en Allemagne avec Dernburg. Le Japon, lui aussi, dans la personne de M. Matsumoto, suivit le même courant d'idées. Mise à part son utilité pratique, l'importance théorique de cette fusion est soumise à la solution de ce problème : existe-t-il, oui ou non, des caractères

res spécifiques du droit commercial, et du droit civil ? Il s'agit, autrement dit, de l'autonomie du droit commercial objet, tout récemment, de nombreuses études approfondies. Le temps lui-même a résolu, par la négative, le problème de la fusion des deux codes, mais celui de l'autonomie continue de se poser et d'attirer l'attention du monde juridique.

Revenons à notre sujet. Le développement insuffisant de notre science s'explique par son union trop intime avec la science du droit civil. On a envisagé les institutions qui surgissent des exigences du commerce à la lumière des conceptions du droit civil. En cherchant le caractère d'une institution ou d'un rapport commercial, on a cherché les catégories du droit civil auxquelles ils pouvaient appartenir, puis on l'a enfermé dans les cadres étroits de ces dernières. De là, des discussions très vives et une source d'opinions infiniment nombreuses et subtiles, concernant le caractère de certains rapports commerciaux. On n'apprend pas sans un certain étonnement qu'il y a eu depuis Einert au moins dix-huit théories allemandes concernant le caractère juridique des actes relatifs à la lettre de change et au billet à ordre. Les mêmes divergences se produisirent lorsqu'il s'agit de déterminer la nature juridique de la souscription des actions, la nature juridique du compte courant, du contrat d'assurance, ou bien encore de l'abandon du navire. Avouons qu'il est presque impossible d'expliquer, à l'aide des vieilles conceptions, les nouvelles institutions correspondant à de nouveaux besoins. Torturer ces nouvelles institutions pour les adapter à un cadre factice, c'est méconnaître leur caractère « *sui generis* », ou se servir de celui-ci comme échappatoire pour résoudre la difficulté que tout juriste éprouve à faire concorder l'ancien et le nouveau : c'est alors exposer notre science à une faillite.

Il faut nécessairement envisager le droit commercial sous un aspect tout différent.

Le droit commercial constitue, avec le droit civil, une partie du droit privé. A l'égard de ce dernier, il a le caractère d'une loi spéciale et exceptionnelle. Le droit commercial et le droit civil dominant un même objet, il arrive que les matières du droit commercial soient les mêmes que les matières du droit civil. Dès lors d'où peut venir la particularité du droit commercial qui le distinguera du droit civil ? Il serait insuffisant de constater que le droit commercial a tels ou tels caractères, comme ceux que nous avons ci-dessus énumérés ; si nous désirons établir une science indépendante de celle du droit civil, il faut trouver un principe unificateur, une qualité spécifique d'où découlent les divers caractères. Ici encore, c'est chercher le fondement de la science du droit commercial : en un mot, c'est poser le problème de l'autonomie du droit commercial, ainsi qu'en ont récemment traité MM. Vivante, Rocco et Escarra.

Sur quoi fonder cette autonomie ? Trouvera-t-on certains caractères communs parmi les institutions qui, selon le droit privé général, sont indépendantes les unes des autres, comme la société anonyme, le contrat de vente, d'assurance, la lettre de change, la responsabilité du propriétaire du navire ? A mon avis, il faut envisager le droit commercial sous ses différents aspects. Contrairement à la méthode traditionnelle on doit montrer la couleur spéciale, propre au droit commercial tout entier. Permettez-moi de désigner du nom de « couleur commerciale » ce qui, à mon avis, doit servir logiquement de point de départ à la science de ce droit, et qui permettra de délimiter cette science par rapport à celle du droit privé.

Il s'agit alors de considérer quelle est cette « couleur commerciale ». Cette couleur spécifique qui va nous servir à distinguer le droit civil du droit commercial est une caractéristique sociologique dont tous les rapports juridiques commerciaux sont empreints.

Elle consiste dans une qualité nouvelle que revêtent les rapports du droit civil sous l'influence des besoins réels du commerce. C'est en s'adaptant à ces besoins que les règles du droit civil se modifient.

Nous allons maintenant examiner cette caractéristique. Prenons, par exemple, le contrat de vente et comparons entre elles : la vente non-commerciale et la vente commerciale. Dans la première hypothèse, celle de la vente non-commerciale, voici deux amis, A et B, qui forment un contrat de vente au sujet d'un tableau de maître. Cette sorte de vente conserve à tous les points de vue son individualité : le caractère personnel des parties contractantes a ici une grande importance à tel point que l'on ne voudrait pas traiter avec d'autres personnes. Quant à l'objet du rapport, c'est une chose, par hypothèse, bien déterminée, qu'on ne pourrait trouver ailleurs. Cette sorte de vente a une individualité nettement marquée, elle n'est pas faite sous le signe de l'avantage lucratif, parce que cette opération ne pourra pas être répétée dans les mêmes conditions. Dans la deuxième hypothèse, celle de la vente commerciale, deux individus A' et B' forment un contrat de vente; A', le vendeur, est un marchand en gros, B', l'acheteur, a l'intention de revendre l'objet en détail. Entre A' et B' aucun lien d'intimité comme dans la vente précédente; d'où il résulte que la qualification personnelle des contractants n'est plus une condition de la conclusion de l'échange commercial. Ils auraient pu choisir comme partie contractante n'importe quelle autre personne qui fût capable de remplir les conditions du contrat. Cette hypothèse se vérifie spécialement dans la vente disponible où les obligations sont éteintes par l'accomplissement immédiat du contrat. Quant à l'objet de cette sorte de vente, c'est une certaine quantité de choses « in genere », qu'on peut se procurer très facilement ailleurs. Cette sorte de vente, vente de spéculation, n'ayant aucun caractère d'individualité relatif soit au sujet, soit à l'objet, est susceptible de répétition, ce qui la rend très apte à un but lucratif.

Les caractères spécifiques que revêt la vente entre commerçants à savoir : le peu de considération accordée aux individus, la possibilité de répétition, et le caractère massif se retrouvent, à mon avis, dans tous les rapports commerciaux. On les trouve surtout dans les transactions commerciales. La vente commerciale, les autres domaines du commerce comme les contrats de courtage, de commission, de transport, de dépôt, d'assurance présentent les mêmes caractères. Les contrats commerciaux sont plus ou moins « stéréotypés », ils se forment aux termes des clauses générales que les commerçants établissent eux-mêmes et auxquelles le public adhère : ce sont des contrats d'adhésion. Mais ces caractéristiques ne sont pas limitées aux transactions. Elles sont communes aux activités humaines lucratives qui se distinguent par là des autres domaines de l'activité tels que les professions d'artiste, de médecin, d'avocat, et autres. Ces caractéristiques ont une valeur sociologique et, c'est en les vérifiant, que les recherches synthétiques sur le droit commercial deviennent possibles.

Passons au sujet même des transactions commerciales : le commerçant. Son individualité est noyée dans sa qualité de commerçant, d'« Homo

economicus », son activité est considérée non point en soi mais par rapport au but lucratif qui la caractérise. Au contraire de l'artiste, peu lui importe l'originalité de son activité. Il peut collaborer avec d'autres, par le moyen de la société commerciale ou en se servant d'employés. La collaboration est d'autant plus nécessaire et utile que l'activité commerciale, à cause de sa répétition et de sa massivité, a besoin de secours personnels ou financiers. De plus, la qualité de collaborateur dans une société est tellement impersonnelle que la transmission en est non seulement permise, mais encore peut s'incorporer, comme dans le cas d'une société anonyme, dans un titre transférable à la façon d'un meuble. Même dans le cas du commerçant individuel, le rapport entre sa personne et son fonds de commerce est si faible que ce dernier peut être très facilement aliéné, parce que séparable de la personne. Ainsi l'entreprise est caractérisée par son impersonnalité, aussi bien dans l'hypothèse de la société commerciale que dans celle du commerçant individuel.

En outre, beaucoup d'institutions et de règles du droit commercial supposent, elles aussi, l'impersonnalité du sujet dans les rapports juridiques commerciaux. Ce sont : le droit d'intervention du commerçant, celui des sociétés commerciales, lorsque le « gérant », l'agent commercial, l'associé à responsabilité illimitée ou le directeur ont fait certains actes de commerce sans le consentement du commerçant ou sans le consentement des sociétés commerciales (Jap. art. 32, 38, 60, 175, 236, Ital., art. 372, 112, 113, Allem., art. 56, 112, 113) ; c'est aussi l'obligation, pour le fondateur d'accepter ou de faire les versements (Jap., art. 136, Allem., art. 202) ; le droit d'intervention du commissionnaire pour devenir vendeur ou acheteur d'une marchandise à l'égard du commettant (Jap., art. 317, Ital., art. 386, art. 400), la possibilité de transférer les effets de commerce tels que la lettre de change, l'impersonnalité de l'aval et de l'acceptation par intervention (Jap., art. 498, 503, Loi uniforme, art. 31, 57, Allem., art. 59).

Comme je l'ai indiqué ci-dessus, les opérations commerciales perdent leur individualité et sont tout à fait « stéréotypées ». Parfois c'est un effet du libre arbitre des parties contractantes ; parfois cela est exigé par la loi elle-même, comme dans le cas de la lettre de change (Jap., art. 439) et dans celui du Harter Act (Jap., art. 592). D'ailleurs, le droit commercial ne reconnaît pas l'individualité des rapports juridiques qui en grand nombre surgissent entre deux parties. Ainsi en est-il concernant le droit de rétention commerciale (Jap., art. 41, 284, Allem., art. 369), ou l'institution des comptes courants.

En dehors de l'impersonnalité des opérations commerciales, d'autres caractères apparaissent du fait de la répétition de ces opérations. Le droit commercial exigeant la rapidité, simplifie les moyens de former le contrat (Jap., art. 269, 270, 271, Allem., art. 318, 319, 362) ; il fixe un plus court délai de prescription en matière d'obligation commerciale. La rapidité conduira à rejeter toute formalité spéciale concernant les opérations commerciales, en dehors du cas où les parties voudront établir des écritures à titre de preuves ou en raison de la technique spéciale de l'affaire.

Allons plus loin, et affirmons que si le droit commercial impose aux parties une plus grande responsabilité, c'est pour assurer la sécurité des transactions commerciales, parce que, du fait de la répétition, les activi-

tés humaines tendent à devenir inconscientes et instinctives. A un degré plus élevé de division du travail correspond l'exigence d'un plus haut degré de diligence ; outre que le droit commercial prescrit la solidarité des obligés, il établit la responsabilité en dehors de toute faute, la présomption d'existence de la faute, ou déclare la nullité de la clause de non-responsabilité. Ainsi qu'un juriste autrichien Julius Opner nous l'a indiqué, cette augmentation de la responsabilité est le résultat de la division du travail social, de la « mécanisation » des activités professionnelles, ainsi que de la confiance du public dans ces dernières.

A une certaine augmentation de la responsabilité correspond d'autre part une certaine diminution. Dans le droit commercial, comme vous le savez, on prescrit très souvent la limitation de la responsabilité. Ainsi en est-il pour l'actionnaire, le commanditaire, l'associé de la société à responsabilité limitée et le propriétaire du navire. Vous imaginez peut-être qu'il y a une certaine contradiction à augmenter d'une part la responsabilité tandis qu'on la diminue d'autre part. Voici l'explication que je donnerai : le premier phénomène est le résultat de la division du travail dans la société, tandis que le second est le résultat de cette même division dans une entreprise où une partie des intéressés seulement se charge de diriger les affaires et où l'autre, en revanche, limitant ses devoirs au versement des capitaux, ne s'occupe pas de la direction des affaires. Comme M. Ehrenberg l'indique, à la décentralisation des activités, nécessité économique, correspond celle de la responsabilité juridique. C'est ainsi que des spécialistes allemands du droit commercial ont éclairci dernièrement le phénomène de la séparation de la possession et de l'administration dans une entreprise (*Trennung von Unternehmensbesitz und Unternehmensleitung*) et ont essayé, de ce fait, d'expliquer systématiquement et le droit des sociétés commerciales et surtout le dualisme qui existe entre les sociétés commerciales par intérêts et les sociétés commerciales par actions.

Allons encore plus loin. Pour que les opérations commerciales puissent se répéter plus mécaniquement et plus rapidement, il est nécessaire qu'il existe des institutions juridiques qui leur servent de bases. Ce sont les institutions comme les sociétés commerciales, la lettre de change, le billet à ordre, le chèque et les autres effets de commerce, le registre du commerce, les fonds de commerce, etc. Tandis que les opérations elles-mêmes sont dominées par le principe libéral et que, par conséquent, les parties peuvent créer des rapports juridiques tout à fait librement, à moins que ces rapports ne soient illicites, par contre, les rapports qui servent de base aux opérations doivent être rigoureusement formalistes, la plus minutieuse obéissance aux lois étant exigée. C'est ainsi que, permettez-moi cette comparaison, pour que les trains puissent passer le plus souvent possible à la plus grande vitesse, les wagons et les rails doivent être très solides, le tableau des horaires être préparé très soigneusement et minutieusement suivi.

En somme, le droit commercial est, quant aux opérations commerciales, libéral ; quant à la base de celles-ci, rigoriste. Ce dualisme, nous le trouvons plus ou moins dans toutes les branches du droit, mais il est beaucoup plus accentué dans le domaine du droit commercial que dans les autres. Comme Félix Dahn l'a ingénieusement indiqué, le droit commercial est, au point de vue de la forme des actes juridiques, le plus libre

en même temps que le plus strict (Das Handelsrecht ist zugleich das formenfreiste und das formenstrengste aller Rechte). J'avoue que ce phénomène, contradictoire à première vue, peut être expliqué, si l'on admet la division du droit commercial en deux parties : le droit des opérations et le droit des organisations. Et dans la deuxième catégorie je comprendrai le droit sur la lettre de change et les autres titres commerciaux, parce qu'ils servent au commerce en tant que moyens offerts au public.

La méthode de la science du droit commercial se diversifie selon ces deux parties différentes. Dans le droit des opérations, il importe de trouver l'harmonie entre deux parties contractantes, de chercher leurs véritables intentions, tandis que dans le droit des organisations, considérant qu'il s'agit de rapports avec des tiers, leurs contenus doivent être objectivement fixés. En somme, dans le premier domaine règne la méthode subjective, au contraire, dans le second, la méthode objective.

Malheureusement cette distinction entre les deux méthodes n'a pas été suffisamment aperçue jusqu'à nos jours. On a jugé les rapports qui surgissent dans le domaine du droit relatif aux organisations selon les critères du droit des « opérations ». Cherchons un exemple dans le domaine de la lettre de change. Comme je l'ai indiqué ci-dessus, on a beaucoup discuté en Allemagne et au Japon sur la nature juridique des actes accomplis à propos de la lettre de change tels que l'émission, l'endossement ; on a voulu enfermer ces actes dans le cadre étroit des conceptions du droit des obligations, c'est-à-dire dans les catégories du contrat et de l'acte unilatéral. Ensuite, envisageant la règle adoptée par plusieurs législations, que le tireur peut se désigner lui-même comme preneur ou tiré, cette règle a été considérée comme une exception au principe général du droit privé qui n'admet pas le contrat avec soi-même. Il est arrivé la même chose pour l'endossement qu'on fait sur le tireur, l'accepteur ou l'endosseur (Jap., art. 456, Allem., art. 10 ; Loi uniforme, art. 3). D'ailleurs, en droit japonais comme dans d'autres législations (Ital., art. 3 N° 12, Franc., art. 632), les actes sur la lettre de change étant rangés parmi les actes de commerce (Jap., art. 263, alinéa 4), on pousse plus loin la signification de ce fait qui doit être limitée au côté formel ; la théorie et la jurisprudence ont malheureusement inclus les actes accomplis à l'occasion de la lettre de change dans les actes de commerce. C'est à tel point que le gérant se verra interdire, suivant cette conception exagérée, tous les actes relatifs à la lettre de change, parce qu'on les fait entrer dans la catégorie des actes de commerce et qu'il doit s'abstenir de toute activité commerciale (Jap., art. 32).

Revenons à notre sujet. Le fait que les opérations commerciales se répètent mécaniquement inspire aux intéressés la confiance dans les faits extérieurs : la suite des endossements, l'existence des signatures, par exemple, sans qu'il leur soit besoin d'examiner s'il existe véritablement, pour les étayer, un rapport valable entre les signataires. Outre l'institution de l'enregistrement, nous trouvons une application du respect du fait extérieur dans deux cas : d'abord, celui de la société qui même n'étant pas légitimement constituée est considérée comme valablement existante, en ce qui concerne les rapports passés, c'est la société de fait reconnue par la loi japonaise (Jap., art. 99a et suiv.) ; ensuite, celui des nombreuses règles qui ont pour but la protection de la bonne foi en matière de lettres de

change et d'autres effets de commerce, protection à laquelle je viens de faire allusion.

Ainsi, nous pouvons constater que tous les rapports juridiques dans le domaine du droit commercial sont revêtus d'une couleur spécifique différente de celle du droit civil. Ce dernier considère chaque cas comme profondément empreint d'individualité, tandis que le premier traite ces rapports comme abstraits et sans individualité.

Je ne prétends pas que cette couleur spécifique soit propre aux rapports du droit commercial, nous pouvons la trouver par exemple dans le domaine du droit administratif qui est destiné au public. Ce que je veux dire, est, que cette couleur forme une ligne de démarcation entre le droit commercial et le droit civil. En somme « la couleur commerciale » se présente comme un critérium de nature à distinguer ces deux droits. En me limitant au domaine du droit privé, je prétends que le droit commercial a, à cause des matières qu'il contient, un aspect plus proprement social que le droit civil.

En reconnaissant l'existence de cette couleur, nous sommes capables d'expliquer plusieurs phénomènes de la science du droit commercial, par ex. la caractéristique de la source de ce droit qui consiste spécialement en la primauté du droit commercial coutumier sur le droit civil, la particularité de l'histoire du droit commercial qui consiste dans son origine coutumière et dans la tendance évolutionniste de ce droit et la tendance nationale et internationale à l'unification. Je n'affirme pas que ces phénomènes soient exclusivement propres au droit commercial, les autres branches du droit, surtout le droit administratif, pourraient les présenter aussi, mais nous pourrions dire qu'ils sont des caractéristiques par comparaison avec le droit civil. D'ailleurs, la tendance évolutionniste et unificatrice que l'on compte parmi les caractéristiques du droit commercial, à mon avis, n'est qu'une caractéristique secondaire qui dérive de la couleur commerciale.

La constatation de la couleur commerciale aurait encore une utilité pratique pour l'interprétation du droit commercial. Pour l'interprétation du droit, nous sommes obligés de plonger nos regards à l'intérieur de la vie sociale même. Ceci nous conduira à la connaissance de cette dernière par la voie de la méthode sociologique, et nous amènera à la découverte de nombreuses lois qui nous offrent de nouveaux critères d'interprétation de ce droit.

Cette couleur commerciale est la caractéristique d'une société extrêmement rationalisée. Selon l'expression de Ferdinand Tönnies, elle est la caractéristique de la « Gesellschaft ». La couleur commerciale atténue non seulement l'individualité de chaque rapport de droit privé, mais encore les caractères particuliers au droit commercial des divers pays. Le droit commercial tend à s'internationaliser. Il est une espèce du droit naturel, non en un sens éthique, mais en un sens technique. Ce n'est pas par hasard qu'à l'époque romaine le droit commercial constituait une partie importante du « jus gentium » et que ce dernier ait été conçu en connection avec le droit naturel, comme « ratio naturalis ». Parce que le droit commercial est international, la science du droit commercial ignore les frontières de chaque Etat. Chaque nation peut collaborer avec d'autres à son développement, comme dans le cas des sciences naturelles. Le Japon participera, lui aussi, au développement de cette jeune science.

GENERALITES ABSTRAITES DU DROIT ECONOMIQUE

par Léon HENNEBICQ

Professeur à l'Institut des Hautes Etudes de Belgique

Président de l'Institut International du Commerce

*Membre du Comité de Direction de l'Institut international de Rome
pour l'Unification du Droit privé*

*Rédacteur en chef des « Pandectes Belges », des « Pandectes Périodiques »,
du « Journal des Tribunaux », des « Nouvelles » et
de la « Revue Economique Internationale »*

Nous sommes, dans le domaine économique, en face d'une multitude de créations ébauchées et qui ne rentrent que d'une manière imparfaite dans les catégories juridiques existantes.

C'est un peu comme s'il n'y avait chez les cordonniers que des chaussures pour pieds d'enfants et que nous nous trouvions transformés en géants dont les bottes ne seraient plus à la pointure de personne. Il en est ainsi des diverses institutions juridiques dans lesquelles on essaie de faire entrer des phénomènes de taille.

Pour situer le problème, il convient de commencer par une définition classique du phénomène juridique, portrait à la Galton, dans lequel, de la multiplicité individuelle des phénomènes, il ne subsiste plus que le contour abstrait général.

Examinons donc la pointure ancienne dans laquelle entrera, ou n'entrera pas, le phénomène juridique moderne et reprenons en l'analyse classique :

Un droit se compose classiquement de quelques éléments abstraits. D'après certains, il y en a trois, d'après d'autres, quatre, d'après d'autres, cinq ou plus encore. Tout phénomène juridique se compose d'abord d'un *sujet de droit*, celui qui, porteur de l'institution, en est armé. On a comparé le sujet de droit à un archer, l'arc à la main, prêt à être bandé, la flèche sur la corde. En face du sujet de droit, généralement l'homme, il y a l'*objet de droit*, la cible où la flèche est dardée : la flèche, *rapport entre le sujet et l'objet*.

Exemple : la propriété. Le propriétaire est classiquement celui qui est titulaire du droit d'user et de disposer d'un objet. Il a une maison, un champ, qui existent d'une manière concrète dans un endroit déterminé. Entre le sujet de droit et cette maison ou ce champ, il y a le rapport de propriété qui en comprend, dans sa plénitude, la jouissance et la dispo-

sition complètes. Mais au dedans de cet usage et de cette disposition, totalité du droit réel de propriété, il y a des démembrements possibles, rapports qui n'ont pas ce caractère totalitaire, et n'en représentent que des fragments. Ceux-ci, dans le câble épais qui relie le sujet de droit à l'objet de sa propriété, en figurent les torons multiples, démêlés eux-mêmes en un certain nombre de fils : ce sont, chacun d'eux, hypothèque, servitude, gage, l'exercice partiel seulement du droit dont la propriété est le total.

A ces trois premiers éléments, on ajoute classiquement un quatrième : la *contrainte*, ou possibilité de maintenir, de faire maintenir les rapports du droit, au besoin par la force. On dit familièrement que la contrainte, c'est le gendarme et elle s'exprime par la formule exécutoire qui se trouve au bas de tous les jugements : « Mandons et ordonnons aux agents de la force publique... »

L'exercice de la contrainte est ainsi exprimé par une interdiction ou un ordre. De qui ? D'une manière générale, quand on prend, non pas l'application à un rapport du droit déterminé, du gendarme ou de l'agent de police, mais dans l'Etat, l'existence sociale de cette contrainte, celle-ci est représentée par toutes les incarnations de force armée dont l'Etat dispose, et qui existent précisément pour donner à la contrainte, quatrième élément du droit, son caractère, qui doit être irrésistible. La contrainte n'est parfaite que si personne ne peut la discuter. Nous verrons plus loin que de nos jours il y a d'autres contraintes que celle de l'Etat, que cette contrainte officielle est de plus en plus sollicitée par des sujets de droit collectif extrêmement puissants, et pareils aux grands feudataires médiévaux.

C'est cet élément dit-on aussi, qui distingue, sociologiquement, le Droit, des rapports sociaux qui foisonnent en institutions, usages, coutumes, mœurs, ou manières multiples des hommes de se conduire et d'agir en société. C'est lui qui différencie les droits des autres modalités, que ce soient des phénomènes esthétiques, ou, plus proches des phénomènes juridiques, les phénomènes moraux dont la caractéristique s'oppose aux juridiques en ce que la contrainte en est précisément absente, ou, en ce que, suivant d'autres, cet élément est remplacé par une caractéristique toute différente : l'idée de dévouement ou d'abnégation.

D'autres théoriciens ajoutent à ces corps simples sur lesquels, en général, on est d'accord, des éléments supplétoires. Le premier, c'est le *fait jurigène*, c'est-à-dire la cause qui donne naissance au droit, et le fait jaillir comme d'une pierre une étincelle. Exemple simple : un piéton traverse la rue ; il est accroché par une automobile. Accident. Des droits naissent, réparation pour le piéton blessé, action aquilienne.

Ce fait est la relation de causalité d'où sort un droit. Mais une fois qu'il en est sorti, son origine même vivifie aussitôt d'autres éléments. Le choc du piéton par l'automobile ne suffirait pas à créer des droits s'il n'existait pas des idées, institutions juridiques accrochant ce phénomène et lui donnant une portée. Si le même piéton traversant la rue se trouve brusquement sujet à un malaise et meurt, il choira peut-être à l'endroit même où l'autre aura été heurté, mais il n'y aura pas le déclenchement institutionnel des mêmes conséquences juridiques. Les principes aquiliens qui sommeillaient dans le monde des idées juridiques, attendant cet événement matériel, n'existent en effet, dans notre loi actuelle, que si une faute a été commise, faute peut-être lévisssime, mais indispensable au

moins dans le droit napoléonien. Le monde de la moralité, et de la culpabilité, fut-elle lévisissime, entre dès lors en vibration, et c'est par les vibrations de ce monde moral que la justice qui en est saisie accorde aux cas de l'espèce sa réparation.

Le fait jurigène est donc plus qu'un fait matériel et causal. Il décroche dans l'arsenal des institutions juridiques une arme aggressive dont le titulaire peut se saisir comme l'archer et bander sur l'arc un trait judiciaire. Mais le fait juridique est même quelque chose de plus.

Un acte dommageable et fautif (quasi-délit, art. 1382) se rattache à une institution. Depuis cent années, tous les traits que les archers porteurs de flèches aquiliennes ont lancés vers la cible judiciaire pour obtenir réparation ont fini par y laisser des traces et sa physionomie après cent ans d'exercice n'est pas la même qu'avant. D'abord les deux scènes peuvent ne pas s'être passées matériellement de la même manière : chaise de poste ou automobile. Evolution de la technique. Mais si de cette transformation matérielle du transport, traction chevaline ou automotrice, nous passons à la manière dont les hommes interprètent et jugent l'une et l'autre, les règles d'après lesquelles ils statuent sur les réparations ne sont plus, elles aussi, les mêmes. De même qu'on fait des campagnes difficiles pour obtenir, en matière d'accidents, la loi sur le risque professionnel, de même, pour reprendre la scène de la chaise de poste et de l'automobile, la complexité de la circulation contemporaine, le peuplement des routes et des rues, la danger extrême qu'il y a pour un piéton qui, peut-on dire, est constamment « au front », cette modification extraordinaire dans la matérialité technique est accompagnée d'une complexité correspondante qui met en lumière les aspects nouveaux de relations entre les hommes.

Est-ce qu'il y avait, il y a cent ans, un risque professionnel ? Non. Pourquoi ? Parce que les métiers se composaient de méthodes bien connues, que la formation de l'apprentissage pouvait mettre d'une manière suffisante ceux qui avaient fait un stage à couvert des risques habituels à des outils millénaires. Evidemment, brouette, charrue, outils d'artisans sont des découvertes qui furent sensationnelles il y a de longs siècles, mais depuis lors, l'organisme et l'intelligence humains s'y sont parfaitement adaptés. Au contraire, depuis cent ou deux cents ans, dans quelle transformation permanente ne nous trouvons-nous pas et comment faire notre adaptation si ce n'est avec beaucoup de temps et dans un milieu qui toujours évolue ?

Je me souviens de notre stupeur au début de la guerre, quand, assistant à une évolution presque journalière dans la transformation des moyens de combat, la tactique et la stratégie se trouvaient impuissantes à les suivre. On peut dire que, pendant ces quatre ans et demi, états-majors et commandements ont couru éperdûment après une adaptation des méthodes de combat à tous les nouveaux instruments de mort jetés dans la mêlée. Encore maintenant, l'évolution continue. Si on déclarait la guerre demain, elle ne ressemblerait plus en rien à celle que j'ai pratiquée. Elle évoluerait en transformations plus formidables encore.

C'est en effet une des caractéristiques de la guerre, un de ses « revenant bon » ; parmi tous ses côtés horribles, atroces, c'est un champ d'expérience pour les nouveautés techniques.

Tel est le milieu, guerre ou paix, en état d'émulsion, dans lequel les

institutions s'essoufflent à suivre les transformations techniques. On a vu pendant de longues années les ouvriers de l'industrie, blessés par l'usage de machines nouvelles, succomber dans leurs actions en responsabilité. Il y a quarante ou cinquante ans, il n'y en avait pas un sur dix qui arrivât à faire la preuve de la faute. Pourquoi ? Parce que presque toujours, la complexité mécanique situait l'origine de l'accident dans un ensemble confus où, ni la faute du patron, ni la faute de l'ouvrier n'étaient visibles.

Le fait de devoir se servir de choses inconnues et dangereuses emporte en soi un péril dont on peut être victime par le seul fait qu'on s'en sert. De là vint la loi qui créa un forfait social, une mutualité du risque où interviennent l'ouvrier, le patron et l'Etat, tous intéressés à la communauté des choses risquées, participation au commun péril dont ils partagent les effets.

Dans la responsabilité aquilienne, il y a ainsi une profonde transformation avec mise au premier rang de l'activité professionnelle et de ses aléas. On voit intervenir, pour les couvrir, ces vastes institutions qui prévoient maintenant la plupart des phénomènes sociaux et juridiques, en les doublant de leur ombre, assurances et réassurances, assurances des assurances.

C'est ce paysage-là qui constitue le décor d'aujourd'hui et que les gens du Code Napoléon n'ont pas vu, qui permet d'opposer au fait jurigène le fait juridique : le but à la cause. Dans quelle mesure la cause est-elle le but, le but est-il la cause ?

Le caractère de finalité de la réparation, l'institution juridique, le monde des idées à côté des faits, se confond ainsi avec l'origine même du fait.

On peut dire la même chose des contrats, faits jurigènes et juridiques. Dans le Code Napoléon, on voit très bien la scène, marché d'une petite ville rurale. Le Code Napoléon est un code de paysans. Deux compères s'y rencontrent. Ils essaient l'un d'acheter un veau, l'autre de le vendre. Ils luttent pour un prix qui amènera, si dans cette escrime l'un des deux succombe, un bénéfice ou une perte, autant que possible un bénéfice pour l'un comme pour l'autre. Après avoir longtemps marchandé, ils topent là et l'accord est fait. Cessant d'essayer de se rouler, le contrat naît. Les deux volontés, expression abstraite du Code Napoléon, se sont heureusement conjuguées et le contrat, l'enfant est né, accord de deux volontés libres et réfléchies, théorie liée à toute une métaphysique suspendue, celle de la liberté absolue de l'homme et de sa responsabilité.

On est là dans le monde des marionnettes métaphysiques d'il y a 150 ans, fantoches sensibles et raisonnables. Mais il est certain que de nos jours cette illusion a cessé de vivre.

Un ouvrier qui s'engage dans une grande industrie va-t-il trouver son patron ? Le puddleur, le monteur métallurgiste, le manœuvre qui pousse une benne va-t-il chez le Président du Conseil d'administration ? Discute-t-il avec lui, en crachant par terre, d'égal à égal ? Essaye-t-il de le rouler ou d'être roulé par lui ? Voilà une scène du plus haut comique : l'abîme qui sépare l'ancienne conception du contrat de la conception nouvelle.

★★

Le sujet de droit, que nous avons indiqué tout à l'heure, subit d'étran-

ges modifications. Ce n'est plus l'ouvrier, intéressé direct, qui conclut le contrat, c'est un tiers, un syndicat, qui s'entend avec le patron, dans une commission paritaire, par exemple. Ces gens sont des étrangers pour l'ouvrier qui va passer le contrat, et le contrat lui tombe du ciel à peu près comme au Pays de Cocagne les alouettes rôties. Il reçoit « à l'automatique », en poussant sur un bouton, une prestation faite d'avance, à laquelle il ne peut rien changer. Rien n'est fait sur mesure ; tout est confection, et il faut que les individus entrent dans des costumes et des mesures coupés par ces tailleurs qui s'appellent : secrétaires de syndicats.

Que deviennent, dans ce jeu, la liberté et l'égalité des contractants ? Elles en sont totalement absentes.

Le tir, dans le monde juridique, est devenu, comme dans la guerre actuelle, du tir indirect. Les adversaires ne se voient plus. On est tué sans rien savoir.

Reprenons ce monde immense des idées en puissance dans celui des faits, qui rend si intéressant le *fait jurigène* et *juridique*, par lequel tout droit, au sens classique du terme, naît d'un déclenchement social. Exemples : l'accident d'automobile qui décroche le droit du piéton à réparation, ou en matière contractuelle le contrat que passent deux personnes, papier qu'elles signent et qui fait accoucher des droits.

Voilà des *faits juridiques* ou, comme disait Edmond Picard, pour mieux se faire comprendre, des *faits jurigènes*.

Je disais plus haut qu'à côté du fait matériel, qui fait jaillir un droit, contrat, accident, quasi-délit, il y a au-dessus du fait jurigène une idée suspendue, nuée ou atmosphère par exemple une législation. Si un accident d'automobile donne droit à réparation, c'est que, dans nos lois, il y a un art. 1382 suspendu dans le Code civil. Si des obligations réciproques naissent, d'un contrat de vente, c'est qu'il y a les articles 1582 et suivants, où pendent les droits et obligations de la vente, mais à cette vieille législation, que n'est-il pas venu depuis cent ans s'ajouter dans une atmosphère orageuse, d'électricité supplémentaire ?

La vie sociale a bouleversé toutes les conditions de naissance de chacun de ces droits. Quand, devant un juge, on se présente, soit pour réclamer réparation d'un accident, soit pour demander l'exécution d'une vente, on se trouve en présence d'un homme nouveau qui n'a pas dans le cerveau les idées de son prédécesseur, le juge d'il y a cent ans. Il voit le même accident et la même réparation, mais avec des lunettes différentes. Ainsi dans la société, les règles d'interprétation du droit, valeurs qui montent et qui descendent au marché des idées, seront aussi instables que les valeurs qui montent et qui descendent au marché des capitaux. On juge les gens suivant ce qu'on est et ce qu'ils sont. Le milieu où ils se trouvent, la nation à laquelle ils appartiennent, la classe et la formation particulière de chacun, juge ou partie, donnent à la même action humaine une valeur et une portée différentes.

Conclusion : augmentation formidable, dans la création juridique, du rôle de la jurisprudence. Au temps du Code Napoléon, on croyait tout avoir enfermé dans les 2281 articles, petites boîtes qui portent des numéros ; conception tellement définitive que Napoléon apprenant que Zachariae, professeur à Strasbourg, faisait un commentaire de son Code, voulut

le faire mettre en prison, n'admettant pas qu'on eut des interprétations divergentes du même texte.

L'étrangeté de cette opinion pour nos esprits montre tout le chemin parcouru. En ce temps-là, on croyait donc que le Code était la source de tout le droit et qu'on ne pouvait pas en varier le débit. Maintenant la grande source du droit est la jurisprudence, qui varie — bien fol est qui s'y fie. Depuis vingt ou trente ans, on ramène l'autorité législative à la portée sociale de la loi, et en admettant qu'on puisse l'appliquer autrement que ceux qui l'ont faite. Le premier président de la Cour de Cassation de France, Balot-Beaupré, célébrant en 1904 le centenaire du Code Civil, à la Sorbonne, à Paris, a popularisé cette idée que la loi existe dans la mesure où elle peut encore servir.

Mais, à côté des juges qui font le droit tous les jours avec leur mentalité, au Palais de Justice, le droit se fait aussi, dans les contrats collectifs, formules types imprimées et toutes faites.

La plupart des grands contrats sont faits par des sujets de droit géants, institutions à puissance nationale et internationale qui, se saisissant de la contrainte sociale, imposent leurs contrats à tout venant. Prenons des polices d'assurances. L'idée vous viendrait-elle d'en discuter toutes les clauses ? C'est à prendre ou à laisser. L'assureur admettra, peut-être, à raison de circonstances particulières, quelque amendement de détail, mais l'ensemble des clauses imprimées est obligatoire. Tous les contrats fabriquent ainsi un droit déterminé par leurs seules moyennes statistiques de droit, à la douzaine ou à la grosse, où plus rien des contrats individuels n'existe.

Ainsi le fait juridique est devenu instable et après lui ont suivi les autres éléments du droit.

**

Le sujet de droit, d'abord ; l'archer n'est plus maître de son arc ; les flèches sont lancées par d'autres ; il les reçoit beaucoup plus qu'il ne les darde ; il est lui-même dans un milieu d'une telle complexité avec toutes les inventions techniques accumulées, qu'il n'est plus qu'un homme perdu dans une tourmente, aux prises avec les forces multiples d'une bourrasque. Toute son adresse, orientée dans le sens de s'en préserver, s'applique plutôt à les utiliser dans une certaine mesure pour s'en garder, à travers mille détours, obstacles et chemins de traverse.

Si l'homme n'est donc plus le maître, s'il y a au-dessus de lui un ensemble d'événements plus forts que sa volonté nous entrons dans le paysage économique, éléments déchainés au milieu desquels il circule comme il peut. Ce décor de bourrasque c'est le marché, mais ce n'est plus celui d'une petite ville rurale. Le marché est mondial et soumis à une sorte de météorologie économique, confusion d'appétits, d'intérêts, luttes internationales pour une problématique richesse, soumise plus ou moins, sinon à des lois, au moins à des courants observables comme les courants des airs ou des eaux.

Dans cette analyse du vaste marché d'aujourd'hui, on constate qu'à la place d'un individu libre et responsable, le centre du phénomène juridique, on voit une foule de figurants encombrer la scène. Ce n'est plus le héros de la pièce qui attire l'attention. Il est perdu dans la multitude

du chœur humain qui accompagne et domine sa voix, un peu comme la polyphonie orchestrale à la mode wagnérienne et post-wagnérienne range la voix humaine au rôle de satellite. C'est cet ensemble et non l'individu isolé qu'il faut regarder aujourd'hui.

Le droit classique, dans son analyse abstraite, prenait comme type, l'homme, l'individu.

L'homme, vous, moi, à la manière abstraite, essaie de maintenir vis-à-vis d'un objet de droit, par exemple sa propriété, le rapport complet qui lui permet de s'en servir ou d'en disposer à son gré. C'est comme cela qu'on se le figurait autrefois, mais si on se reporte à l'aspect du décor d'aujourd'hui, on cherche en vain l'individu classique porteur de droits. Il y en a assurément. On continue, dans de nombreux domaines, à produire des phénomènes de droit individuel. Il est certain que, vis-à-vis de l'objet que je tiens dans ma main et qui m'appartient, j'en peux faire ce que je veux. En principe, dans cette limite, qui est extrêmement modeste, j'use de mon droit de propriété à la manière classique. Je peux prendre ma paire de lunettes, la jeter par terre et marcher dessus. C'est mon droit absolu. Je ne le ferai pas, pour des raisons qui montrent bien que je ne suis pas, si ce n'est d'une manière tout à fait utopique, le maître absolu de ce que je veux. Je le ferai peut-être comme bravade, dans un coup de tête, par esprit de contradiction, ou pour des raisons du genre de celles-là, mais dans la normale de l'existence, en ce qui concerne ma propriété, je ne pourrai pas ramener le lien juridique à une mince anecdote comme celle-là.

De quoi va se composer, par contre, l'observation des actes juridiques, réels, pratiques que je vais accomplir ? Dans tous ceux qui vont m'ouvrir leurs possibilités, y en aura-t-il dans lesquels je pourrai avoir l'attitude dédaigneuse de l'archer qui est en face de sa cible et croit qu'il peut bander son arc ou n'en rien faire ? Presque jamais, parce que les événements complexes dans lesquels je vais me trouver sont de telle nature que j'y jouerai un rôle extrêmement modeste, ne sortant presque jamais de la masse des figurants dans la cohue desquels je n'aurai peut-être, ma vie entière, qu'à répéter comme au théâtre, la même petite phrase, sans jamais la changer. Et cette phrase-là, l'aurai-je inventée ? En serai-je le maître ? Non, elle m'aura été imposée par d'autres volontés auxquelles j'obéirai parce que la fonction qui m'est donnée et que dans cet ensemble je remplis, commande de ma part avant tout l'obéissance. Car il n'y a pas une dispersion multidinaire d'individus, ils agissent avec ensemble. Chacun d'eux est, en effet, gouverné par une fonction. Peut-on extraire un porteur de droit de cette cohue, rompre le rythme même de son ensemble ? Que reste-t-il de cette construction juridique, dernier cri de l'abstraction individuelle : l'homme maître de toutes choses, infiniment libre ? Cette utopie d'hier a fait le Code Napoléon et sa silhouette d'homme abstrait, mais qui était plus ou moins vous ou moi, en ce qu'il avait un corps, des jambes, une tête, une intelligence moyenne. Tout de même au sens social du terme ce n'était qu'un rêve, nullement vous ou moi. Avec la complexité de la vie sociale, au lieu de voir deux ou trois mélodistes séparément chantant leur ritournelle sur la scène, celle-ci est encombrée par la foule, mais une foule organisée. Comment ? Depuis longtemps des constructions juridiques abstraites, qui gagnent en importance et en éten-

due, ont tenté d'exprimer cette discipline en donnant à des groupements d'hommes les qualités, les facultés et les pouvoirs de l'individu d'antan. Elle leur a notamment fait cadeau de la *personnalité juridique*.

★★

Cette personnalité existait, sous des formes bien différentes, dans l'ancien régime, quand fut « reçu » le droit romain et que sa technique impériale commença de se répandre. Elle était basée sur l'individu stoïcien. Quand vous pensez au droit romain, mettez-vous dans l'esprit que celui que nous avons reçu n'est pas celui authentique de l'antiquité. Les copies romaines, en exemplaires multiples dans les musées d'Italie, particulièrement au Vatican, ne représentent non plus l'art de toute l'antiquité, mais seulement les productions d'un milieu et d'une époque : l'Empire au moment de son développement maximum, vers l'époque de Hadrien et de Trajan.

C'est à ce moment que la philosophie stoïcienne dressa un type d'homme dont Marc Aurèle reste à nos yeux l'expression et c'est ce type-là qui a reparu lors de la réception du droit romain au xvi^e siècle. Avant l'Empire romain, sous la République et, plus encore, de tous les droits dont la complexité a fait le droit romain et qui représentent le bassin de la Méditerranée, notre notion de la personnalité juridique civile était absente.

Même à l'époque impériale, on ignore notre conception qu'une société anonyme ou une société de jeu, sans but lucratif, serait un homme simplement agrandi et nullement modifié. Cette erreur, qui est dans nos législations du xix^e siècle une idée-base, cet agrandissement de l'individu dans des formes sociales où, individualisant des hommes groupés, on en fait abstraitement qu'un seul, cette idée-là, les Romains ne l'ont pas connue du tout. Ils considéraient qu'un groupement d'hommes qui s'occupaient de quelque chose était une « *universitas personarum* » ; une « *universitas rerum* » si c'était un groupe de choses, troupeau de moutons, bibliothèque de livres, collection d'objets réunis, fût-ce dans un faisceau dont l'unité provenait de leur propriétaire unique. Si c'était une « *universitas personarum* » et pour donner à plusieurs le droit d'agir indépendamment, à titre collectif, il fallait que le pouvoir central les reconnût et leur en donnât le pouvoir. Au xvi^e siècle, un des instruments de formation et une des assises en France du pouvoir royal, notamment par ses légistes, fut la reprise de cette doctrine romaine que la personnalité abstraite d'un corps quelconque de la société, son droit d'agir à l'égal d'un individu, est une charte octroyée par le Prince, corps qui ne peut exister que s'il l'a voulu.

Continuons cette esquisse historique du *sujet de droit*.

Au xix^e siècle, la création des personnalités dites *morales* ou *civiles* suit un autre chemin ; on voit ces groupements spontanés chercher à acquérir une puissance en se modelant sur le type de l'individu abstrait et en essayant d'en avoir tous les pouvoirs, « droits de l'homme et du citoyen ». L'une d'elles a pris le dessus, au cours du xix^e siècle, la *société anonyme*.

★★

« Anonyme ». — c'est très expressif ; tandis qu'une des caractéristiques sociales de l'individu, c'est d'avoir un nom, cette société ne veut pas de nom.

Tout en n'ayant pas de nom, cette société finit par jouir tout de même, dans la coulisse, de tous les droits de l'homme et du citoyen. Elle peut tout faire et elle peut le faire avec d'autant plus de force et d'impunité qu'à certains égards elle n'existe pas. Plus elle se développe, plus elle acquiert d'importance, moins elle existe, en ce sens que moins on peut la saisir, et moins on peut la comparer à cet homme vivant dont elle prétend avoir tous les pouvoirs, sans en avoir les risques et les responsabilités.

Tableau assez curieux

Prenons notre petit pays belge. Nous avons une existence, dans les cent années qui viennent de s'écouler, marquée par notre évasion hors l'agriculture. A la culture du XVIII^e siècle — ordinaire de la vie — les Belges étaient des paysans courbés l'année entière sous leur clocher et sur leur bêche. Aucun horizon politique, économique ou autre, si ce n'est celui du tout petit marché local. A ce décor se substitue, au XIX^e siècle, sous le régime hollandais déjà, mais surtout depuis 1830, une poussée industrielle dont le charbon, notamment, et la vapeur représentent l'élément intéressant, actif, économique.

C'est en Belgique, des houillères du Hainaut et du pays de Liège que sortent des condottiers industriels et politiques ; qu'ils s'appellent Rogier, Frère-Orban ou Bara, ce sont gens du pays wallon. Ayant derrière eux, pour asseoir leur influence politique, des sociétés industrielles groupes de famille où, pour la facilité de la réunion des capitaux, on a pris la forme anonyme, sociétés par actions propices aux entreprises plus étendues, capitaux multiples que des familles isolées, quelque riches qu'elles soient, ne veulent plus consacrer entièrement à des objets aléatoires.

On a fait tous les chemins de fer en Belgique avec les capitaux de ceux qui eurent foi dans ce nouveau moyen de locomotion, dans les répercussions prospères de ces transports sur l'activité économique. Ils pouvaient se tromper. Il y a dans cette histoire, comme dans celle de toutes les industries, des pages de prospérité et d'autres de détresse ; dans l'ensemble, c'est un succès ; on porte au loin l'expansion industrielle ancrée au port d'attache du pays noir ; les entreprises se font étendues et lointaines ; on sort de son trou pour explorer toute la planète. Et plus cette expansion se fait, plus la société anonyme acquiert d'importance, et plus aussi son caractère se modifie. Cette institution qui a joué économiquement un pareil rôle coïncide avec le développement des institutions politiques. Ce sont des Anglais qui sont les premiers concessionnaires de nos chemins de fer, ce sont des Anglais aussi (Cockerill) qui mettent les premiers en marche notre métallurgie et nos charbonnages, et prennent la Belgique, au-delà du détroit, comme terrain de colonisation. Les institutions politiques anglaises deviennent dans une large mesure les nôtres ; elles étendent à la sauce anglaise sur toute l'Europe leur parlementarisme, de même qu'on voit les redingotes anglaises, les habits anglais, les modes anglaises ; tout cela va de pair.

La mode juridique, c'est la même chose. On a un droit d'une certaine

espèce, à un moment donné, comme on a un chapeau haut de forme ou un chapeau mou. Tout cela se tient, et quant à la société anonyme, on la voit s'angliciser curieusement.

Voilà un individu abstrait qu'on a doué de personnalité et qu'on fait fonctionner comme un Etat, car pour lui donner plus de puissance, il est conçu exactement sur le modèle d'un Etat. Il a une Assemblée générale, qui est son corps électoral. Il a des électeurs de plusieurs degrés suivant les types d'actions qu'ils détiennent ; un conseil d'administration qui est un Gouvernement et doit rendre compte au pays qu'il administre ; ses électeurs dans les assemblées générales où on doit prononcer des harangues, où il y a une opposition avec un chef qui cherche à renverser le parti qui conduit la société, prétend-il, à sa ruine, jusqu'au jour où, ayant pris sa place, l'opposition d'hier fera exactement la même chose.

Cette société anonyme est un sujet de droit qui a mis la main à son profit sur la contrainte de l'Etat et qui l'exerce puissamment, c'est-à-dire sans responsabilité. Là où il y a responsabilité apparaît aussitôt la faiblesse.

Voilà le modèle, et ce modèle anglais, celui de la société anonyme, nous vient bien à point pour retourner à notre point de départ et montrer le pullulement du collectif. Si on a voulu donner à un groupe d'hommes, à une bande, la société anonyme, tous les droits de l'homme et du citoyen, elle a reçu en même temps le minimum de responsabilité, le maximum de pouvoirs et le maximum d'argent, en faisant appel au crédit. On constate encore qu'avec le temps la société anonyme, qui à l'origine était chez nous la société de famille agrandie du pays wallon, dont nous avons parlé tout à l'heure, s'est totalement transformée, surtout à partir du moment où elle s'est plongée dans l'abîme sans fond qu'on appelle la Bourse.

★★

Combien y avait-il d'actions dans une société d'autrefois ? Quelques centaines, dans quelques mains. Avec le développement de l'institution, c'est par milliers que pullulent les actionnaires d'une seule affaire et leur attitude, leur rôle, leur manière de concevoir cette espèce d'Etat dont ils font partie n'est plus celle du début, exemple qui va nous mener à d'autres. Les administrateurs et les actionnaires de la bonne vieille société de famille étaient attachés à celle-ci. Si l'entreprise, sans périliter, traversait une crise, ces bons et loyaux actionnaires faisaient personnellement des sacrifices pour venir en aide à leur entreprise commune. Ils essaieront de la maintenir et, au besoin, ils lui donneront plus d'argent pour la faire prospérer davantage. Bref, ils l'entourent de leur fidélité, tandis que, à partir du moment où la société anonyme, avec son pullulement d'actions, est arrivée sur le marché, de la banque d'abord, de la bourse ensuite, vaste mer, océan sans bords, il n'y a plus d'abnégation mais seulement de la cupidité. Qu'est-ce que cet actionnaire nouveau style ? Quelqu'un qui ressemble aux bookmakers et aux turfistes : leur seule préoccupation c'est d'avoir cette singulière chose qu'ils appellent des « tuyaux ». Ils achètent une valeur, mais ils ne savent même pas ce que c'est. On leur a dit Batangara, Soengei, Brazilian Traction, ou tout ce que vous voulez. Ils ne savent pas sous l'empire de quelle législation ou dans quel pays cela se trouve. On leur a su-

surré que cela allait monter et ils en achètent pour, excusez ma comparaison, « faire une passade » et s'en aller. Ayant joui du bénéfice, ils abandonnent une affaire à laquelle ils ne s'intéressaient que pour l'écrémer. Si une société est réputée « aller bien » ou si d'ingénieux financiers, qui sont dans la coulisse, ont l'art d'en faire miroiter les bilans, ils lâcheront dans la masse des esprits crédules le « tuyau », pour se débarrasser, avec gros bénéfice, du portefeuille qu'ils ont acquis à bas prix. Ainsi, ils exerceront cette industrie financière qui est le « nouveau cours » de la société anonyme. Nous sommes loin de la personne civile, l'individu abstrait, jouissant des droits de l'homme et du citoyen et faisant des actes déterminés par son objet social.

Les directeurs et les administrateurs de la société anonyme, qui sont dans la tourmente de la spéculation, en proie à la hausse et à la baisse des actions dont ils ont la direction et, dans une certaine mesure, la responsabilité, essaient de gouverner ces mouvements de valeurs comme ils peuvent. Pour tous les titulaires de titres de ce genre, que représentent ces morceaux de papiers ? Est-ce vraiment une part d'amour, un mariage de passion avec l'entreprise à laquelle ils sont momentanément, très momentanément attachés ? Non. Pour eux, c'est une « passade », occasion de faire un gain et de filer avec le bénéfice personnel qu'ils peuvent râfler à la faveur des événements. Leur patrimoine se compose, ainsi, d'une suite de mouvements ondulatoires, profits ou pertes, mouvements de leur patrimoine, notion générale et commerciale du bilan, chose fragile, valeur instable, qui, à un moment donné, peut être considérable et, quelque temps après, être réduite à rien par le dynamisme, hausses et baisses, des marchés économiques, dont ils sont, eux, les maîtres. C'est là qu'est le moteur, et non plus dans l'individu ; le sujet de droit n'est plus celui que nous avons représenté au début, notre archer de l'ancien temps, mais une armée confuse d'intérêts traversés de courants dans tous les sens et cependant gouvernés par des lois. Il y a en eux des moteurs qui entraînent ces intérêts, les groupent et les dirigent, sous cet aspect tumultueux, vers le but précis de leur intérêt. Quelle figure allons-nous donc dessiner du sujet de droit ? Déjà, en vous indiquant, il y a un instant, que l'essai d'agrandissement de l'individu abstrait en société anonyme avait été, et la faillite de cette transposition, et la puissance de la société anonyme, je vous disais aussi que cette forme de société avait recueilli le maximum de son succès par l'absence de toute responsabilité. Nous touchons ici à un point capital : la main-mise du sujet de droit sur la contrainte.

La société anonyme grandit en voulant se faire aussi grosse que le bœuf parlementaire, pareille à un Etat et, comme l'Etat, en ayant la puissance, la souveraineté, le bon plaisir, le privilège du Prince. Hélas, ce qui est sujet de droit dans le monde de maintenant, ce sont des puissances à la fois collectives et amorphes et qui mènent les autres. Il faut enlever leur masque pour montrer comment elles ne gouvernent les autres que dans la mesure où elles sont dépourvues de toute responsabilité.

Holdings, actions à vote plural, parts de fondateurs dans les sociétés d'il y a trente ou quarante ans, tout cela, c'est le même masque sur la même activité directrice et cachée des *puissances financières*. En face d'elles, de l'autre côté, il y en a d'autres qui, elles aussi, ne sont puissantes

elles-mêmes que dans la mesure où elles n'ont aucune responsabilité; ce sont celles des *travailleurs organisés*.

★★

Chacun des groupes financiers est à multiplicité immense d'actionnaires, et donnant le maximum de pouvoirs à ceux qui, dans la coulisse, font mouvoir tout le reste.

Un exemple curieux de ce système, le *Holding*, fait penser à ces boîtes qu'on nous donnait tout petits : c'était en apparence une très grande enveloppe, mais il y en avait une autre, à l'intérieur, plus petite, puis encore une autre dans celle-là et une autre encore, si bien que la boîte qui était au centre n'était pas plus grande qu'une noisette. Elle contenait le cadeau minuscule, déception de l'immense emballage pour une offrande dérisoire. Les holdings, c'est cela, avec cette différence que ce qui est au centre n'est pas négligeable, puisque celui qui détient le talisman mène et gouverne.

En face, dans le domaine ouvrier, même chose. Il y a là, encore maintenant, une sorte de lutte pour la conquête de l'irresponsabilité. Des ouvriers se sont associés; certains de leurs groupes ont des formes légales existantes; il y en a même qui sont entrés dans la société anonyme, mais chaque fois qu'ils revêtaient ainsi des formes juridiques qui donnaient prise contre eux, on assistait, dans la mesure où cette prise était possible, à une diminution d'activité, de vitalité et d'avenir. A création ouvrière devenue trop vite juridique succédait, à côté, une autre viable et ayant une forme moins saisissable. Au bout de quelque temps, voulant faire à ces institutions le cadeau de la personnalité civile, on s'appliqua, dans la meilleure intention du monde, à recouvrir d'un vêtement légal cette deuxième initiative. La première n'avait pas réussi — prenons en exemple de ce phénomène d'avortement et de stérilité, la loi sur les Unions Professionnelles. Quant aux autres, quelles sont les associations ouvrières qui en ont « bénéficié » ? Celles qui ont tenté de le faire s'en sont assez mal trouvées, car les multiples conditions de surveillance et la responsabilité qui pesaient sur elles ont eu pour conséquence qu'après avoir fait une tentative dans cette direction, elles s'en sont retirées meurtries.

On a ainsi voulu soumettre des syndicats de toute espèce à la responsabilité civile ordinaire. Chaque fois, même phénomène : les syndicats auxquels était attachée une lourde responsabilité quelconque et qui s'étaient mis dans ce cas en achetant par exemple des biens immobiliers, solvabilité donnant prise réellement et efficacement à une action en responsabilité, se voyaient immédiatement désertés de leurs sociétaires. Pourquoi ? Parce que les biens qu'ils possédaient, gage de leurs créanciers éventuels, seule condition d'une action ouvrière efficace dans sa violence, était de ne donner prise à aucune espèce de responsabilité. Ce phénomène correspond, dans le domaine ouvrier, exactement à ce que nous venons de dépeindre chez les capitalistes, qui veulent avoir à la fois le maximum d'action et en même temps le maximum d'irresponsabilité.

★★

Quand on interroge la notion de l'Etat, phénomène analogue. L'Etat de droit, *Rechtsstaat*, disent les Allemands, c'est-à-dire l'Etat, construction juridique prise elle-même dans le réseau et les mailles de ses obligations

juridiques, d'un respect supérieur même à son existence, voit sa puissance et son pouvoir décroître, au lieu de s'accroître, dans la mesure où il est soumis à des responsabilités. Celles-ci croissant, la puissance effective de l'Etat disparaît. Elle était immense au temps où le Souverain agissait suivant son bon plaisir, où il était dans l'exercice de sa tyrannie, c'est-à-dire de son pouvoir. Mais à partir de l'heure où l'Etat n'est plus qu'un prétexte à responsabilités, sa puissance diminue et s'évanouit. Nous en arrivons à des situations indécises et blanches comme celles d'aujourd'hui où le pouvoir et l'intervention de l'Etat s'accroissent tous les jours, mais en même temps décroissent en proportion par la saignée des responsabilités.

Quels sont ceux qui manient la contrainte, même celle de l'Etat, sinon ceux qui réussissent à se saisir de ce qu'on appelle le « pouvoir », c'est-à-dire les « leviers de commande » de toute la société ?

Que peut-on tirer, comme conclusion, d'une observation de ce genre ? A propos de l'élément « contrainte » comme de l'élément « sujet de droit » qui essaie de s'emparer de la contrainte sociale à son profit, les sujets de droit sont désormais marée, foule, tumulte de droits individuels, sans puissance isolée, mais gouvernés par des courants généraux. Ce sont ces sujets de droit collectif, les maîtres qui surgissent avec une puissance et une activité à proportion de leur absence de responsabilité. Tant qu'ils seront en dehors de responsabilités et sans obligations légales qui leur seraient supérieures, ces sujets de droit collectif seront véritablement des moteurs de droit. Ils entraîneront à leur suite la masse des droits individuels qui, ne pouvant plus vivre isolés désormais, doivent exercer une fonction, être pris dans un mouvement, faire partie d'une bande ou d'un ensemble de forces qui est la force même et la vraie souveraineté.

Même jeu de puissance du côté des capitaux. Les sujets de droit sont ceux qui, dans les coulisses, font monter et descendre les cours de la Bourse. Le marché des capitaux entraîne toutes les puissances individuelles qui n'ont plus d'autre raison d'être que de les suivre. Comment, sans action permanente, vivre d'une vie particulière ? Il faut qu'elles suivent le fil du torrent à moins qu'elles aient la force, en s'associant, de constituer un courant opposé. S'il y en a qui font la hausse, leurs adversaires à la baisse doivent avoir d'abord la force de les réduire. Tel est le marché des capitaux que font mouvoir des sujets de droit qui, pareils à des belligérants, se saisissent directement de la contrainte sous toutes ses formes. En face, du côté du monde ouvrier, le travail offert sur le marché représente lui aussi une Bourse. Les salaires montent et descendent comme des actions. Ce marché du travail, lui aussi, est gouverné par des puissances collectives : les syndicats. Si une hausse de propriété entraîne un groupe de sociétés industrielles vers une marge de bénéfice plus considérable qui monte à la bourse des valeurs, le marché du travail va voir grandir, lui aussi, sa marge de possibilités ; les syndicats aussitôt demandent à en avoir leur part : hausse des salaires. C'est exactement comme si le travail était représenté par des coupures d'actions. Sont-ce les ouvriers individuellement qui auraient la puissance ou même l'idée de demander une augmentation de salaire ? A raison de leur existence isolée, ils n'obtiendraient qu'un refus, mais ils réussiraient coalisés, avec l'arme du droit de grève. Là aussi, *Polemos pater patrôn*, Notre mère la Guerre dont la force crée du droit. Au moment psychologique où l'entreprise capitaliste a besoin de leur concours,

s'ils exigent leur part dans le bénéfice éventuel, ils y seront reçus comme participants. Participation à une chance.

★★

Quittant l'élément « contrainte » et l'élément « sujet de droit », examinons ensuite « l'objet du droit », par exemple, le droit réel de propriété que nous avons pris comme exemple. L'orientation que prennent toutes les propriétés, sous quelque forme que ce soit, prend la même allure de loterie. Propriété mobilière : actions qui n'existent que pour servir de prétexte à des hausses et à des baisses à la Bourse. La propriété du morceau de papier qu'elles représentent, est-ce pour chaque titulaire l'exercice de l'ancien droit de propriété ? Est-ce un droit d'obligation ? Mais être titulaire d'un morceau de papier, qu'est-ce que cela représente ? Assez peu de chose, un fantôme, un symbole, une représentation, une espérance de ce que le marché des capitaux voudra bien y inscrire, en valeur, en hausse ou en baisse, à la Bourse.

Pour le marché du travail, même indigence du droit des obligations. Est-ce vraiment l'ouvrier qui offre son travail, conclut un louage de services avec son patron ? Pas du tout. Son travail, sans qu'il soit représenté par un morceau de papier, se trouve exactement dans la même situation que s'il était représenté par un titre, puisque son salaire, par l'intermédiaire de l'action collective du syndicat, monte et baisse dans la proportion de l'action collective et qu'ainsi, tout se traduit par des valeurs instables, aussi bien d'un côté que de l'autre.

Et si on interroge le droit politique et fiscal des pouvoirs publics, les éléments juridiques témoignent de la même révolution. La capacité active et passive du budget d'un Etat en donne le témoignage. Autrefois, le budget était représenté par des valeurs stables. On pouvait chiffrer, à peu de chose près, quelles étaient les rentrées actives et, par conséquent, y appliquer les sorties passives, les dépenses. Depuis vingt ou trente ans, mouvement anarchique, les budgets, eux aussi, montent et descendent. Pourquoi ? Parce que toutes les valeurs qui étaient l'objet du droit réel de propriété et semblaient fixes sont pareilles aux jeux des ludions. Tous les budgets d'Etats sont soumis à la même loi. Ainsi, droit de l'Etat, propriété immobilière, sont tout en fluctuation. On a mobilisé la propriété immobilière par des crédits hypothécaires qui la symbolisent et les obligations de ces sociétés voient monter et descendre, et leurs valeurs et la valeur immobilière, selon une ligne brisée de hausse et de baisse qu'on ne connaissait pas dans le temps, au moins avec pareille amplitude et fréquence.

Il y a dix ans, que valait une maison ? Que vaudra-t-elle l'année prochaine ? Valeurs qui ont perdu leur rigueur et leur stabilité. Prises dans le mouvement général des valeurs, elles sont élastiques. Nous arrivons ainsi à la conclusion que l'objet de droit, élément abstrait classique, présente donc les mêmes mutations que le sujet de droit, le fait juridique et la contrainte. L'institution juridique par excellence, avec son droit réel plein, la propriété, maximum de puissance et de stabilité dans la société, droit réel typique, est devenu instable. Cet objet de droit n'existe plus qu'en fonction sociale de son échangeabilité. C'est sa valeur qui est désormais l'objet des droits, valeur changeante, valeur en argent et même en espérance. Cette espérance est du crédit, créance ou participation. Alors que le

propriétaire d'un héritage immobilier d'autrefois se promenant sur ses terres avait devant lui, dans tout ce qu'il voyait, arbres séculaires ou constructions anciennes, l'image constamment présente, à chaque pas, d'un passé, dont la tradition accumulée en faisait la valeur, l'homme d'à-présent, considérant l'objet de son droit, ne veut plus regarder cette tradition. Au point de vue de la valeur et de l'utilisation sociale, elle ne représente rien d'immédiatement vivant. Il n'y considère plus que les possibilités d'en augmenter la valeur fut-ce en faisant entrer ce bien traditionnellement stable dans un flux d'instabilités, faites de risques, bénéfice ou perte. Dans ce jeu de valeurs que représente la société contemporaine ? Traditions anciennes et passé sont ainsi décrochés, en quelque sorte, des parois de musée auxquelles leur valeur traditionnelle était pendue, pour en fondre le métal et le jeter pêle-mêle au creuset des échanges.

**

L'objet du droit nouveau, c'est donc la *valeur d'échange*. Que représenterait pour un homme d'affaires d'à-présent un bien qui ne pourrait être échangé ? Supposez un diamant d'une taille colossale, mais qui, pour une raison quelconque — il y en a — ne pourrait pas être taillé, phénomène curieux qui ne serait pas susceptible d'être échangé contre un prix. Imaginez encore un géant d'une taille tellement grande qu'il ne pourrait entrer dans aucun édifice. C'est à peu près ce que représente un objet qui ne peut pas être échangé : dans notre société contemporaine, il ne représente plus rien.

Qu'est-ce que cela prouve ? Que, dans le sens qu'a, à nos yeux, la notion contemporaine de la valeur, ce qui en fait la puissance et la portée, c'est son maximum d'échangeabilité. On a fait des théories variées sur la valeur. On n'a pas, jusqu'à présent, ni dans les théories marxistes, travail seul élément de valeur, ni dans les théories de l'école autrichienne, bien psychologique qui répond à des désirs, mis en lumière le maximum de valeur par le maximum de circulation. Plus un objet peut être échangé vite et souvent, plus il peut circuler : son maximum d'échangeabilité est aussi sa valeur maxima.

Ce point de vue, les théories juridiques contemporaines le confirment. L'objet de droit s'uniformise. Il a tendu d'abord à être plutôt un droit d'obligation qu'un droit réel, un droit né d'un contrat ou d'un délit. Bientôt, il existe indépendamment des volontés des personnes qui le cueillent au passage. Quelle est la part de volonté que vous ou moi, si nous achetons une action, nous prenons aux cours de la Bourse ? C'est à cette mesure que se réduit le droit d'obligation ou de créance sur le marché des capitaux.

J'ai essayé de noter ce phénomène dans l'étude d'une classe nouvelle des droits, que j'ai appelés les *droits universels*.

**

Tout ce qui a été exposé ci-dessus tend, d'une part, à montrer que les éléments abstraits du droit classique ont évolué ; il nous reste à indiquer que la classification classique des droits est impuissante à répondre aux transformations de la Société.

Je vous ai dit que nous assistions à une évolution magique du phénomène juridique, que ceux qui en étaient les porteurs, les hommes pris à

part, ou individus, sont en grande partie dépossédés de leur pouvoir ; que le phénomène juridique, grandi, s'est étalé dans un décor de foule ; que ceux qui en sont les porteurs, ce sont des puissances occultes masquées, qui tirent la ficelle des phénomènes sociaux. Elles imposent leur mouvement à tous les individus qui s'en croyaient les maîtres : mouvement de capitaux sur les marchés, phénomènes qui ne modifient pas seulement ceux qui se croient encore les moteurs du phénomène juridique, les anciens sujets de droit, mais qui en modifient également l'objet. La propriété matérielle des objets n'est plus une propriété mais un rapport symbolique de valeur, valeur qui atteint son maximum de puissance ou de perfection, dans la rapidité avec laquelle ces instruments d'échange accomplissent leur fonction. Valeur qui est donc un symbole de circulation effectivement rapide, représentation d'une richesse qui n'est de plus en plus puissante que plus elle circule vite, en un plus grand nombre de mains.

Nous avons aussi parlé du fait juridique. Nous avons dit que cet élément, à l'origine engendreur d'un droit, avait acquis un aspect complémentaire. Le monde suspendu des idées juridiques que dégelait chaque naissance d'un droit et qui, ainsi dégelé et descendu, se travestissait aussitôt dans la vie juridique, s'est profondément transformé depuis cent ans. Ce qui était l'empyrée de la législation, autrefois archétypes immobiles, absolus, est devenu jurisprudence aujourd'hui. Une jurisprudence variable avec les esprits de chacun de ceux qui essaient d'appliquer leur commune mesure de valeur aux phénomènes qu'ils ont sur la table de leur tribunal, sous le bistouri de leur dissection juridique.

Nous avons dit que ces phénomènes ainsi profondément modifiés depuis cent ans, tant dans les objets et les porteurs de droit que dans les faits juridiques aboutissaient à une conception de droit nouvelle. C'est de celle-ci que je veux, en terminant, dire quelques mots.

Dans la définition du droit par laquelle nous avons débuté ci-dessus et où nous avons noté comme élément essentiel l'*objet*, nous avons dit que le droit romain divisait les droits, suivant leur objet, en trois catégories : les droits *personnels*, c'est-à-dire ceux qui ont pour objet la personne de l'homme (type de droit personnel, par exemple le droit de vote) ; le droit *réel*, celui qui a pour objet des choses extérieures et dont l'aspect de plénitude parfaite et classique est le droit de propriété ; et, enfin, les droits d'*obligation*, ceux qui ont pour objet une prestation à accomplir par une autre personne, laquelle s'est engagée, par exemple à fournir un objet (contrat de vente ou d'achat), ou à en garantir l'usage et la jouissance (contrat de location ou de bail).

De ces trois éléments nous avons dit, incidemment, que les droits d'obligation avaient, dans la période moderne, pris un très grand développement. En effet, depuis deux ou trois cents ans, les prestations que les hommes s'engagent à fournir dans le domaine des contrats, les uns vis-à-vis des autres, ont considérablement augmenté, et le libéralisme des conventions, avec l'utopie des volontés libres débattant l'objet du contrat dans une égalité théorique de situations s'est évanoui.

Cette métaphysique juridique a donné au droit obligationnel un développement formidable. Tout le XIX^e siècle, sa floraison économique et juridique extraordinaire est à base contractuelle et d'obligation.

Nous avons insisté aussi sur le caractère nouveau que prenaient des

volontés, qui n'étaient plus libres, sur des situations imposées aux contractants, par des puissances supérieures.

Nous avons ainsi pénétré dans un nouveau monde de vaste droit administratif, où la volonté des contractants est remplacée par des prestations imposées par les circonstances ; règlements, ensemble de phénomènes juridiques, dont l'Etat est souvent le porteur, et plus souvent encore de nouvelles formes d'institutions publiques qui substituent la *Nation* à l'Etat.

A côté de ces trois catégories de division des droits selon l'objet, les théoriciens, et particulièrement deux entre eux, un théoricien allemand Joseph Kohler, et un théoricien belge, Edmond Picard, ont voulu ajouter une quatrième catégorie, les *droits intellectuels*.

★★

Dans le droit intellectuel, l'objet direct du titulaire n'est plus, comme dans la propriété, un objet matériel ou, comme dans le droit d'obligation, un acte précis à exiger du débiteur : l'objet est une idée, qui ne tombe pas sous la matérialité des sens.

Avant que cette distinction apparût et qu'on essayât de faire du droit intellectuel quelque chose d'autonome et d'indépendant, les règles qui régissaient toutes les formes de la pensée se rattachaient au droit de propriété. Dans les expressions dont nous nous servons encore, on voit couramment celle de *propriété* intellectuelle, *propriété* artistique et littéraire, *propriété* scientifique, *propriété* industrielle, *propriété* commerciale ou culturelle. Ces appellations embrassent un champ d'activité étendu et varié. De la propriété artistique et scientifique à la propriété commerciale, il y a bien assez de chemin à parcourir.

On a commencé par vouloir faire de l'idée une propriété matérielle. Au début, elle était attachée à une chose. Un artiste faisait un dessin. Il vendait le papier. L'acheteur acquérant la matérialité de l'objet, on en concluait — conséquence, dans les théories du temps, inévitable — que l'idée de l'artiste, la valeur intellectuelle du chef-d'œuvre suivait la cession de l'objet matériel. L'acquéreur du tableau l'était en même temps de l'idée. Or l'évolution du droit intellectuel, en ce qui concerne l'art et la science notamment, a maintenu un lien entre l'artiste et son œuvre, même quand il s'est dessaisi de la matérialité de l'objet. Quelqu'un qui a acquis un tableau, l'eut-il payé fort cher, peut-il le détruire sans que l'artiste puisse lui demander compte de sa destruction ? Si vraiment la propriété de l'objet matériel enfermait la totalité du pouvoir juridique sur l'idée, on répondrait par l'affirmative. Mais s'il y a, en dehors du droit de propriété matérielle, entre l'auteur et son œuvre, indépendamment de la cession matérielle de celle-ci, un droit intellectuel indépendant ? Pour défendre notamment l'art et les artistes, on a mis en lumière cette indépendance de l'idée vis-à-vis de sa représentation et du commerce matériel de celle-ci.

On s'est alors appliqué à faire pour cette nouvelle construction ce que nous avons déjà eu l'occasion de déceler pour la société anonyme. Nous y avons vu qu'on a essayé de projeter la construction de l'individu abstrait dans le domaine collectif de la société et de la personnalité civile. La société devenait un vaste individu, et l'Etat un individu plus vaste encore. Pour la propriété artistique, par exemple, et pour les droits intellectuels, le comportement a été semblable. On a commencé d'appliquer les règles de l'individu

vis-à-vis du droit réel, faisant de l'idée et du droit intellectuel une suite de la propriété sur l'objet matériel en voulant à tort lui appliquer les mêmes règles.

On s'est alors aperçu que cela n'était pas plus exact que pour la société anonyme, qu'il y avait une série de facteurs indépendants de l'auteur du chef-d'œuvre et qui ne lui appartenaient pas. Un artiste n'est pas plus le maître absolu de son œuvre, que le propriétaire de l'objet matériel n'était le maître absolu de cet objet matériel vis-à-vis duquel l'artiste conservait certains droits. On est allé plus loin, l'auteur d'un chef-d'œuvre, est-ce qu'il l'a voulu de sa seule volonté ? Quels sont les facteurs qui s'imposent à lui ? Que doit-il à ceux qui lui ont enseigné son art ? Au milieu dans lequel il vit ? Robinson dans une île déserte, l'eut-il produit ? Peut-il, en conséquence, disposer d'une manière absolue d'une idée qui ne lui appartient que dans la mesure où, obligé par les événements, il en a été l'historiographe. On en est ainsi arrivé à dire que dans le droit intellectuel il y avait autre chose que le rapport de l'auteur en titre sur son idée, sur son chef-d'œuvre et que l'Etat, la société, ceux qui faisaient commerce et profit des œuvres en question, multipliées, par exemple, par l'édition à un très grand nombre d'exemplaires, constituaient des facteurs qui prenaient place dans la construction du droit intellectuel à l'égal de l'auteur lui-même. N'en étant nullement le créateur complet, il ne peut se passer du concours des autres. La conception du droit intellectuel a ainsi évolué de l'individuel au collectif elle aussi. Il en est de même pour les autres formes, droit industriel, brevets, marques de fabrique, dessins et modèles, et enfin, pour la propriété commerciale et culturelle, domaines tout récents, extrêmement foisonnants et fermentants.

Des syndicats de fermiers et de commerçants réclamant le droit à leurs fonds de commerce ou de culture ne veulent pas qu'il demeure comme autrefois, une annexe du bail. On louait une maison, dans une rue marchande, pour 3, 6, 9 ans. Au bout de 9 ans on expulsait le négociant à moins qu'il ne payât au propriétaire une dîme représentée par l'achalandage prospère de la maison dont il avait, lui, commerçant, été probablement l'artisan principal. En vertu de cette idée, la rente, la hausse provenait du droit réel de propriété considéré comme centre de tout. Le locataire d'un immeuble était l'accessoire, l'immeuble le principal. Les efforts du commerçant évincé profitaient à d'autres, locataire suivant, propriétaire dont le bail se voyait grossi par la valeur de l'achalandage.

Les commerçants, les fermiers demandent qu'on reconnaisse ce qu'ils appellent leur « propriété ». Ce n'est pas de la propriété, pas plus que la propriété intellectuelle ou la propriété artistique. Là aussi des éléments variés et une organisation collective, elle aussi, des intérêts, a donné naissance à des formes de commerce qui sont standardisées et indépendantes du milieu où ces commerces s'exercent. Alors qu'auparavant elles étaient l'accessoire de l'immeuble, de grandes maisons étendent sur un pays entier le peuplement de leurs magasins de détail. Le fait de ces organisations centrales substitue, à la valeur de chacune des maisons où le petit commerce de détail se faisait, une valeur d'ensemble dont l'importance et le caractère sont transformés. Ceux qui y participent, quel est leur caractère et leur variété ? Le propriétaire reste un participant. La valeur, le zèle, la ponctualité du commerçant, toutes les qualités mercantiles qu'il peut avoir, y ont aussi

une part. Il y a encore l'endroit où ils sont situés, la rente commerciale, analogue à la rente foncière, le pas de porte, donnant importance à l'achalandage.

★★

Ce sont des *parts* qui jouent dans la nouvelle construction juridique, chacune de ces constructions n'est plus un être à une tête, mais un monstre polycéphale.

Ce qui est commun, *en participation*, à toutes ces formes de droits : intellectuel, industriel, commercial, cultural, l'est encore plus devant une notion centrale qui devient, à l'heure présente, le grand objet de droit, d'échange et de valeur. Cette notion est celle du *patrimoine*.

Qu'est-ce qu'un patrimoine ? Un patrimoine, ou une fortune, notion juridique qui a évolué depuis cent ans, fut en sa notion ancienne développée par Aubry et Rau, grands représentants de l'individualisation des fortunes. Leur point de vue c'est que le patrimoine d'un homme n'est que son ombre. La personnalité est l'essentiel, le patrimoine l'accessoire. Depuis les deux jurisconsultes strasbourgeois, l'évolution juridique du XIX^e siècle a profondément transformé le patrimoine. Il a aujourd'hui une existence propre indépendante de la personnalité de son titulaire.

De quoi se compose un patrimoine ? De choses multiples réunies momentanément, valeurs de tous genres, immeubles, meubles, valeurs d'échange et valeurs d'usage. Ces valeurs bigarrées sont réunies les unes aux autres par la personnalité du titulaire, si c'est un homme. Au début de la vie, au début de la formation d'un patrimoine individuel le point de vue d'Aubry et Rau, la thèse que l'homme est l'essentiel et le patrimoine l'accessoire, est souvent exacte.

Au début de la vie, on n'a généralement qu'un patrimoine fort restreint. Le pécule de l'enfant grandit avec l'existence. Si cette personnalité prospère, le patrimoine augmente. La fortune fait les fortunes. Au bout d'un certain temps, l'ensemble des objets dans la possession, — plutôt que la propriété — d'un même titulaire devient si considérable que celui qui pouvait être considéré au début comme le maître réel et véritable de son patrimoine, le voit se transformer en un véritable esclavage. Avec l'intensité et la variété des biens, celui qui en est le titulaire n'est plus que leur gérant. Arrive-t-il à se retrouver dans cette multiplicité de lutins, farfadets ou démons qui l'assiègent s'acharnant à le troubler pour travailler avec lui à l'augmentation de ce patrimoine qui foisonne et fermente ? Ces génies multiples qui sont ainsi en travail dans tout patrimoine, par les nécessités même de son administration, arrivent à faire de celui qui a le patrimoine le plus riche, un pauvre qui n'a plus de liberté du tout, servage à maigre puissance personnelle. Pareil patrimoine tient debout en quelque sorte tout seul.

Celui qui le fait mouvoir, n'est plus, en réalité, que le pantin des différentes fonctions que ce patrimoine doit accomplir. Fonctions professionnelles, fonctions agricoles, gérance de biens, nécessités foncières de l'administration d'un héritage immobilier : les buts à accomplir vont imposer à celui qui en est momentanément le titulaire un ensemble forcé de services.

Le patrimoine y apparaît comme une action totale dans laquelle un ensemble de biens est dirigé vers un but par une fonction.

La plupart des patrimoines, du reste, sont indépendants de la fortune individuelle. On a beaucoup discuté sur le sens de la personnalité civile. On a dit que les sociétés n'ont le droit de gérer des biens d'une manière indépendante de l'Etat que si elles en ont reçu cette personnalité : théorie romaine. Mais à cette théorie en a succédé une autre qui montre le même jaillissement, la même fermentation des patrimoines, qui se constituent par leur seul fonctionnement pour exercer un service social déterminé : personnalité fragile, dans laquelle ceux qui s'y succèdent ne sont plus que les gérants d'un ensemble de biens.

Toutes les grandes concentrations capitalistes prennent de plus en plus ce caractère. Ce sont d'immenses collections de valeurs d'échange conjuguées les unes aux autres pour l'augmentation d'un patrimoine déjà très étendu et la prolifération constante des valeurs d'échange qui le composent. Quand on examine ce moderne patrimoine, on le traduit par une valeur comptable. Tout, dans la formation juridique contemporaine, prend cette forme de la comptabilisation de valeurs, valeurs actives et passives. Un patrimoine, ce n'est pas tel et tel objet, c'est le bilan qu'on peut en faire, ou la situation qu'on peut en dresser à un moment précis : situation qui est soit active, soit passive et qui n'empêche pas le patrimoine de reprendre et de continuer son activité naturelle jusqu'à faillite, mort ou liquidation complète.

**

Cet aspect de comptabilité se traduit par une institution juridique encore mal définie en droit mais qui prend en ce moment un développement formidable surtout dans le domaine du droit bancaire. Ce sont toutes les formes et toutes les applications dérivées dont le *compte-courant* est le fondement. Le compte-courant est une succession continue de valeurs compensées entre deux ou plusieurs personnes, continuellement constituées débitrices et créancières l'une de l'autre et se traduisant, à un moment donné, par une balance.

Cette forme dans toutes ses variétés est une force juridique nouvelle qui remplace la plupart de celles que nous avons rencontrées et notamment celles de la propriété (droit réel) ou du mandat (droit d'obligation). Pourquoi ? Parce que la valeur a changé, que le droit, de civil, est devenu économique et que nous touchons ici au point essentiel par quoi ce nouveau droit économique se distingue du droit civil d'autrefois. Il avait, il a encore comme objet la valeur d'usage des biens et point leur valeur d'échange. L'échange même de leur valeur est l'expression de cette valeur, la rapidité et la complexité croissantes de ces échanges font de la valeur ; cette instabilité, ce changement, ce développement constants, voilà le point qui distingue le droit économique d'à présent du droit civil d'hier.

Il s'affirme en ce que sa valeur d'usage est une valeur où le passé représente l'essentiel. Il est là. On n'y touche pas. L'usage en laisse la substance intacte. On ne fait que prendre les intérêts du capital. Celui-ci demeure sans atteinte. Dans la conception nouvelle, le point de vue intéressant est de reproduire du passé vers l'avenir et l'essentiel de faire, avec une valeur déterminée, le plus grand nombre d'échanges et le plus grand nom-

bre de transformations en escomptant celles-ci et en donnant à leurs valeurs successives non seulement une valeur présente, mais une valeur totale d'avenir. Le crédit sous toutes ses formes constitue donc, en face du droit civil, le phénomène le plus caractéristique du droit économique. Ces anticipations du crédit sont particulièrement vivantes dans un certain nombre de matières. Je dois me borner pour l'illustrer, à en prendre une à laquelle on ne pense guère, celle des transports et particulièrement des transports maritimes.

**

Ces transports, autrefois, étaient traduits par un contrat d'affrètement, contrat de bail. De même que le bail de la maison de commerce dont nous parlions plus haut, on louait un navire. De cet affrètement est né le transport maritime, sous forme d'un engagement d'amener une marchandise d'un point à un autre.

Premier élément : engagement pris, par exemple, par l'armateur, le propriétaire du navire ou son capitaine et, à côté, conjugué avec l'autre et presque inséparable de celui-ci, un contrat de vente, par exemple CIF ou CAF, c'est-à-dire coût, assurance et fret, dans lequel on voit circuler une marchandise avec, compris dans la vente, l'assurance, le fret et les débours. Il permet, par la cession du titre représentatif de ce transport, qui s'appelle connaissement, est à ordre et peut même être en blanc, de circuler de mains en mains. Titre sur lequel on spéculé, il permet d'acheter une cargaison de blé qui se trouve en plein Océan Atlantique, quittant le port de Buenos-Aires pour l'Europe. Pendant le temps qu'elle vogue, elle passe quelquefois en plusieurs mains à l'aide du symbole représentatif d'un crédit, car la cargaison n'est qu'un prétexte à faire des opérations de bourse et l'essentiel des opérations, c'est la filière des ventes. Les cargaisons innocentes qui voguent sur l'Océan traversent ainsi une mer d'opérations juridiques invisibles qui les transforment chaque jour, sans que ceux qui les conduisent s'en doutent. Quand le capitaine arrivera au port de destination, qui ne sera peut-être pas celui qu'on lui avait indiqué au départ (on lui aura donné par T. S. F. l'ordre d'aller dans un port différent), il se trouvera en présence d'un acheteur inconnu. Opérations qui, les unes et les autres, sont couvertes et doublées par des sociétés d'assurance, de telle sorte que si une perte survient ou une liquidation de toutes pertes, ce seront des clearings qui opéreront toutes ces liquidations, dans un petit rez-de-chaussée au cœur de la City ou dans Wall Street à New-York.

Il est impossible de régler le crédit maritime qui revêt pareilles formes, sans respecter l'ensemble et l'unité de ces opérations variées qui ont un but unique. Le droit maritime dont l'évolution garde l'empreinte du droit individuel classique n'a pas encore réussi à faire prévaloir pleinement, pas même dans le connaissement direct, cette unité de fonction, qui met la substitution et la subrogation réelles à la base des opérations successives qu'accomplissent ensemble crédit et transport, et qui relèvent, d'après moi, d'une cinquième subdivision des droits, selon leur objet : après les droits personnels, réels, d'obligation, et intellectuels : LES DROITS UNIVERSELS.

**

Je crois que le droit économique en formation se développera plus aisément par cette catégorie complémentaire basée sur la valeur d'échange.

Comme son analyse détaillée prendrait beaucoup de temps, je me borne à reproduire les conclusions de mon *Traité des Pandectes Belges* (v° *Universalité de biens en général*, n° 597).

« Enumérons donc les caractéristiques principales de ces droits universels :

1° Ces droits patrimoniaux ont pour objet des valeurs inconsumptibles et fongibles ;

2° Ils sont indivisibles en ce qu'ils ne sont que des quotités idéales de l'ensemble qui les réunit ;

3° Cet ensemble est marqué par la fin ou cause finale qui réunit les biens ou valeurs en une action sociale commune ;

4° Cette fin constitue en communauté indivise la somme des biens particuliers en tant qu'ils sont au service de la fonction sociale qu'elle détermine ;

5° Cette fin est atteinte par une institution abstraite, souvent un droit intellectuel, qui réagit sur les biens particuliers pour les transformer en valeurs nouvelles ou d'échange ;

6° Les valeurs d'échange ont un caractère de potentiel en ce qu'elles ont comme objet de droit universel, l'échange de valeur contre valeur nouvelle, c'est-à-dire du droit économique ou vivant ;

7° Le droit économique, dynamique ou vivant, se distingue du droit simple à l'état statique ou mort, en ce qu'il a pour objet la continuation d'une fonction, où le droit prolifère, tandis que le second se termine par l'usage, la consommation ou la liquidation du droit ;

8° Cette mutation de valeurs individuelles en valeurs sociales implique l'intervention d'un élément constamment renouvelé de nouveauté, qui maintient la fermentation du complexe universel. Cette valeur se forme par la succession des actes et sous le signe du temps ;

9° Cette nouveauté est liée à la fois aux nécessités patrimoniales de l'universalité telle qu'elle est conçue et à l'intervention physique, essentielle, et toute personnelle, du gérant de ces droits universels : LE SUJET DE DROIT qui tend à se saisir de la contrainte pour l'accaparer à son profit. »

LES REPERCUSSIONS ECONOMIQUES DE LA LEGISLATION FEDERALE DES FAILLITES AUX ETATS-UNIS

Par Charley DEL MARMOL,

*Agrégé de l'Enseignement supérieur en droit commercial
Associé du Fonds National Belge de la Recherche Scientifique,
C. R. B. Educational Foundation Graduate fellow 1936-1937.*

Après avoir présenté une vue d'ensemble des réactifs qui font apparaître l'originalité de ses prémisses, nous examinerons la courbe évolutive du droit fédéral de la faillite aux Etats-Unis en relevant ses trois principales gradations :

1. L'institution de la faillite, méthode légale d'annulation des dettes ;
2. L'institution de la faillite, élément régulateur de la vie des affaires ;
3. La prévention de la faillite, instrument de reconstruction économique.

La plupart des faits et citations historiques repris dans cette contribution ont comme source un livre récent publié par Harvard University Press « *Bankruptcy in United States History* » (1935) dont l'auteur, Charles Warren, est une autorité de l'histoire du droit constitutionnel américain.

Parmi d'autres clauses d'attribution du pouvoir réglementaire destiné à contrôler le commerce entre les Etats, la Constitution américaine de 1787 (art. I, sect. 8, par. 4) a donné au Congrès la mission et le privilège de promulguer des lois géographiquement uniformes sur les faillites. Au sein du petit cénacle formé par les Constituants, la nécessité de conférer au pouvoir fédéral le droit de réglementer les faillites ne paraît pas avoir été mis en doute ; seul Roger Sherman, de l'Etat de Connecticut, exprima la crainte de voir un Congrès édicter, par analogie avec l'ancien droit anglais, une loi autorisant le créancier à demander la mise à mort de son débiteur. Par suite de leur situation sociale, les pères conscrits avaient sans doute, comme on l'a écrit, un intérêt pécuniaire personnel à priver les Etats du pouvoir d'affaiblir la force obligatoire des contrats. Mais il ne semble pas improbable qu'ils se soient laissé également guider et inspirer par la nécessité de promouvoir l'expansion économique de la jeune Nation, quand on lit cette réflexion de l'un des leurs écrite dans le *Federalist* : « Le

pouvoir d'établir des lois uniformes des faillites est si intimement lié à la bonne marche du commerce entre les Etats et préviendra tant de fraudes dans l'hypothèse où les biens du débiteur se trouvent dans différents Etats, que son opportunité ne paraît pas devoir être contestée ».

Cependant, ces reliques du passé furent des éléments bien pauvres pour éclairer les membres du Congrès et les juges de la Cour Suprême sur l'interprétation à donner à la clause concernant les faillites ; la portée de celle-ci fut longtemps débattue et souvent mal comprise. De nos jours, certains points de droit ne sont plus que rarement discutés ; la jurisprudence est constante sur l'emploi des mots « *uniform* » et « *bankruptcies* ». Les litiges discutant la constitutionnalité de la loi des faillites soulèvent l'interprétation d'autres clauses constitutionnelles comme celle du « *due process of law* », et les décisions de la Cour Suprême s'efforcent de déterminer, en fait, les limites à la privation ou à l'affaiblissement des droits acquis (*vested rights*) des citoyens au delà desquelles le Congrès n'est plus admis à intervenir, même sous prétexte d'urgence extrême (*emergency*) ou de rénovation économique.

Au cours du XIX^e siècle, le Congrès édicta quatre lois réglementant les faillites ; la dernière, datant de 1898, est encore en vigueur à l'heure actuelle. Ne manquons pas, dès le début de cette description de la progression du facteur économique dans l'histoire du droit de la faillite aux Etats-Unis, de partir au point mort, sans idées préconçues, et en détachant provisoirement nos yeux du tableau de l'évolution de la même institution en Angleterre et dans les pays de *civil law*. Il est sans doute permis de gratifier les Constituants d'une bonne connaissance de la *common law* ; dans la suite même, au cours des discussions préparatoires au vote de chaque statut fédéral des faillites, il ne fut pas rare d'entendre des membres du Congrès se référer à la loi anglaise en vigueur à l'époque et, parfois, à certaines dispositions des lois des pays de droit civil. Mais, malgré des points de contact apparents avec d'autres systèmes, et particulièrement avec le droit anglais, il faut écarter l'idée d'un droit de la faillite américain établissant ses prémisses et construisant sa politique juridique dans l'ombre d'une réglementation étrangère.

La clause constitutionnelle relative aux faillites ne fut pas inscrite dans la Charte fédérale pour faire place à une ornement du passé, transmis dans le Nouveau Monde avec l'accompagnement de ses attaches lointaines ; l'institution elle-même ne se développa nullement en suivant le sillon précédemment creusé par les forces conjuguées de la tradition romaine, de la doctrine de l'Eglise et des exigences du commerce médiéval. Quelles sont donc les influences qui, pendant de nombreuses années, au cours de ce premier siècle d'histoire des Etats-Unis, vont donner à la progression du droit de la faillite un caractère original et personnel ?

Au milieu de luttes sociales, de problèmes de classes, dressant les uns contre les autres, planteurs des Etats agricoles du Sud et pionniers de l'Ouest contre les potentats du commerce et de l'industrie naissante des Etats du Nord et du Nord-Est, ou, si l'on veut, plaçant face à face une classe de débiteurs ayant emprunté pour faire fructifier des terres ou améliorer des régions nouvellement découvertes, et un groupe de créanciers capitalistes ayant financé ces entreprises et cherchant à se couvrir contre les pertes éventuelles que des tendances politiques anarchistes rendaient

probables ; devant l'immensité d'un territoire, où l'absence de moyens rapides de locomotion ne permettait pas encore une juste appréciation des besoins des Etats éloignés et où les éléments radicaux avaient beau jeu d'accentuer le divorce entre le Gouvernement fédéral et les représentants des Etats par des insinuations dont la véracité était sujette à caution ; en face de *débats de droit constitutionnel*, mettant en discussion les pouvoirs du Congrès d'édicter des lois d'insolvabilité au même titre que des lois de faillite, des lois applicables aux non-commerçants comme aux commerçants, et disputant les droits réservés aux Etats de promulguer, en l'absence de statut fédéral, des lois accordant aux débiteurs la libération d'engagements antérieurement contractés ; en présence de *compromissions et de marchandages politiques*, comme ceux qui présidaient au « passage » de la loi des faillites de 1841 où les votes d'un parti furent acquis en compensation d'une concession du clan adverse à l'égard de la loi sur la distribution des territoires appartenant au Gouvernement ; sous le couvert de *contingences électorales*, tantôt empêchant, à l'approche d'un renouvellement présidentiel, la discussion au Congrès d'un projet de loi uniforme des faillites de peur de provoquer le mécontentement de certaines classes de la population, ou bien suscitant, dans des périodes de dépression économique, de multiples initiatives en faveur des débiteurs afin de s'assurer leurs votes, en butte, et souvent submergée par eux, à tous ces courants d'inégale importance apparaît l'institution de la faillite fédérale aux Etats-Unis, à l'origine et pendant une longue tranche de sa courbe progressive.

Ces forces que nous venons d'énumérer montrent bien pourquoi le Congrès mit plus de dix ans avant d'édicter la première loi des faillites ; elles expliquent ces tâtonnements, ces périodes de transition entre l'abrogation d'une loi uniforme et la promulgation d'un nouveau statut fédéral ; elles illuminent les heurts, le fantasque de l'évolution de la faillite aux Etats-Unis.

Amalgamé au début du XIX^e siècle par ces éléments d'ordre social, d'ordre constitutionnel et d'ordre politique, un courant plus violent, plus dominateur, émergera peu à peu pour finalement s'imposer comme seule force régulatrice du conflit entre le créancier et le débiteur insolvable : ce sera l'absolue nécessité d'encourager la marche en avant économique de la nation américaine. Ce désir d'expansion a constitué pendant longtemps « cet éclairage du dehors » qui mettait admirablement en lumière le jeu de l'institution juridique de la faillite aux Etats-Unis ; quand le développement de cette prospérité, après avoir atteint un état de quasi-saturation, amena brusquement le pays en face d'une rare catastrophe financière et économique, la clause constitutionnelle relative aux faillites se trouva suffisamment souple et malléable pour constituer un des remèdes auxquels le Président F. D. Roosevelt fit appel pour ramener la confiance et reconstruire certains organes affaiblis de la nation.

I. — L'INSTITUTION DE LA FAILLITE, MÉTHODE LÉGALE D'ANNULATION DES DETTES

La panique financière de 1799, provoquée par une spéculation des plus violentes sur les terrains à bâtir, ne fut pas étrangère au dépôt devant

le Congrès d'un projet de loi uniforme des faillites par Robert G. Harper, représentant de la Caroline. Ce projet fut vivement combattu par les Etats du Sud ; la Virginie, très attachée à conserver sa législation sur les biens immobiliers réservés, c'est-à-dire les biens échappant à toute mesure d'exécution forcée prise à l'initiative d'un créancier, repoignait les Etats du Sud dans leurs revendications agricoles et dans leur opposition à toute loi fédérale des faillites. Celle-ci était odieuse aux fermiers et leur paraissait proposée dans le seul intérêt des banquiers et des commerçants du Nord. Retardant le remboursement de leurs emprunts, ou tout au moins le paiement des intérêts, jusqu'après la vente de la moisson, les fermiers se trouvaient en cas de mauvaise récolte dans l'impossibilité de faire face à leurs engagements. Les lois d'Etat, dans cette hypothèse, protégeaient ces débiteurs par des lois de moratoire ou par l'émission massive de papier-monnaie ; rien d'étonnant, dès lors, à l'antipathie des agriculteurs vis-à-vis d'une procédure destructrice de leur patrimoine.

Ces arguments présentés par la classe de la population la plus nombreuse à cette époque auraient dû retarder pendant longtemps encore le vote d'une loi uniforme des faillites ; mais, devant une nouvelle dépression provoquée par l'hostilité de la France à l'égard des vaisseaux marchands américains, un projet de loi de Bayard, délégué du Delaware, fut finalement adopté à la Chambre par un vote-surprise où la voix du speaker joua un rôle décisif (49 voix contre 48) ; le Sénat, à son tour, ratifia le projet qui devint la loi du 4 avril 1800. Rapidement impopulaire parce qu'elle favorisait la seule classe des commerçants, et jugée impraticable parce qu'elle obligeait les parties à effectuer de longs et difficiles déplacements pour se présenter devant les cours fédérales, la loi de 1800 fut abrogée en 1803 par une large majorité ; ce retrait coïncidait d'ailleurs avec une recrudescence du commerce extérieur et un retour général de la prospérité.

Entre 1803 et 1841 se place une longue période dans la courbe progressive du droit de la faillite pendant laquelle les courants de nature politique, de nature sociale et de nature constitutionnelle vont réunir leur dynamisme agressif pour faire échec au passage d'une loi nationale ; aucune crise économique, même pas celle de 1819-1821, ne réussira à provoquer la promulgation d'un « statut uniforme ». Les arguments de la classe agricole, toujours aussi nombreuse et difficile à désarmer, étaient victorieusement défendus, non plus seulement au nom des intérêts agricoles, mais parce que le vote d'une loi fédérale était considéré par les Etats du Sud et de l'Ouest comme une manœuvre du pouvoir central pour augmenter ses attributions et faire échec aux législatures d'Etat. Cette opposition allait être singulièrement renforcée par l'hostilité de plusieurs représentants des Etats du Nord soulevant une objection de nature constitutionnelle à la promulgation d'une législation des faillites applicable à tous les débiteurs ; d'après eux, le Congrès ayant seulement reçu le pouvoir d'édicter des *bankrupt laws* (lois sur les faillis), l'étendue de ses attributions devait être limitée aux commerçants ou aux marchands, tandis qu'il appartenait aux seules législatures d'Etat d'édicter des *insolvent laws* (lois sur les insolubles) applicables aux non-commerçants. Bien que reposant sur l'ancien droit anglais, cette objection fut définitivement écartée par la Cour Suprême dans une décision célèbre contenant les prémisses d'une conception

fédérale de la faillite qui verra ses contours s'amplifier sans cesse dans la suite. « Nous sommes ici, déclarait le juge Marshall, dans un domaine où la législature fédérale a un pouvoir discrétionnaire étendu » (*Sturges contre Crowninshield*, 1819, 4 Wheaton 122).

A la suite de cet arrêt déclarant une loi d'Etat sur les faillites contraire à la Constitution, et de l'échec en 1827 d'un nouveau projet de loi uniforme soumis au Congrès deux ans auparavant, la confusion était à son comble. Joseph Story, à cette époque, pouvait écrire à un ami : « J'avais sans cesse pensé qu'une loi fédérale des faillites serait finalement promulguée, mais maintenant je commence à croire que cette attribution du Gouvernement National restera toujours lettre morte ».

L'opposition des adversaires d'une réglementation uniforme des faillites trouva un nouvel aliment dans une double circonstance. Tout d'abord, un grand nombre de lois — lois de moratoire, lois abolissant l'emprisonnement pour dettes — furent édictées par les Etats ; en apportant une amélioration sensible au sort des débiteurs, elles rendaient moins urgente la promulgation d'une loi fédérale des faillites. Ce fut ensuite l'arrêt *Ogden contre Saunders* (1827), 12 Wheaton 213, par lequel la Cour Suprême reconnaissait aux Etats le droit de légiférer sur les insolvable en l'absence de statut fédéral. Dans *Sturges contre Crowninshield*, les Etats s'étaient vus interdire la promulgation de lois d'insolvabilité autorisant la libération de dettes contractées « antérieurement » à la mise en vigueur de ces lois ; au contraire, l'espèce *Ogden contre Saunders* concernait les lois d'Etat libérant les débiteurs d'obligations qu'ils pouvaient encourir « postérieurement » au vote de ces lois.

Pour plusieurs années, par suite du développement des relations commerciales des Etats-Unis avec l'étranger, une prospérité grandissante mit en veilleuse le problème de la réglementation fédérale des faillites. Il faudra la survenance d'une panique sans précédent en 1837 pour remettre la question à l'ordre du jour du Congrès ; les débiteurs affolés, tels ces insensés qui attendent le point critique pour faire appel au chirurgien, se tournèrent vers le Gouvernement fédéral en demandant la mise en action du bistouri. Voici comment Daniel Webster dépeignait la situation : « Nous nous trouvons actuellement dans une sérieuse crise industrielle et financière. Il paraît inconcevable que les conditions de vie puissent redevenir ce qu'elles étaient avant, et ramener la prospérité dans ce pays. Partout le commerce et l'industrie sont désorganisés ; les banques sont tombées par centaines ; les valeurs mobilières sont descendues à la moitié ou même au quart de leur montant original. Le problème du chômage est devenu général et dans toutes les grandes villes des comités spéciaux ont été organisés pour fournir de la nourriture et des vêtements aux pauvres et aux ouvriers sans travail. Une diminution des commandes de blé pour l'Europe a provoqué un relâchement des prix amenant le coût du froment américain à moins de 50 cents le boisseau. Une terrible concurrence, un abaissement des prix et une spéculation effrénée ont provoqué une crise... »

Ce même Webster, dont le discours n'aurait pas fait tache il y a quatre ans, sera l'auteur d'un projet qui, déposé en 1840, formera la structure de la loi du 18 août 1841, la seconde loi fédérale des faillites. En vertu de celle-ci, tout débiteur insolvable pouvait demander sa mise en faillite et, en

effectuant l'abandon de ses biens, obtenir d'un jury la libération complète de ses engagements antérieurs.

Un nouveau duel entre partisans et adversaires d'une réglementation nationale des faillites avait précédé le vote de la loi de 1841. D'une part, des objections s'élevaient à l'égard du manque d'uniformité de la loi, car la procédure de faillite introduite à la demande des créanciers ne pouvait être entreprise que contre les commerçants ; d'autre part, des influences politiques dressaient *démocrates* contre *whigs*, parce que ceux-ci dans la campagne présidentielle de 1840 avaient placé dans leur programme le vote du projet Webster afin de s'assurer les voix des milliers d'insolvables. La loi de 1841, promulguée en partie par suite du succès électoral des *whigs*, avait pratiquement comme résultat l'annulation pure et simple des dettes. Les 33.739 débiteurs qui firent l'abandon de leurs biens, d'une valeur légèrement inférieure à 44 millions de dollars, obtinrent libération de dettes à concurrence de plus de 440 millions. Il n'est pas bon, disait Webster, que les créanciers maintiennent perpétuellement leurs créances contre les débiteurs. La Cour Suprême n'eut pas à se prononcer sur la constitutionnalité de cette mesure, car sitôt le résultat atteint, la loi de 1841 fut abrogée.

Ce nettoyage en grand, combiné avec un retour des « bonnes années », interrompit toute nouvelle campagne pour une réglementation nationale des faillites ; les lois d'Etat suffirent généralement pour relever les quelques débiteurs en difficultés momentanées.

A nouveau en 1857, la prodigieuse expansion économique des Etats-Unis fut freinée par de sérieuses perturbations commerciales et financières provenant principalement d'un gaspillage de crédit et d'une importation exagérée de marchandises étrangères. La rupture des relations entre le Nord et le Sud, survenue en 1861, augmenta la détresse des commerçants du Nord qui se trouvèrent subitement devant la nécessité de faire défaut aux emprunts, complaisamment consentis par les banques, par suite de l'impossibilité matérielle d'obtenir le moindre paiement de leurs débiteurs du Sud.

Le projet de loi uniforme, déposé devant le Congrès en 1863, pour aider ces « honnêtes mais infortunés débiteurs » ne fit pas l'objet de bien longs palabres et aucune décision n'intervint ; car, un vote sur cette question, observa un sénateur, pouvait avoir une influence trop prépondérante sur l'issue de l'élection du Président des Etats-Unis devant avoir lieu l'été de la même année. Finalement un autre projet, soumis par Thomas A. Jenckes, représentant du Rhode-Island, servit de base aux discussions. Cette fois, les délibérations ne mirent plus en relief ces graves problèmes d'ordre constitutionnel soulevés pendant les années antérieures ; elles opposèrent deux clans, l'un en faveur des débiteurs, l'autre se faisant le champion des créanciers. A la suite de divers marchandages, le projet Jenckes amendé passa par deux voix de majorité ; il devint la loi du 2 mars 1867, troisième loi fédérale des faillites. Les partisans des débiteurs avaient obtenu que le statut respectât en tout état de cause les exemptions d'Etat ; les défenseurs du camp adverse avaient fait introduire une clause subordonnant au consentement des créanciers la « décharge » du débiteur en cas de non-paiement d'au moins cinquante pour cent de ses engagements, et uniquement pour les dettes encourues un an après la mise en vigueur de la nouvelle législation. Cette disposition concernant la décharge s'avéra beau-

coup trop sévère et amena le vote d'un important amendement en 1874. De cette époque date l'introduction de la procédure concordataire dans la réglementation nationale des faillites; dans l'arrêt *Wilson* contre *Mudge* (1881), 103 U. S. 217 et, avec plus d'emphasis encore, dans *Canada Southern Railway* contre *Gebhard*, 109 U. S. 527, la Cour Suprême déclara qu'en édictant semblable mesure préventive, le Congrès n'avait nullement dépassé les limites de sa compétence. Malgré ces modifications, la troisième loi des faillites fut abrogée en 1878, pratiquement sans débats, car les débiteurs la trouvaient trop sévère et les créanciers se plaignaient du montant trop élevé des frais de justice et de la lenteur de la procédure.

Après cette triple expérience législative, est-il permis de considérer l'institution de la faillite aux Etats-Unis comme remplissant une mission régulatrice de la vie des affaires ? Certes non ; l'influence du courant économique pendant cette période fut obnubilée et contrariée par cet esprit de caste dressant Sud contre Nord, dans une lutte où les objections d'ordre constitutionnel, d'ordre politique et d'ordre social dominaient le plus souvent les arguments plaçant au premier plan l'expansion commerciale et industrielle des Etats-Unis. Quand, dans deux circonstances, l'intervention du Gouvernement s'imposa de manière indiscutable pour sauver le pays de la ruine, l'institution de la faillite apparut comme un remède opportun pour extirper un mal provisoire ; l'accumulation des dettes s'avéra en ces circonstances si nuisible à la marche en avant de l'économie américaine qu'elle fut traitée à la manière de l'abcès qu'on ouvre à maturité.

En définitive, à peine réglementée, l'institution était battue en brèche; dès que l'alerte était passée, le sinistre conjuré, elle était odieuse à la majorité de l'opinion publique. « La loi fédérale a accompli sa mission, déclarait un membre du Congrès ; agissant comme une éponge effaçant l'ardoise, elle est venue en aide à des centaines de milliers de débiteurs en annulant leur endettement antérieur. *The Act has done its work*. Maintenant la loi ne constitue plus qu'un défi à la moralité publique, par son mépris pour la bonne foi, par son artifice, par sa fausseté, par ses fraudes ». Et John McMahon n'hésitait pas à affirmer : « J'estime qu'une loi des faillites considérée comme une force régulatrice et permanente de ce pays est jusqu'à un certain point contraire à l'esprit de nos institutions ».

II. — L'INSTITUTION DE LA FAILLITE, ÉLÉMENT RÉGULATEUR DE LA VIE DES AFFAIRES

Si profond avait été le mécontentement de toutes les classes de la population contre la dernière réglementation des faillites, que plus aucun projet ne fut discuté devant le Congrès avant 1882.

A cette époque une véritable transformation non seulement des esprits avertis, mais aussi de l'opinion publique, à l'égard de la faillite commença à se dessiner sous les influences conjuguées de plusieurs facteurs. L'apaisement des querelles et l'éclaircissement des malentendus entre les populations agricoles du Sud et les commerçants du Nord, la progression des idées fédéralistes, la compréhension plus intelligente de la charte fédérale, la solution définitive apportée aux dernières objections constitutionnelles par la Cour Suprême dans l'arrêt *Hanover National Bank* contre

Moyses (1901), 186 U. S. 181, reconnaissant au Congrès les pouvoirs les plus étendus en matière de faillite, n'ont pas été sans exercer une sérieuse influence dans cette transformation. Mais la raison dominante du nouveau rôle attribué à l'institution de la faillite apparaît dans l'essor prodigieux de toutes les branches de l'activité économique, avec ces conséquences directes : la multiplication des échanges à l'intérieur et l'accroissement des rapports avec l'extérieur. L'uniformité de la loi des faillites apportant un élément de sécurité dans les transactions commerciales permettra au vendeur de l'Etat de New-York de connaître à l'avance la nature des droits qu'il possède en cas d'insolvabilité de son acheteur habitant la Californie. Des facteurs, comme le développement progressif des sociétés de capitaux, l'exploitation du sol et du sous-sol, contribuèrent fortement à la circulation des richesses.

A cette époque, le même individu commençait à agir comme un créancier tout en pensant comme un débiteur ; le commerçant, l'industriel, le fermier même, qui avait des prétentions à faire valoir contre un co-contractant était en même temps l'obligé d'autres personnes, et par conséquent mieux disposé à ne pas adopter l'attitude intransigeante du mauvais créancier de l'Evangile. Se découvrant un intérêt commun, les membres des différentes classes sociales précédemment en conflit laissèrent apparaître une mentalité d'homme d'affaires où chacun est prêt à abandonner une partie de ses droits en vue d'un bien commun, un esprit de compréhension préférant la conciliation à la revendication, et un désir de coopérer à l'expansion générale du pays.

Dès ce moment, une conception beaucoup moins particulariste et beaucoup moins opportuniste de la faillite apparaît. « Je pense, déclare un sénateur de l'Arkansas, que le pays semble actuellement convaincu de la nécessité d'une loi des faillites fixe et permanente, en temps de prospérité comme dans l'adversité, que les moissons aient été abondantes ou insuffisantes ». Dans son projet connu sous le nom d'*Equity Bill*, le sénateur Ingall exprimait en 1882 ces observations pertinentes : « Cette disposition (permettant au tribunal d'accorder des délais de grâce ou de réduire l'endettement) a pour but le sauvetage de l'affaire du débiteur et la conservation du patrimoine au profit des créanciers ; elle doit éviter la destruction par la « malice » ou la mauvaise volonté d'un concurrent ou d'un ennemi personnel de ce qui vaut la peine d'être sauvegardé... Quand le débiteur ne peut plus faire face à ses engagements par suite d'une panique financière, d'un naufrage, d'un incendie, la suspension des paiements ne provient pas toujours d'une insuffisance d'actif, mais de l'impossibilité de fournir immédiatement un paiement comptant ».

Ces simples vues personnelles de membres du Congrès jouissent d'une faible autorité devant les Cours dans l'interprétation des textes législatifs ; mais leur pertinence n'est plus discutable depuis que le Congrès et la Cour Suprême en ont introduit et accentué l'esprit l'un en édictant, l'autre en interprétant les amendements à la loi des faillites de 1933 et de 1934. L'institution de la faillite, après un siècle d'histoire, prend cette fois une tournure mieux adaptée aux nécessités vitales de cet immense creuset américain où tant de forces variées apportent dans une fusion commune la consécration de leur mutuelle dépendance. Sans doute, au cours des longs débats parlementaires qui ont précédé le vote de la loi du 1^{er} juillet 1898, qua-

trième loi fédérale des faillites, des représentants du Sud ont encore exprimé les objections d'ordre constitutionnel, d'ordre social soulevées à l'époque où les débiteurs se libéraient au moyen de papier-monnaie déprécié émis par les Etats. Mais ces irréductibles adversaires de toute loi uniforme constituèrent une minorité négligeable dont les arguments n'avaient plus l'autorité qu'ils présentaient au début du XIX^e siècle. En définitive une centaine d'années après le vote de la Constitution, l'institution d'une faillite fédérale est apparue au « Peuple des Etats-Unis » non plus seulement comme une mesure provisoire destinée à faire face à une situation économique momentanément difficile, ou comme un moyen d'arbitrer les différends entre une classe de débiteurs et une classe de créanciers, mais également comme un balancier dont le fonctionnement devait être assuré d'une manière régulière et permanente au bénéfice de la communauté.

Est-ce à dire que la loi de 1898 ait complètement atteint un stade d'évolution parfait ? Une expérience de près de quarante années laisse apercevoir des lacunes manifestes et des attaches trop prononcées avec les traditions du passé : la « décharge », c'est-à-dire la libération du débiteur de ses engagements antérieurs, accordée dans 98 pour cent des cas nous montre encore un régime essentiellement préoccupé d'effacer tout endettement sans offrir aux créanciers des garanties sérieuses contre la malhonnêteté, la négligence ou la maladresse des défaillants ; de son côté, l'administration de la faillite est un modèle de lenteur, de cherté et de compromissions de toute espèce. Mais il n'empêche que cette loi de 1898 n'a pas été abrogée comme ses devancières ; le fait que son fonctionnement n'a pas été parfait n'a pas modifié la nature de la sève qui l'a fait éclore, grandir et se développer.

Il ne sera peut-être pas inutile de rappeler à cet endroit de notre étude ce que James Madison, qui avait saisi d'une manière frappante l'importance et l'étendue du réfléchissement des intérêts économiques sur les plans de la politique pure, écrivait une centaine d'années auparavant : « Le pouvoir d'établir des lois uniformes des faillites est si intimement lié à la bonne marche du commerce entre les Etats que son opportunité ne paraît pas devoir être contestée ». Sans prétendre que les Constituants aient eu la vision de l'essor industriel du pays, on ne peut s'empêcher d'admirer leur sagacité, leur habileté à dresser une Charte conforme aux aspirations de 1787, mais capable aussi de se plier aux exigences futures d'une civilisation sans cesse en progrès.

La loi uniforme des faillites de 1898 fonctionnera jusqu'en 1933 comme élément régulateur de la vie des affaires sans recevoir de modifications profondes, ce qui est tout à fait exceptionnel aux Etats-Unis pour un statut fédéral. Les quelques amendements introduits entre 1903 et 1927 ne changèrent en rien la structure fondamentale de la législation.

III. — LA PRÉVENTION DE LA FAILLITE, FACTEUR DE RECONSTRUCTION ÉCONOMIQUE

Les origines et les circonstances de la dernière crise financière aux Etats-Unis, avec son point critique en mars 1933 par la déclaration d'un

moratoire bancaire, sont encore suffisamment fraîches à la mémoire de tous pour nous dispenser de longs développements sur ces points. Portant le cachet de toute législation de crise — caractères temporaire et révolutionnaire, justification par l'état d'urgence extrême (*emergency*) —, certains amendements à la loi des faillites votés en 1934 sont dans une très large mesure des enfants de la dépression. Ce sont le *Frazier Lemke Act* (art. 75 s, de la loi des faillites) et le *Municipal Relief Act* (art. 78-80, de la loi des faillites).

Connu sous le nom des initiateurs, un sénateur et un député du North Dakota, le *Frazier Lemke Act* du 28 juin 1934 permettait au fermier, se trouvant dans l'impossibilité de payer les charges hypothécaires grevant son fonds, de rester en possession de ses biens sans craindre une expropriation forcée; sur requête du débiteur, le tribunal accordait en effet la surséance à toute mesure d'exécution et n'imposait au tenant que le paiement d'un loyer raisonnable. Et pendant une période de cinq années, le fermier-débiteur pouvait « acheter » son bien en versant aux créanciers une somme correspondant à la « valeur » du fonds, fixée par expertise. En y regardant de près, cette loi n'avait pas seulement comme conséquence d'accorder des termes et délais, comme le font généralement les lois dites de moratoire. Elle obligeait le créancier hypothécaire à renoncer pratiquement à sa garantie immobilière avant le paiement complet de la dette; elle lui enlevait aussi, en cas d'achat par le débiteur, le privilège de participer aux enchères. Il y avait à première vue une atteinte à la clause constitutionnelle du *due process of law* garantissant à tout citoyen la protection de ses droits et privilèges régulièrement obtenus et la certitude de recevoir une contre-partie équitable aux droits substantiels dont il peut être privé.

C'est pour ces raisons qu'en s'exprimant au nom d'une Cour unanime le juge Brandeis, bien connu cependant pour ses idées progressistes, déclara le *Frazier Lemke Act* inconstitutionnel (Arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis, *Louisville Joint Stock Land* contre *Radford*, 1935, 295 U.S. 555).

Afin de ne pas laisser sans défense les agriculteurs en butte aux poursuites de leurs créanciers, les auteurs du premier *Frazier Lemke Act* introduisirent devant le Congrès un nouveau *bill* qui, après approbation des deux Chambres, reçut la signature du Président le 28 août 1935. La nouvelle loi, connue sous le nom de *New Frazier Lemke Act*, procure également des facilités de paiement aux fermiers endettés, mais en s'efforçant de se mettre en harmonie avec l'esprit et les *rulings* exprimés par le juge Brandeis dans le *Radford Case*. La Cour Suprême ne s'est pas encore prononcée sur la constitutionnalité de la nouvelle loi; cependant, la plupart des tribunaux inférieurs et la majorité des auteurs prévoient une réédition du *Radford case*, attendu que la nouvelle réglementation continue à priver les créanciers hypothécaires du droit de déterminer où et quand la vente publique des biens grevés aura lieu, et qu'elle persiste à ne pas leur reconnaître un droit de contrôle sur les agissements du débiteur et un droit de regard pour la préservation de l'objet de la garantie ⁽¹⁾.

(1) Dans le *Wright case*, décidé le 29 mars 1937, au milieu de l'effervescence générale suscitée par les projets du Président Roosevelt de donner aux « *nine old men* » l'appui de cerveaux plus jeunes, la Cour Suprême a proclamé la constitutionnalité du *New Frazier Lemke Act* parce qu'en vertu de la nouvelle loi, le juge a un pouvoir discrétionnaire de mettre fin au moratoire de trois ans et d'ordonner la vente publique du fonds au bénéfice des créanciers. Le *due process* n'était plus violé !

D'autres débiteurs, au début de 1933, se trouvaient dans une situation financière particulièrement critique : c'étaient les municipalités, comtés, villages, paroisses et autres *taxing districts*, dont les défauts de paiement étaient estimés le premier janvier 1933 à un milliard de dollars. Echapant aux exécutions forcées par suite du caractère d'utilité publique de leur patrimoine, ces unités administratives ne parvenaient à obtenir les crédits dont elles avaient besoin qu'en promettant de nouvelles augmentations de taxes. L'efficacité de ce moyen était cependant sujet à caution, vu le marasme général régnant à cette époque. En vue de parer à cette situation, le Congrès vota en 1934, à l'initiative du député J.-M. Wilcox, une loi connue sous le nom de *Municipal Relief Act*. Cette loi permettait à ces subdivisions locales de discuter avec leurs créanciers, sous le contrôle du tribunal, les moyens d'assainir leur situation financière et de dresser un plan de rajustement. Si ce plan était approuvé par l'Etat et par les deux tiers des créanciers, et s'il obtenait l'homologation du tribunal, la minorité opposante devait se soumettre aux conditions édictées par la majorité. La loi ne devait rester en vigueur que deux ans ; par amendement du 10 avril 1936, cette période fut portée jusqu'au premier janvier 1940. Mais, ici encore, la Cour Suprême, par cinq voix contre quatre, déclara le *Municipal Relief Act* inconstitutionnel (*Ashton et al. contre Cameron County Water Improvement District*, 56 Sup. Ct. 892).

Il ne faut pas exagérer l'importance pratique des arrêts de la Cour Suprême dans le *Radford Case* et le *Cameron Case*, car dans la plupart des cas les débiteurs bénéficièrent *en fait* des délais souhaitables avant qu'une décision définitive ait été obtenue sur la question de droit.

Les autres amendements à la loi des faillites, dont il nous reste à dresser le tableau, sont d'un caractère permanent. Ce sont les articles 74 et 75 (*compositions and extensions*), l'article 77 (*Railroad Reorganization Act 1933*) et l'article 77 B (*Corporate Reorganization Act 1934*), placés dans la loi des faillites sous un chapitre VIII intitulé : « Aide aux débiteurs ».

La chute des prix et du capital immobilier, lors de la panique financière de 1933, firent apparaître un déséquilibre entre les droits des créanciers et les prestations à fournir par les débiteurs ayant contracté leurs obligations quand le niveau des prix et la valeur des immeubles étaient plus élevés. Sans remèdes juridiques efficaces pour s'opposer aux ventes forcées de leurs immeubles et de leurs fonds ruraux hypothéqués, les débiteurs se trouvèrent du jour au lendemain dépouillés de leurs biens sans même retirer de leur vente les profits espérés, car, par suite du marasme immobilier, ces éléments de leur patrimoine ne trouvaient acquéreur qu'à vil prix. La situation de ceux qui avaient donné en garantie des valeurs mobilières n'était pas plus brillante.

Dans ces circonstances, le Congrès trouva prétexte à suppléer l'insuffisance de l'article 12 de la loi des faillites relatif aux concordats préventifs, en édictant deux amendements, l'un en faveur de tous les débiteurs autres que les sociétés (art. 74), l'autre spécial aux agriculteurs (art. 75). Dorénavant, la procédure concordataire suspend la procédure de faillite ; d'autre part, l'octroi de délais de paiement par la majorité des créanciers s'impose aux créanciers privilégiés. L'article 75 fut complété par le *Frazier Lemke Act* décrit précédemment. Quant à l'article 74, son importance pratique est limitée ; en 1935, seulement 277 concordats ont été conclus ; en

1936, ce chiffre ne dépassait pas 516. Comment expliquer cette proportion si faible des concordats en face des quelque soixante mille cas de faillite ? On a pu constater que le débiteur se soucie fort peu d'obtenir un arrangement avec ses créanciers ; il préfère la procédure de faillite par laquelle grâce à une ordonnance de décharge, il se retrouvera, en fait, dans la suite, plus riche qu'auparavant et débarrassé des soucis qu'implique la loyale exécution d'un concordat. Quant aux débiteurs sincèrement désireux d'assainir leur situation sans causer un trop grand préjudice à leurs créanciers, ils se voient imposer l'obligation de payer une certaine somme au comptant avant que l'homologation d'un plan concordataire puisse intervenir. Cet argent frais, nécessaire à son rétablissement, un simple particulier dont le crédit est déjà ébranlé arrive rarement à se le procurer. En est-il de même des grandes entreprises ? Certainement pas ; le problème de la prévention de la faillite se présente ici d'une manière toute différente, et il ne faut pas s'étonner que le Congrès ait édicté des amendements distincts, spécialement applicables à ces vastes unités économiques de notre organisation capitaliste.

Prenons les Compagnies de chemins de fer. Mise à l'épreuve de la crise ferroviaire des années 1932-1933, la politique de financement de ces entreprises laissa apparaître de profondes fissures. L'erreur initiale consistant à élaborer une capitalisation sur des bases laissant trop peu de place à l'éventualité d'un retournement défavorable des courants économiques, à négliger notamment de prévoir un sérieux amortissement de la dette consolidée, et le développement disproportionné de ces structures financières conduisirent de nombreuses Compagnies de chemins de fer à déclarer défaut à l'échéance des intérêts des emprunts obligataires garantis par hypothèque.

Peut-être est-il illogique de discuter des mesures préventives de la faillite à l'égard de ces entreprises, puisqu'elles ne peuvent pas être mises en faillite. Mais laissons là les querelles de vocabulaire ; le but final à atteindre est d'éviter la liquidation et de faciliter le sauvetage de leur patrimoine en fournissant aux sociétés une procédure appropriée pour réadapter leur capitalisation et réduire le montant de leurs charges fixes sans craindre la volonté contraire d'une minorité d'opposants. Sous le régime ancien, les exploitants des lignes ferroviaires, dans l'impossibilité de payer les intérêts de leurs emprunts hypothécaires, parvenaient à éviter une liquidation en se plaçant sous le contrôle du tribunal (*receivership system*) ; la compagnie était entre les mains d'un officier de justice, le *receiver*, à l'abri des poursuites. Des pourparlers s'engageaient de part et d'autre, et aboutissaient généralement à la soumission d'un plan d'assainissement. Ce système avait deux gaves défauts : le premier était l'obligation de demander la désignation d'un *receiver* pour chaque Etat que traversait la ligne ; le second était la nécessité d'acheter les créanciers récalcitrants en leur payant le montant intégral de leur créance. Ces inconvénients avaient plus ou moins été atténués au cours des temps, mais les appels vers le pouvoir fédéral, pour mettre fin aux incertitudes judiciaires, devenaient de jour en jour plus fréquents.

En vertu du *Railroad Reorganization Act 1933* (art. 77 nouveau de la loi des faillites), un plan de réorganisation approuvé par les deux tiers en sommes de chaque catégorie de créanciers, par la majorité en sommes des actionnaires et par l'*Interstate Commerce Commission*, et homologué par

le tribunal, s'impose à tous les intéressés ; de plus, la procédure est dorénavant fédérale.

Malgré les progrès réalisés sur le régime ancien, et en dépit de l'aide financière apportée aux Compagnies par la *Reconstruction Finance Corporation* et la *Public Works Administration*, l'article 77 se révéla insuffisant. Au cours des deux années qui suivirent sa promulgation, pas une seule réorganisation ne fut terminée. Aussi, en août 1935, un nouveau *Railroad Reorganization Act* fut édicté ; la réforme principale fut de permettre au tribunal de confirmer un plan de réorganisation même si les majorités requises pour l'approbation préalable n'étaient pas obtenues. L'efficacité pratique de cet amendement est encore à démontrer. Au mois de septembre 1936, les sociétés de chemins de fer sous le contrôle du tribunal (*receiver-ship system*), ou en instance de réorganisation par la procédure de faillite (art. 77 de la loi des faillites), représentent encore 26,5 pour cent du kilométrage de toutes les lignes ferroviaires.

Quant aux autres entreprises revêtant la forme d'une *corporation*, elles ont de leur côté durement ressenti les effets de la dernière crise mondiale. Tel atelier de constructions métallurgiques voit les commandes de matériel roulant par les compagnies de chemins de fer réduites à un chiffre si minime que ses revenus bruts suffisent à peine au paiement des frais généraux, et sont en tout cas incapables de couvrir les intérêts échus de l'emprunt obligataire. Telle grande entreprise commerciale à multiples succursales (comme par exemple les entreprises de bazars, de restaurants, de salles de spectacles, de *drugstores*, de magasins de tabac) a contracté pendant la prospérité des baux généralement très onéreux, parce que les locaux ou débits de vente doivent être situés dans les endroits les plus fréquentés, afin d'attirer la clientèle ; la crise survient et les porte-monnaies se ferment ; la société se trouve dans l'impossibilité de payer ses loyers. Et pour d'autres raisons, mais avec le même résultat, ces déséquilibres se retrouvent dans les entreprises de service public et dans les sociétés immobilières.

Afin de permettre à ces groupements de capitaux dans l'impossibilité de faire face à une échéance d'assainir leurs finances sans craindre une dispersion de l'actif, ou même simplement un arrêt dans le fonctionnement de leurs organes vitaux, un autre amendement à la loi des faillites, le *Corporate Reorganization Act* (art. 77B), fut édicté en 1934. En vertu de cette loi, les entreprises embarrassées par des difficultés de trésorerie, mais cependant viables, sont autorisées, tout comme leurs créanciers, à soumettre un plan de réorganisation. En cas d'opposition, les minorités sont enchaînées si les propositions ont été adoptées par les deux tiers des créanciers en sommes de chaque catégorie, et par la majorité en sommes des actionnaires, et si elles ont été homologuées par le juge. Celui-ci a une mission extrêmement importante et délicate ; il doit apprécier ce que la loi appelle « *the fairness of the plan* », ce qui veut dire qu'il doit non seulement empêcher toute discrimination injustifiable, par exemple dans la répartition entre créanciers et actionnaires des nouveaux titres et autres valeurs mobilières à émettre par la société réorganisée, mais qu'il reçoit également mission de contrôler l'efficacité du plan de rajustement destiné à réhabiliter l'entreprise, c'est-à-dire à assurer son fonctionnement normal sur des bases économiquement et financièrement saines.

A ce jour plus de trois mille sociétés ont eu recours à l'article 77B.

Parmi les récents amendements apportés à la loi des faillites, le *Corporate Reorganization Act* est celui qui donne le plus de satisfactions. Après trois années de fonctionnement, il apparaît comme un préservatif efficace dont seul le dosage des divers composants devra faire l'objet de modifications au cours de revisions périodiques.

La constitutionnalité des articles 74, 75 (excepté le parag. s), 77 et 77B introduits dans la loi des faillites à titre définitif paraît indiscutable. La validité de l'art. 77 (*Railroad Reorganization Act* 1933) a même été formellement reconnue par la Cour Suprême dans le *Rock Island Case* (*Continental Illinois National Bank and Trust Company* contre *Chicago, Rock Island and Pacific Railway Company*, 1935, 55 Sup. Ct. Rep. 595). Par cet arrêt, une banque, trustée fiduciaire voulant exercer le droit contractuel de vendre au profit des obligataires les actions déposées chez elle en garantie, se vit défendre de procéder à cette réalisation, malgré le non-paiement à l'échéance des intérêts de l'emprunt. En parlant au nom d'une Cour unanime, le juge Sutherland fit ressortir qu'une saine réorganisation était le moyen le plus adéquat chaque fois qu'une entreprise était insolvable ou dans l'impossibilité de faire face à ses échéances, et que semblable procédure de conciliation devait être traitée de telle manière que chacun exerce ses droits non dans un esprit absolutiste, mais avec le désir de travailler à une cause commune. De plus, il insista d'une manière particulièrement explicite sur l'aptitude de la clause constitutionnelle relative aux faillites à s'adapter aux nécessités nouvelles suscitées par la transformation des courants sociaux, le développement de l'industrie et du commerce et l'évolution de l'activité humaine sous tous ses aspects depuis le début du XIX^e siècle.

Cette politique d'élargissement, d'étirement de la clause constitutionnelle, adoptée par la Cour Suprême depuis le *Sturges Case* (1819) jusqu'au *Rock Island Case* (1935) ⁽²⁾ présente parfois, comme dans le *Radford Case*, certaines fissures; afin de ne pas nous engager dans le dédale des subtilités du droit constitutionnel, observons simplement que ces « dérobades » de la Cour Suprême sont généralement « expliquées » par les experts américains.

Il n'entre pas dans nos intentions de présenter la prévention légalement organisée de la faillite comme l'armature du relèvement des entreprises endettées aux Etats-Unis; mais s'il est vrai que, dans ce redressement, on découvre à l'origine un assemblage de plusieurs facteurs, il n'est pas niable non plus que les amendements de 1933 et de 1934 relatifs aux réorganisations de sociétés, et particulièrement le *Corporate Reorganization Act* 1934, y ont une place marquée. Ainsi circonscrite, et malgré des échecs partiels, la contribution apportée par le droit de l'insolvabilité à la reconstruction économique des Etats-Unis a été appréciable. Dans sa partie la plus récente, c'est-à-dire l'organisation légale et l'adaptation judiciaire de l'institution de la prévention de la faillite, ce droit de l'insolvabilité a évité la dispersion à vil prix d'éléments vitaux du patrimoine national au seul profit de quelques individualités; il a assuré la continuation de l'activité des entreprises avec tout ce que ce fonctionnement

(2) Et tout récemment, le *Wright Case* (29 mars 1937), dans lequel la constitutionnalité du *New Frazier Lemke Act* fut admise à l'unanimité des neuf juges.

implique au regard de l'utilisation de la main-d'œuvre, de l'emploi des matières premières et de la circulation des capitaux; il a facilité l'assainissement des structures financières des sociétés, et par là la reprise générale des affaires, en leur permettant, avec l'appui d'une majorité et sous le contrôle judiciaire, d'aligner leur endettement à l'échelle des profits que ces entreprises devaient raisonnablement escompter.

Nous entendons avec complaisance les objections des partisans des « minorités opprimées » et nous prêtons volontiers l'oreille aux arguments disputant la spoliation de « droits imprescriptibles ». Mais nous sommes aussi dans le sillage de ceux qui croient aux dangers sociaux d'un individualisme absolutiste.

Dans les réorganisations des entreprises momentanément embarrassées, l'apport juridique est d'ailleurs accouplé aux contributions si diverses et parfois si complexes des sciences financières, techniques, sociales et parfois même psychologiques. A moins de circonstances particulières — et dans un problème aussi empirique on comprendra cette réserve — la mission du droit est d'encourager et de contrôler les arrangements qui s'efforcent d'établir une juste et équitable balance des intérêts en présence. Tout compte fait, le créancier a-t-il un réel avantage à provoquer la dislocation et la destruction du patrimoine d'une vaste entreprise ? Dans celle-ci, les éléments d'actif, depuis le capital immobilier, les machines et les stocks de marchandises jusqu'à la clientèle et au renom commercial, donnent leur rendement complet, expriment leur entière valeur si l'on envisage la société, non pas dans sa position statique, mais dans sa forme dynamique, *as a going concern*. De part et d'autre, des sacrifices individuels momentanés seront peut-être à consentir; bien souvent, ces renoncements éviteront un plus grand dommage non seulement à l'économie nationale, mais aux créanciers eux-mêmes.

« La traduction en termes de droit » du sauvetage des sociétés en fâcheuse posture financière réclame de la part du juriste une somme de connaissances peu ordinaires; mais pour éclairer sa route, pour ouvrir ses chapitres et pour découper ses paragraphes, il trouve un puissant adjuvant dans la Science Comparative, conçue dans son sens le plus large.

Après avoir croisé le fer pendant tant d'années pour donner à cette discipline juridique la place d'honneur qui lui revenait, le professeur Edouard LAMBERT reçoit aujourd'hui les hommages de tous ceux qui ont bénéficié de son enseignement et de ses écrits.

Pour le savant Directeur de l'Institut de Droit Comparé de Lyon, ce Recueil de « contributions », loin de marquer l'arrêt d'une activité débordante, sera probablement le signal d'un nouveau départ, d'une nouvelle marche en avant vers la solution des problèmes juridiques que notre civilisation moderne met un malin plaisir à accumuler devant nos pas.

CHAPITRE X

LE DROIT AGRAIRE

Dans le Domaine International :

AUGE-LARIBE, *L'Institut International d'Agriculture.*

(Cette contribution publiée dans le Tome I, Deuxième Partie, Titre IV, Chapitre I, § 50).

En Allemagne :

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

(Cette contribution publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre III, § 152).

Aux Etats-Unis :

HAESAERT, *La lutte entre le « New-Deal » et la Cour Suprême aux Etats-Unis.*

(Cette contribution publiée ci-dessus, Chapitre IV, Section III, § 89).

En Roumanie :

A. IONASCO, *Le facteur économique dans l'élaboration du Droit Civil. Répercussions de la politique économique de la Roumanie sur l'évolution de sa législation en matière de propriété et de contrat.*

(Cette contribution publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre II, Chapitre VI, Section I, § 149).

En Yougoslavie :

MARKOVITCH, *Dans quelle mesure pourrait-on recommander une limitation du Droit de propriété ?*

(Cette contribution publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre II, Chapitre II, § 138).

CHAPITRE XI

LES DROITS DITS DE " PROPRIETE INTELLECTUELLE "

ZOLL, *Le Droit patrimonial et le Droit moral dans la conception polonaise du Droit d'Auteur.*

ROUBIER, *L'influence des conceptions nationales-socialistes sur le Droit de l'Inventeur. (Loi allemande du 8 mai 1936).*

(Cette dernière contribution publiée, avec les autres articles consacrés au Droit Nationalsocialiste, dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre III, § 155).



OSTERTAG, *Les Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Industrielle, Littéraire et Artistique.*

(Cette contribution publiée dans le Tome I, Deuxième Partie, Titre IV, Chapitre I^{er}, § 51).

LE DROIT PATRIMONIAL ET LE DROIT MORAL DANS LA CONCEPTION POLONAISE DU DROIT DE L'AUTEUR

Par F. ZOLL

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

L'article 12 de la loi polonaise du 29 mars 1926 relative aux droits d'auteur, amendée par la loi du 22 mars 1935 (*Bulletin des lois polonaises* de 1935, n° 36, pos. 260) a pour titre : « *Nature du droit d'auteur* » et il est conçu en ces termes :

« L'auteur dispose de son œuvre exclusivement et à tous égards ; en particulier, il décide si l'œuvre doit paraître, si elle doit être reproduite, répandue, et de quelle manière.

Tout auteur peut défendre ses droits personnels sans égard à l'existence ou à la non-existence du droit d'auteur (art. 62.) »

Comme on le voit, la loi polonaise fait une distinction dans sa conception du droit subjectif d'auteur : elle indique d'une part le droit d'auteur *stricto sensu* qui a pour objet surtout la protection des intérêts patrimoniaux et est soumis aux diverses restrictions de la loi, notamment en ce qui concerne l'exclusivité de la jouissance du droit (cf. art. 13-17), sa durée (art. 21-23), son efficacité internationale (art. 5), et d'autre part le droit personnel d'auteur (que l'on peut appeler aussi « droit moral » selon la version française) qui n'est pas soumis à ces restrictions. Conformément à cette distinction dans la notion du droit d'auteur, l'art. 62 de la loi polonaise (anciennement art. 58) exprime l'essence du droit moral de la façon suivante :

« *Plaintes pour infraction aux droits personnels.*

ART. 62. — L'auteur à qui un préjudice a été causé dans le domaine de ses rapports personnels avec son œuvre, peut, quand bien même le droit d'auteur n'aurait jamais existé, ou serait éteint, ou aurait été cédé à d'autres personnes, ou serait sans effet, suivant les dispositions des articles 13 à 16, réclamer, sans préjudice des plaintes fondées sur les articles 59 à 61, la cessation des actes préjudiciables et la réparation de leurs effets, en particulier une rétractation ou toute autre déclaration publique, la publication du jugement dans les journaux et autres modes satisfaisants. Si l'acte a été commis sciemment, le tribunal, à la demande de la personne lésée, peut, outre l'indemnisation, adjuger à celui-ci, pour les désagréments

éprouvés et autres dommages personnels, une somme qu'il fixera librement, à titre de sanction, en rapport avec les circonstances (somme d'expiation).

Le dommage personnel a lieu : quand quelqu'un s'arroge la paternité d'une œuvre et s'approprie le nom ou le pseudonyme de l'auteur, quand il ne cite dans son ouvrage ni l'auteur, ni la source à laquelle il a puisé le texte ou des extraits, ce qui est susceptible d'induire en erreur en ce qui concerne l'origine de l'œuvre ; quand il indique faussement le nom de l'auteur ou la source ; quand il publie une œuvre non destinée par l'auteur à être publiée ; quand il introduit dans la publication des changements en y opérant des additions ou des suppressions qui en altèrent le sens ou nuisent à sa tenue et à sa valeur ; quand il édite l'ouvrage sous une forme qui ne lui est manifestement pas appropriée ; quand il introduit des changements dans l'œuvre originale ; quand il appose sur l'original d'une œuvre d'art le nom de l'auteur malgré sa volonté ou en fait connaître l'auteur de toute autre façon malgré sa volonté ; quand il emploie la critique pour rabaisser la valeur de l'œuvre en faussant sciemment les faits, etc... »

Ce démembrement du droit d'auteur en droit stricto sensu (patrimonial) et moral a été, à plusieurs reprises, l'objet de critiques. Je me bornerai à citer ici une voix éminente et très compétente en la matière. Au cours de la conférence diplomatique réunie à Rome du 7 mai au 2 juin 1928 en vue de la révision de la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, M. Piola Caselli, vice-président et rapporteur général du Congrès, a constaté d'abord, dans la discussion concernant le droit moral d'auteur (art. 6 *bis* de la Convention) que la délégation polonaise avait présenté une proposition jusqu'à un certain point analogue à l'art. 6 *bis* projeté, mais, par la suite, il accentuait la conception unitaire du droit d'auteur spécifiant qu'il s'agit là d'un seul droit, d'un droit unique dans lequel s'entrelacent et se fondent les notions d'ordre personnel et celles d'ordre patrimonial ; « cette conception unitaire qu'il y a vingt ans nous (les juristes italiens) étions une minorité à défendre a aujourd'hui fait son chemin ; je crois pouvoir dire, indique-t-il, que les dernières lois sur le droit d'auteur, qui ont reconnu et réglementé dans ses modalités le droit personnel (ou moral) ont, au fond, sanctionné cette conception unitaire, tout au moins la loi italienne ». (*Actes de la Conférence de Rome, 1928, Union Internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, p. 161 et 203).

La loi polonaise n'appartient sans doute pas, dans l'opinion de M. Caselli, à ces dernières lois puisqu'elle distingue un droit moral d'auteur à côté du droit d'auteur stricto sensu, un droit moral qui peut exister sans qu'existe le droit d'auteur stricto sensu et qui apparaît comme une émanation spéciale du droit général de la personnalité.

La conception polonaise semble à première vue inférieure quand on la compare à la conception italienne du droit d'auteur, tout d'abord au point de vue esthétique, mais aussi du point de vue purement juridique. En effet, dans le droit d'auteur patrimonial et dans son droit personnel « les éléments personnels et les éléments patrimoniaux, les éléments moraux et les éléments purement matériels s'entrelacent et se fondent — comme disent MM. Piola Caselli et Ruffini — indissolublement ». (*Actes de la Conférence de Rome*, p. 161 et 203). Il faut sans contredit admettre

qu'on ne saurait opposer l'un de ces droits à l'autre — quoi qu'ils soient de nature différente — de telle sorte que l'on puisse tracer entre eux une ligne de démarcation sûre et exclure une convergence ou une concurrence de prétentions. Il est vrai que cette objection perd beaucoup de sa force quand on envisage la nature des droits personnels en général qui se présentent tantôt comme droits indépendants (par exemple droit d'exiger le respect de son honneur), tantôt comme droits accompagnant, sous forme de prétentions spéciales, les droits patrimoniaux (je rappelle ici le *pretium affectionis* dans la recherche de la satisfaction au cas d'une atteinte à la propriété), mais encore peut-être ne perd-elle pas toute sa force. Cette question se pose donc : pourquoi le législateur polonais a-t-il introduit dans sa loi une conception un peu artificielle — un démembrement du droit d'auteur en un droit stricto sensu et en un droit moral — et pourquoi n'a-t-il pas admis la construction simple et claire d'un droit d'auteur unitaire qui comprît simultanément la protection des intérêts personnels et patrimoniaux ?

En tant que rapporteur général du projet de cette loi à la Commission de codification polonaise il me semble indiqué d'exposer les raisons de cette attitude qui, je l'avoue, peut paraître quelque peu choquante. Ces raisons sont de deux sortes : les unes appartiennent au domaine de l'idéalisme, les autres à celui de l'opportunité.

Du point de vue de l'idéalisme le législateur polonais demeurait sous l'influence de ces grands juristes et penseurs qui ont contribué à faire admettre la notion du droit de l'auteur comme celle d'une propriété. J'en rappelle plusieurs bien connus :

Dans sa « Lettre sur le commerce de la librairie » Diderot écrivait ces phrases inoubliables : « En effet, quel est le bien qui puisse appartenir à un homme si un ouvrage d'esprit, le fruit unique de son éducation, de ses études, de ses veilles, de son temps, de ses recherches, de ses observations..., si ses propres pensées, les sentiments de son cœur, la portion de lui-même la plus précieuse, celle qui ne périt point, celle qui l'immortalise, ne lui appartient pas ? »

Trente ans, en 1793, Lakanal exprimait sous une autre forme la même pensée à la Convention en déposant le projet d'une loi sur le droit d'auteur : « De toutes les propriétés la moins susceptible de contestation, celle dont l'accroissement ne peut ni blesser l'égalité républicaine, ni donner ombrage à la liberté, c'est sans contredit celle des productions du génie ; et si quelque chose doit étonner, c'est qu'il ait fallu reconnaître cette propriété, assurer son libre exercice par une loi positive, c'est qu'une aussi grande révolution que la nôtre ait été nécessaire pour nous ramener sur ce point, comme sur tant d'autres, aux simples éléments de la justice la plus commune ».

Les mêmes idées se trouvent répétées dans de nombreuses œuvres du XIX^e siècle et par exemple chez Mill, Say, Lamartine, Schopenhauer, Laboulaye, Laveleye, Champagnac et nombre d'autres : « Le travail est le fondement de la propriété », « Le travail est le titre le plus légitime, le plus inviolable de toute propriété », « La légitimité du droit absolu de propriété littéraire est dans la conscience de tous », « La propriété littéraire, c'est la plus intime, la plus sacrée des propriétés, la plus inattaquable, la plus digne de la protection des lois ».

Sous l'influence de ces idées, le droit d'auteur fut conçu et même reconnu comme une sorte de propriété dans différents droits privés d'Etats civilisés, mais non dans leur droit international.

Une tradition vieille de plusieurs siècles d'après laquelle la source des droits des auteurs et des éditeurs remontait aux privilèges octroyés par les princes sur les territoires soumis à leur puissance, selon leur gré et n'était d'aucune valeur dans les autres pays ne s'est pas éteinte, favorisant les idées, spécialement commodes aux Etats disposant d'un système de gouvernement policier (Polizeistaaten), d'après lesquelles les droits d'auteur ne sont pas des droits universels, des droits innés, mais des droits régionaux (une sorte de « Bannrechte », dont la vigueur s'éteint en principe aux frontières de leur pays d'origine. La puissance de cette vieille tradition nous remet en mémoire cette juste remarque de Méphistophélès du Faust de Goethe : « Es erben sich Gesetz und Recht, wie eine ewige Krankheit fort... Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage ; Weh dir, dass du ein Enkel bist ! Vom Rechte, das mit uns geboren, von dem ist leider nie die Frage », ou la thèse lapidaire d'Henri Bidou : « Il faut des siècles pour tuer une formule ».

Ce sont surtout les Français qui se sont faits les champions de la lutte pour propager l'universalité des droits des auteurs. Parmi les étapes de ce championnat il faut citer : le décret de Napoléon III, du 28 mars 1852, où se trouve l'initiative pour une reconnaissance universelle des droits des auteurs, le projet de 1856, conçu en Belgique, de convoquer une conférence internationale pour la protection des droits des auteurs, les deux Congrès qui se tinrent à Paris, en 1878, au cours de l'Exposition universelle, l'un sous la présidence de Victor Hugo, l'autre sous celle de Meissonier, et par la suite l'activité de cette fameuse — et si active jusqu'à nos jours — Association littéraire et artistique internationale qui a tant contribué à la création de l'Union internationale de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, union comprenant aujourd'hui une quarantaine de pays contractants et parmi eux la Pologne à dater du 28 janvier 1920.

Pourtant, le monde civilisé est encore bien loin de la reconnaissance universelle, sans qu'il soit besoin d'obligations imposées par des traités internationaux ou à tout le moins sans la condition de réciprocité, des droits des auteurs — droits qui devraient être d'une envergure universelle. Et c'est pourquoi le législateur polonais aurait applaudi au discours du professeur Joseph Kohler, tenu en 1908 à la Conférence internationale et diplomatique de Berlin : « La première condition de communauté des peuples est la maxime que le droit de l'esprit est reconnu non seulement par la nation à laquelle appartient l'homme créateur, mais par tous les Etats ; quiconque a créé une œuvre de la pensée doit avoir son droit partout dans le monde ; car il n'est pas seulement membre de la nation, il est membre de l'humanité ». (*Actes de la Conférence réunie à Berlin, 1908, p. 159*).

Faisant abstraction de la pleine réalisation de l'universalité des droits des auteurs dans notre loi polonaise — ce serait presque une donquichotterie dans le moment actuel — et se limitant à ce qui, dans la tendance à atteindre à une reconnaissance universelle des droits des auteurs, apparaît aujourd'hui possible et réalisable, le législateur polonais a fait une

distinction entre les intérêts que vise l'institution du droit d'auteur, à savoir : les intérêts personnels ou moraux d'une part et les intérêts patrimoniaux d'autre part. La protection des derniers, mais sans l'exclusion des premiers, doit être l'essence des droits des auteurs *stricto sensu*. Mais alors la protection simultanée des premiers (les intérêts moraux) se présente non comme une protection de l'existence dépendant des droits patrimoniaux des auteurs, non comme une chose susceptible de n'exister que si existent d'après la loi, toutes les prémisses des droits des auteurs *stricto sensu* (patrimoniaux), et en particulier les prémisses de protection internationale, mais comme une protection des intérêts personnels, comme une émanation spéciale des droits de la personnalité (ou d'un droit public – voir plus bas) qui doivent être toujours sauvegardés indépendamment des conditions de l'existence des droits patrimoniaux, indépendamment de l'origine des œuvres et de la nationalité de leurs auteurs. L'indépendance de la protection des droits moraux des auteurs de leurs droits *stricto sensu* est exprimée dans les deux articles cités plus haut (art. 12 et 62) et, dans le domaine du droit international, elle donne au juge polonais la base nécessaire pour rendre justice par exemple à un sujet chinois si ses intérêts personnels d'auteur ont été lésés en Pologne, quoique, pour la protection de ses droits d'auteur *stricto sensu* (intérêts patrimoniaux) il n'y ait pour lui aucune base dans la Convention de Berne puisque la Chine n'a pas adhéré à cette convention, ni même dans l'art. 5 de la loi polonaise qui met comme condition de la protection des œuvres d'origine non-polonaise et des citoyens de nationalité non-polonaise la restriction de réciprocité au cas où il n'y a pas de traités internationaux.

Tels sont les moyens par lesquels la loi polonaise reconnaît et réalise au moins dans l'important domaine des intérêts moraux des auteurs, une protection absolue quelle que soit la nationalité des auteurs et de leurs œuvres. Si l'on nous fait un grief de ce que la conception par laquelle cet effet se réalise n'est pas irréprochable du point de vue de l'élégance juridique, et de ce que la conception du droit d'auteur unitaire est beaucoup plus parfaite, nous sommes en droit de répondre que la justice et une bonne jurisprudence (dans notre cas en matière de justice internationale) valent mieux qu'une bonne conception juridique.

Peut-être le monde civilisé aboutira-t-il avec le temps à ce qu'enfin les droits des auteurs, tant patrimoniaux que moraux, soient reconnus sans réserves comme droits de pleine valeur dans tout l'univers comme le sont par exemple les droits de propriété sur les biens meubles. Il sera alors possible, sans nul préjudice, à la justice internationale d'abandonner la conception polonaise que j'ai tenté de défendre ici et de la remplacer par la construction unitaire du droit d'auteur, plus simple, plus claire, plus parfaite en soi.

Ceci dit, j'ajouterai encore un petit post-scriptum n'appartenant pas en propre au sujet que je viens de remuer.

Mes déductions inciteront peut-être mon lecteur à se poser malgré lui la question suivante : « Si, d'après la loi polonaise (art. 12 et 62), le droit moral d'auteur ne dépend pas de l'existence du droit d'auteur *stricto sensu* (patrimonial), mais apparaît comme une émanation spéciale du droit de la personnalité de l'auteur, comment s'expliquer alors l'existence et la conception juridique d'un droit moral après la mort de l'auteur ? D'après

les prescriptions de la loi polonaise le droit d'auteur stricto sensu ne subsiste-il pas pendant encore plusieurs dizaines d'années (en règle 50 ans) après la mort de l'auteur et cela indifféremment, qu'il s'agisse des intérêts patrimoniaux ou moraux ? Mais c'est là une inconséquence, puisqu'un droit de la personnalité ne survit pas à son bénéficiaire ; le droit moral d'auteur devrait donc s'éteindre à la mort de l'auteur. »

Vous auriez parfaitement raison, mon cher lecteur, de poser cette question, car elle s'impose. Mais je crois que vous trouverez une réponse satisfaisante dans l'art. 63 de la loi polonaise qui prescrit : « Après le décès de l'auteur, le droit de porter plainte, conformément à l'article 62, appartient, sauf volonté contraire exprimée par l'auteur, au conjoint survivant, aux parents, aux descendants, ainsi qu'aux frères et sœurs du défunt. Toutefois, ces personnes n'ont pas le droit de se faire adjuger une somme par le tribunal à titre de sanction. Si l'une d'entre elles porte plainte, les autres ne sauraient engager elles-mêmes une action et elles ne peuvent que se joindre à l'action déjà en cours. »

« Indépendamment des personnes nommées dans l'alinéa précédent, le Procureur général de la République polonaise peut lui-même porter plainte dans l'intérêt public sur la base de l'art. 62 et sur mandat du ministère des Cultes et de l'Instruction publique. Dans cette plainte il peut aussi demander qu'une somme soit fixée par le tribunal à titre de sanction » ⁽¹⁾ ⁽²⁾..

Vous voyez donc, mon cher lecteur, que la loi polonaise a tiré les conséquences de sa conception énoncée plus haut.

Le droit personnel de l'auteur ne lui survit pas. Mais les droits d'auteur patrimoniaux du défunt subsistent encore plusieurs dizaines d'années et appartiennent à ses héritiers, comme partie de son héritage.

En outre il existe des personnes qui, qu'elles soient ou non héritières, ont des intérêts personnels propres dont la source réside dans l'attachement et l'amour pour les œuvres qu'a laissées leur cher défunt ; ce sont, selon la présomption de la loi, le conjoint survivant et les plus proches parents du défunt. Et les intérêts de ces personnes sont la base juridique de leurs droits personnels dont parle l'art. 63 (al. 1) et fondent leurs plaintes au cas où quelqu'un ne respecte pas l'intégrité de l'œuvre, la qualité de l'auteur défunt, etc...

Mais il y a encore un autre intérêt moral de première importance qui garde un caractère actif après la mort de l'auteur et doit être un objet de la protection juridique :

Les œuvres du défunt restent ; elles sont immortelles ; elles s'adres-

(1) L'alinéa 2 de l'art. 63 ne fut introduit dans notre loi que par l'amendement du 22 mars 1935, mais la même prescription figurait dans mon avant-projet de 1920 (comme art. 62) et avait été rejetée à mon grand regret à la majorité d'une voix au Comité de la Commission de Codification. Je puis donc dire maintenant, après l'introduction de l'alinéa 2 à l'art. 63 : « Mieux vaut tard que jamais. » (Voir le compte rendu du Congrès de 1926. Varsovie. Bulletin n° 3. Série 4, d'octobre 1926, de l'Association littéraire et artistique internationale, page 62).

(2) Je rappelle que M. Jules Lermine s'occupait de la question de la protection du droit moral d'un auteur décédé au Congrès de Paris de 1900 où, dans son rapport, il s'exprimait ainsi : « Quiconque constate une atteinte au droit moral d'un auteur décédé peut le dénoncer aux autorités compétentes qui devront intervenir. » Voir aussi l'art. 6 de la loi roumaine du 28 juin 1923, l'art. 24 de la loi italienne du 7 novembre 1925, et l'art. 16 de la loi tchécoslovaque du 24 novembre 1926.

sent à nous davantage ; elles nous élèvent, nous instruisent, nous réjouissent. Horace disait déjà, il y a bien des siècles et à juste titre : « Non omnis moriar, multaque pars mei vitabit Libitinam ». Or, le droit doit tenir compte de cette action posthume des œuvres dans le monde civilisé et donner les garanties nécessaires pour que ces grands morts puissent nous parler toujours en leur langue et suivant leurs manières propres non défigurées, ni châtrées, ni tronquées, ni dénaturées. Personne aussi ne doit pouvoir empiéter sur leur qualité d'auteur. Ceci est notre devoir par égard à la mémoire des défunts, devoir de reconnaissance, mais aussi notre intérêt propre, l'intérêt de la civilisation tout entière.

Or, l'héritage spirituel et immortel des morts représente un haut intérêt moral de l'humanité et doit être sauvegardé en tant qu'objet d'un droit moral subjectif de la communauté civilisée, et le Procureur général de la République qui est investi de la protection de l'intérêt public a charge de porter plainte contre tous ceux qui ne respecteraient pas ce grand héritage.

Telle est la raison de la prescription énoncée à l'alinéa 2 de l'article 63 de notre loi ⁽³⁾.

Et quant à la conception juridique, elle admet — ce qui découle de ce que je viens de dire — l'extinction du droit moral (du droit de la personnalité) de l'auteur avec sa mort, mais elle lui substitue des droits moraux propres (droits de la personnalité) du conjoint et des parents qui durent jusqu'à leur mort, ainsi qu'un droit moral de la communauté, qui en tant que droit moral, n'est limité ni par des frontières, ni dans le temps, puisque l'humanité est immortelle.

(3) Les intérêts du conjoint et des parents et aussi l'intérêt public dont je viens de parler existaient déjà, à vrai dire, du vivant de l'auteur, mais ils ne pouvaient alors être la base d'un droit actif en raison du fait que l'auteur, en tant que créateur, disposait de ses œuvres « exclusivement et à tous égards » (art. 12).

CHAPITRE XII

LE DROIT DU TRAVAIL

BESSLING, *Le fait syndicat et les transformations des principes fondamentaux du Droit.*

(Cette contribution publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre II, Chapitre III, Section I, § 140).

MANKIEWICZ, *Intérêt, pour l'étude comparative des évolutions économiques, des Recueils Internationaux de Jurisprudence. Illustré au moyen du Recueil International de Jurisprudence du Travail.*

(Cette contribution publiée dans le Tome I, Deuxième Partie, Titre III, § 46).

MORELLET, *L'interpénétration du Droit Public et du Droit Privé.*

(Cette contribution publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre II, Chapitre V, § 144).

★★

SAVATIER, *Le Gouvernement des Juges en matière de responsabilité civile.*

(Cette contribution publiée dans le Tome I, Première Partie, Titre IV, Chapitre V, § 37).

On rapprochera des contributions rappelées dans ce Chapitre celles classées ou indiquées dans le Titre VII : « Le Nouveau Droit Social » de la Cinquième Partie, Tome III (§§ 166 à 174).

CHAPITRE XIII

LE DROIT DES PROCEDURES

SECTION I

LES FORMES DE LA PROCEDURE CIVILE

BORCHARD, *Développements récents du jugement déclaratoire.*

RICCA-BARBERIS, *Le droit d'agir dans la tradition germanique et dans la tradition latine. (Klage et actio).*

★ ★

TYAN, *La condition juridique du Kádi ou juge musulman.*

(Cette contribution publiée dans le Tome I, Première Partie, Titre II, Chapitre II, Section II, II, § 10).

En ce qui concerne les MODES D'INTRODUCTION D'UN PROCÈS VISANT LE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS AUX ÉTATS-UNIS cf. la contribution de M. JAFFIN, LES MODES D'INTRODUCTION DU CONTRÔLE JUDICIAIRE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS AUX ÉTATS-UNIS, publiée ci-dessus, Chapitre IV, Section III, § 88).

★ ★

Sur L'ORGANISATION DE LA JUSTICE ET LES POUVOIRS DES TRIBUNAUX SUPRÊMES EN ALLEMAGNE, ANGLETERRE, FRANCE ET ITALIE cf. l'article de M. MARTY, ETUDE DE DROIT COMPARÉ SUR L'UNIFICATION DE LA JURISPRUDENCE PAR LE TRIBUNAL SUPRÊME, publié ci-dessous, Quatrième Partie, Titre II, Chapitre III, § 121.

LES DEVELOPPEMENTS RECENTS DU JUGEMENT DECLARATOIRE

Par Edwin M. BORCHARD,

*Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Yale
Membre de l'Académie Internationale de Droit Comparé*

Traduit par H. MANKIEWICZ,

Secrétaire général de l'Institut de Droit Comparé de Lyon

Peu de réformes procédurales ont eu aux Etats-Unis une carrière plus fortunée que la procédure tendant à obtenir des décisions d'ordre déclaratoire. En dépit de l'aversion du commun des juristes pour tout ce qui est nouveau — spécialement quand l'innovation est accompagnée d'un nom aussi étrange que « jugements déclaratoires » — la recommandation essentielle du bon sens de chercher à apaiser le conflit par une décision judiciaire *avant* qu'il ait causé un dommage, et l'utilité sociale qu'il y a à substituer un instrument de pacification à un instrument de coercition, ont fait un appel à la raison qui s'est démontré irrésistible. Sans doute la nouvelle procédure a eu à franchir de nombreuses barrières, faites principalement de préjugés et de fausses compréhensions; mais elle les a surmontées dans la plupart des Etats de l'Union américaine; de sorte qu'aujourd'hui — sauf peut-être dans la Pennsylvanie et le New-Jersey — ses avantages naturels ne sont pas seulement restés intacts, mais l'utilisation en a été étendue à des champs toujours plus larges d'activité qu'on eût difficilement envisagés au moment où la réforme a été originairement préconisée. Les principales obstructions, qui ont été aujourd'hui en général victorieusement écartées, sont : 1° la supposition que le jugement déclaratoire n'était qu'un avis consultatif, et non un règlement conclusif et définitif de la question litigieuse et, 2° l'affirmation que, contrairement à la lettre apparente des lois l'introduisant ou la réglementant, cette procédure n'était qu'une ressource extraordinaire ne pouvant être admise que lorsqu'aucun des remèdes judiciaires traditionnels n'est accessible.

La première de ces fausses conceptions est aujourd'hui complètement éliminée, les plus récentes lois sur la matière ayant pris soin d'écarter tout doute possible par l'insertion de la clause « *in the cases of actual controversy* » (dans les cas de contestation actuelle et effective). Et la seconde de ces fausses conceptions est une méconnaissance évidente des termes mêmes

des diverses lois sur les jugements déclaratoires, qui toutes prévoient que le secours déclaratoire doit être accordé « qu'un autre secours judiciaire soit ou non, ou puisse ou non, être réclamé » qui agisse plus fortement. Cependant la précision de cette clause qui indique qu'il n'y a pas, à distinguer selon qu'un remède complémentaire ou coercitif 1° est aussi demandé 2° ou ne peut pas être demandé ou 3° n'est pas ou ne peut pas être demandé, n'a pas empêché que les cours de divers Etats dans des cas isolés, — plus fréquemment qu'ailleurs en Pennsylvanie — se soient aventurées à lire dans les actes législatifs sur la matière leurs prédilections pour l'ancienne procédure des *writs*, en affirmant que, lorsqu'un autre remède est accessible, on ne peut pas recourir au jugement déclaratoire. Ces décisions ne sont pas nombreuses et ne peuvent s'appuyer sur aucune autorité, mais elles n'en ont pas moins contribué à décourager les hommes de loi d'engager des actions qui pouvaient aboutir à un jugement déclarant qu'ils avaient pris le mauvais chemin pour obtenir le secours judiciaire.

En outre dans le New-Jersey, la distinction entre la juridiction de *common law* (ou de droit strict) et la juridiction d'*équité* — qui y survit encore — a détourné aussi de l'emploi du jugement déclaratoire. Le fait que cette procédure ne rentre strictement ni dans le cadre du *common law* ni dans celui de l'*équité*, a parfois amené les cours à rejeter une instance en invoquant comme raison qu'elle avait été portée devant un côté de la Cour [côté de *common law* ou côté d'*équité*] autre que celui qu'il convenait de saisir. Jusques à quand le public qui en souffre se soumettra-t-il encore à cette détermination des cours de rendre la procédure aussi technique et, par conséquent, aussi injuste que possible, il n'est pas aisé de le dire; mais il n'est pas douteux qu'un jour viendra où les citoyens du New-Jersey s'émanciperont d'un système procédural dualiste que le reste du monde parlant anglais a jugé insatisfaisant et n'ayant trouvé de justification que dans des fondements historiques qui ont perdu leur validité. La Cour Suprême des Etats-Unis a reçu actuellement le pouvoir de faire un code unique de règles de procédure pour les cas de *common law* et ceux d'*équité*, qui pourra aider à dissiper une distinction devenue sans intérêt pour les justiciables et qui, si elle se développait comme dans le New Jersey, pourrait vite devenir un instrument d'injustice. Les doutes qu'éprouvent les avocats pour déterminer s'ils doivent porter leur demande de jugement déclaratoire du côté *common law* ou du côté juridiction d'*équité*, et la crainte que la Cour désapprouve le choix fait par eux, ont contribué également à les dissuader de recourir à ce nouveau remède.

Depuis la promulgation de la loi fédérale de 1934 sur les jugements déclaratoires et sa réception accueillante par les plus hautes cours fédérales, la réforme a fait beaucoup de chemin en avant. En janvier 1937, cette nouvelle procédure avait été adoptée dans trente-neuf des Etats et territoires, — outre le gouvernement fédéral —, et dans plusieurs autres Etats elle vient en examen devant leurs législatures au cours des sessions de 1937. Il est probable que l'Illinois et le Texas devront bientôt être ajoutés aux Etats qui l'ont adoptée. Son aptitude à limiter la question litigieuse, et à permettre ainsi qu'il lui soit donné une solution rapide, a conduit à introduire dans les lois ou les règles de procédure de divers Etats une disposition prévoyant que, lorsqu'il n'est demandé qu'un jugement déclaratoire, l'action peut obtenir une place de préférence sur le calendrier [ou rôle] judiciaire

et qu'elle est jugée expéditivement, comme dans le cas de demande de règlement judiciaire de questions incidentes à la marche d'un procès engagé (*motion*). Cette disposition se rencontre dans la Californie, le Michigan et le Kentucky et a été adoptée dans les règles de procédure proposées par la Cour Suprême des Etats-Unis (sans requérir que la déclaration soit seule demandée), et dans la loi proposée de l'Illinois.

La Cour Suprême des Etats-Unis a récemment décidé le premier cas qui lui ait été soumis sous l'empire de la loi fédérale sur les jugements déclaratoires, et a appliqué à cette loi fédérale la même large interprétation qu'elle avait donnée à la loi similaire de l'Etat du Tennessee en jeu dans le cas de *Nashville, Chattanooga & St-Louis Railway v. Wallace* ⁽¹⁾. Dans cette affaire — *Aetna Life Insurance v. Haworth* ⁽²⁾, la Compagnie Aetna avait émis cinq polices d'assurance, formant un montant total de 40.000 dollars, sur la vie d'un certain Edwin P. Haworth, dans chacune desquelles la femme de l'assuré était désignée comme bénéficiaire. D'après les termes de trois de ces polices, dans le cas d'invalidité permanente totale de l'assuré, la compagnie convenait de renoncer à des primes ultérieures, l'assurance restant en force ; dans une de ces polices, en addition à cette suspension des primes, la compagnie promettait de payer un revenu mensuel ; et dans la cinquième police elle s'engageait à payer le montant de la police en vingt annuités ou en annuités à vie au lieu d'indemnité versée en bloc, à la mort.

En 1930 et 1931 l'assuré cessa de payer les primes pour quatre de ces polices et réclama les avantages stipulés en cas d'invalidité totale permanente ; en ce qui concerne la police restante il continua le versement des primes jusqu'à 1934, époque où il se prévalut également pour elle du bénéfice de la disposition relative à l'invalidité. A plusieurs reprises il renouvela sa réclamation des avantages, prévus pour le cas d'invalidité dans ces diverses polices, par des affidavits et des lettres, et demanda que ces polices soient maintenues en force en vertu de la disposition prévoyant la cessation du versement des primes. La compagnie dénia que Haworth fût en état d'incapacité de travail permanente et totale et, par conséquent, qu'il eût droit aux avantages stipulés pour le cas d'une telle invalidité. Et elle affirma que les polices se trouvaient frappées de déchéance pour non-paiement des primes. Il s'élevait ainsi des prétentions diamétralement antagonistes, dont la validité respective dépendait de la réalité ou la fausseté de l'allégation d'invalidité totale. Si l'assuré était vraiment dans cet état d'invalidité, il avait droit, en tout temps, de demander le remboursement en argent de la valeur de ses polices (rachat) ; sinon à sa mort le bénéficiaire avait droit au montant des indemnités d'assurance. Si les polices restaient en vigueur, comme le prétendait l'assuré, la compagnie était requise de prévoir sur ses réserves 20.000 dollars pour y faire face.

Jusqu'en octobre 1935, l'assuré, malgré ses réclamations répétées, s'était abstenu d'agir en justice. Sur ce, la compagnie, désirant se débarras-

(1) 288 U. S. 249, 38 Supreme Court Reporter 345 (1933). [Sur le rôle de cette décision de la Cour Suprême fédérale dans le développement des jugements déclaratoires aux Etats-Unis comparer la contribution donnée à ce Recueil par George H. Jaffin sous le titre : *Les modes d'introduction du contrôle de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis.*]

(2) Arrêt rendu le 1^{er} mars 1937, 57 Sup. Ct. Rep. 416.

ser des nuages et ennuis créés par une prétention qu'elle regardait comme non fondée, introduisit elle-même une action devant la Cour de justice fédérale pour le Missouri en vue d'obtenir un jugement déclarant que l'assuré n'était pas, comme il le prétendait, en état d'invalidité permanente et totale — question de fait à soumettre à un jury, — que la compagnie avait le droit de considérer les polices comme frappées de déchéance, et que ces polices étaient nulles, sauf pour le paiement d'une assurance de 4.500 dollars qu'on reconnaissait être due à la mort.

Dans la Cour de District des Etats-Unis, le juge Merrill Othis se prononça en ce sens qu'il n'y avait pas dans l'espèce une « controverse actuelle », quoiqu'il estimât, en fait, qu'une rapide décision judiciaire de la question d'invalidité fût extrêmement désirable. Cette Cour de District n'était pas habituée à une pratique consistant pour de prétendus débiteurs à poursuivre des personnes, se présentant comme leurs créancières, pour obtenir déclaration que le demandeur *n'est pas* obligé envers le défendeur, comme celui-ci le prétend. Le juge Othis s'est laissé influencer par sa répugnance contre cette procédure, en lui donnant comme couverture une prétendue absence de « controverse actuelle » : terme (*actual controversy*) auquel une signification quelque peu restreinte a été donnée par les décisions de la Cour Suprême des Etats-Unis. Et, chose étrange, la nouveauté de cette procédure a, en appel, exercé une influence également regrettable sur la Cour de Circuit d'Appels où, par une majorité de deux juges contre un, l'opinion du juge Othis fut approuvée. Si la Cour Suprême était tombée dans la même erreur, le jugement déclaratoire aurait subi un arrêt sérieux — et peut-être irréparable, — dans sa progression. Mais heureusement la Cour Suprême s'est montrée moins attachée que les Cours inférieures à des conceptions périmées et a renversé à l'unanimité la décision de ces Cours dans une « opinion » exprimée par son président, le juge en chef Hughes, qui donne le plus large appui au secours judiciaire déclaratoire. Cette opinion mérite citation partielle. La Cour dit :

Une « controverse » en ce sens [au sens de la loi fédérale sur les jugements déclaratoires] doit être une controverse qui soit propre à résolution (*determination*) judiciaire. *Osborn v. Bank of United States*, 9 Wheaton 738, 819, 6. Lawyer's Edition 204. La controverse susceptible d'être soumise aux juges (*justiciable*) se distingue ainsi d'un différend ou d'une dispute de caractère hypothétique ou abstrait, de nature académique ou de controverse d'école. *United States v. Alaska S. S. C°*, 253 U. S. 113, 116; 40 Supreme Court Reporter 448, 449, 64 L. Ed. 808. La controverse doit être définie et concrète, toucher aux relations juridiques des parties et mettre aux prises des intérêts juridiques adverses. *South Spring C° v. Amador Gold C°*, 145 U. S. 300, 301, 12 Supreme Court Reporter 921, 36 L. Ed. 712; *Fairchild v. Hughes*, 258 U. S. 126, 129, 42 Sup. Ct. R. 274, 275, 66. L. Ed. 499; *Massachusetts v. Mellon*, 262 U. S. 447, 487, 488, 43 Sup. Ct Reporter. 597, 601, 67 L. Ed. 1078. Il faut qu'il s'agisse d'une controverse réelle, et relative au fond du droit, qui comporte un secours judiciaire spécifique par un décret de nature conclusive, par opposition à une « opinion » indiquant seulement à titre consultatif ce qui est la loi dans un état de fait hypothétique. Voir *Muskraat v. United States*, supra; *Texas v. Interstate Commerce Commission*, 258 U. S. 158, 162, 42 Sup. Ct. Rep. 261, 262, 66 L. Ed. 531; *New Jersey v. Sargent*, 269 U. S. 328, 339, 340, 46 Sup. Ct. R. 122.

125, 70 L. Ed. 289 ; *Liberty Warehouse C° v. Grannis*, 273 U. S. 70, 47 Sup. Ct. R. 282, 71 L. Ed. 541 ; *New-York v. Illinois*, 274 U. S. 488, 490, 47 Sup. Ct. R. 661, 71 L. Ed. 1164 ; *Willing v. Chicago Auditorium Association*, 277 U. S. 274, 289, 290, 48 Sup. Ct. R. 507, 509, 72 L. Ed. 880 ; *Arizona v. California*, 283 U. S. 423, 463, 464, 51 Sup. Ct. R. 522, 529, 75 L. Ed. 1154 ; *Alabama v. Arizona*, 291, U. S. 286, 291, 54 Sup. Ct. R. 399, 401, 78 L. Ed. 798 ; *United States v. West Virginia*, 295 U. S. 463, 474, 475, 55 Sup. Ct. R. 789, 793, 79 L. Ed. 1546 ; *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297, U. S. 288, 324, 56 Sup. Ct. R. 466, 472, 80 L. Ed. 688. Quand il se présente un tel cas concret admettant une détermination immédiate et définitive des droits légaux des parties dans une procédure contradictoire sur les faits allégués, la fonction judiciaire peut compétemment être exercée, quoique la détermination judiciaire des droits des parties puisse ne pas requérir un recours aux voies d'exécution forcée où l'octroi de dommages-intérêts : *Nashville, Chattanooga & St-Louis R. C° v. Wallace*, supra, 288 U. S. 249, à la page 263, 53 Sup. Ct. R. 345, 348, 77 L. Ed. 730, 87 A. L. R. 1191 ; *Tutun v. United States*, 270 U. S. 568, 576, 577, 46 Sup. Ct. R., 425, 426, 70 L. Ed. 738 ; *Fidelity National Bank & Trust C° v. Swope*, 274, U. S. 123, 132, 47 Sup. Ct. Rep. 511, 514, 71 L. Ed. 959 ; *Old Colony Trust C° v. Commissioner*, supra, 279, U. S. 716, à la page 725, 49, Sup. Ct. Reporter 499, 502, 73 L. Ed. 918. Et, comme il n'est pas nécessaire à l'exercice du pouvoir judiciaire qu'une injonction puisse être demandée, l'allégation qu'il existe une menace de danger irréparable n'est pas non plus requise (pour l'admissibilité d'une demande de jugement déclaratoire). *Nashville, Chattanooga & St-Louis R. C° v. Wallace*, supra, 288 U. S. 249, à la page 264, 55 Sup. Ct. R. 345, 348, 77 L. Ed. 730, 87 A. L. R. 1191.

« Si l'assuré avait engagé une action pour recouvrer les avantages prévus en cas d'invalidité par les polices d'assurance, on n'aurait pas discuté si la controverse était ou non d'une nature accessible à la connaissance des juges (*justiciable*) et si le montant de la somme en jeu aurait permis ou non son règlement dans une Cour fédérale. De même encore, si l'assureur avait pris l'initiative de répudier ses obligations dans ce cas, et l'assuré avait fait alors valoir que cette répudiation était injustifiable par suite de son état d'invalidité, l'assuré aurait eu « un intérêt au maintien des contrats l'autorisant à introduire une instance en juridiction d'équité pour faire déclarer par elle que ces contrats existaient toujours ». *Burnet v. Wells*, 289 U. S. 670, 680, 53 Sup. Ct. Rep. 761, 764, 77 L. Ed. 1439 ; *Cohen v. New-York Life Insurance C°*, 50, N. Y. 610, 624, 10 Am. Rep. 522 ; *Fidelity National Bank & Trust C° v. Swope*, supra. Mais la nature de la controverse et de la question à trancher est essentiellement la même qu'elle soit présentée par l'assuré ou par l'assureur. Si la Cour de District peut connaître de cette action par l'assureur quand la controverse s'élève comme ici entre citoyens de divers Etats, ou rentre par ailleurs dans le champ du pouvoir judiciaire fédéral, c'est au Congrès qu'il appartient de le déterminer. C'est la nature de la controverse, et non sa méthode de présentation ou la qualité de la partie par laquelle elle est présentée, qui est déterminante. Voir *Gully v. Interstate Natural Gas. C°* (C. C. A.) 82 Federal Reporter (2 d) 145, 149 ; *Travelers Insurance C° v. Helmer* (D. C.) 15 Fed. Supp. 355.

356. *New-York Life Insurance C^o v. London* (D. C.) 15 F. Supp. 586. 589. » (3).

Le recours au jugement déclaratoire pour se mettre à l'abri de demandes non fondées, relatives aux impôts et aux autres réclamations de l'Etat, avait déjà été complètement admis dans des décisions judiciaires antérieures. En fait, l'arrêt du cas Nashville [où la Cour Suprême des Etats-Unis a abandonné sa proscription primitive des jugements déclaratoires] est intervenu dans une affaire où une compagnie de chemins de fer cherchait à obtenir déclaration qu'elle échappait aux demandes de taxes d'un Etat sur les distributeurs de gasoline, parce que le chemin de fer était seul à se servir de ces distributeurs. L'Etat du Tennessee y avait invoqué que la seule voie pour la compagnie d'éprouver judiciairement si elle était ou non soumise à la dite taxe était de la payer et d'agir ensuite en justice pour son remboursement. Une injonction judiciaire pour interdire la perception de la taxe alléguée être illégale n'était pas possible dans le Tennessee, à la différence de ce qui est prévu dans de nombreuses juridictions, y compris la juridiction fédérale. Mais la compagnie de chemins de fer réussit dans cette affaire à faire admettre par la Cour Suprême sa prétention que l'action en jugement déclaratoire fournissait une troisième et valable méthode pour faire juger la question de sa soumission ou non-soumission à la taxe, sans être obligée de la payer préalablement. De même dans le cas de *Gully v. Interstate Natural Gas C^o* (4), il a été admis que l'aptitude de la Compagnie demanderesse à échapper à une taxation par l'Etat du Mississippi puisse être éprouvée par un jugement déclaratoire. Malheureusement la loi fédérale de 1934 a été amendée en 1935 (5) de façon à exclure de son champ d'application toutes les questions relatives aux taxes fédérales. Ce qui a résulté d'une recommandation de l'administration qui avait été inquiétée par le fait que les Cours fédérales avaient déclaré invalides quelques-unes des lois d'établissement de taxes (6). Mais l'argument qui a été invoqué à cette fin devant les Comités du Congrès a été l'argument — entièrement dénué de fondement — que l'action en jugement déclaratoire entravait la perception des impôts fédéraux sur le revenu. Plus défendable aurait été l'argument — quoi qu'il ait été rejeté par le sous-comité du Comité Judiciaire qui a établi le rapport sur l'Acte fédéral sur les jugements déclaratoires — qu'un jugement déclaratoire peut servir au même but qu'une injonction judiciaire pour empêcher la perception de taxes fédérales, quoi qu'il y ait abondance de raisons pour que le gouvernement ne doive pas s'attacher avec insistance à percevoir des taxes illégales et doive plutôt chercher à obtenir rapidement une détermination judiciaire de leur validité. Mais l'amendement de 1935 ne s'est pas borné à exclure le jugement déclaratoire en matière de perception ou assiette des taxes. Il couvre toutes les questions d'impôt et, par là, il a privé les citoyens d'un moyen de défense judiciaire contre le gouvernement fédéral qui, contre les gouvernements d'Etats, s'est révélé particulièrement efficace.

Les procès relatifs aux brevets d'invention ont fourni une frappante

(3) 57 Supreme Court Reporter 461, aux pages 464, 465.

(4) 82 Federal Reporter (2 d) 145, 149 (C. C. A. 5 th) (1936).

(5) Acte du 30 août 1935, ch. 829, section 405, 49 Statutes 1027.

(6) Cf. *Penn Bros v. Gleen*, 10 F. Supp. 485 (1935).

démonstration des fonctions utiles du jugement déclaratoire. Autrefois, — et même encore aujourd'hui — quand il était allégué qu'un brevet avait été violé, le breveté a pu, à son choix et au moment choisi par lui, agir contre le contrefacteur ou ses distributeurs pour obtenir injonction leur interdisant, avec ou sans dommages-intérêts, de continuer à fabriquer et vendre les produits de la contrefaçon, ou bien se borner à prévenir les clients du contrefacteur de son intention de les tenir pour responsables, sans pour cela engager d'action ou en abandonnant l'action une fois engagée. Cette méthode d'intimidation peut ruiner un manufacturier ou lui nuire sérieusement après qu'il a fait les frais de l'établissement d'une affaire; et ainsi le breveté peut, sans s'exposer à un jugement défavorable sur son brevet, obtenir tous les bénéfices d'un brevet inattaquable. Il peut, pour rendre sa menace et son intimidation plus efficaces, commencer une action en contrefaçon et, avant que le procès soit arrivé au stade du jugement, après une série de remises, requérir abandon de la procédure sans qu'il soit préjugé du fond de la cause : possibilité ouverte dans la plupart des districts fédéraux. Il peut engager une action contre un détaillant en rapports éloignés avec le producteur, dans l'espoir d'obtenir un jugement par défaut dont il pourra user effectivement contre son concurrent ; si le manufacturier tente d'intervenir ou si le détaillant défendeur conteste l'action, il pourra alors demander abandon de la procédure sans préjuger du fond. C'est seulement quand il y a un abus flagrant du privilège du breveté, atteignant le niveau de ce que la Cour peut appeler concurrence déloyale, que le prétendu contrefacteur ainsi harassé peut obtenir le remède d'une injonction judiciaire; mais encore est-il nécessaire pour cela qu'il prouve que le breveté a eu l'intention malicieuse de détruire l'affaire de son concurrent ou qu'il a agi de mauvaise foi; ce qui n'est pas toujours facile à prouver; et même alors la question soumise aux juges se limite à la concurrence déloyale invoquée et ne touche nullement à la validité du brevet d'invention et à la question de contrefaçon.

Avec l'avènement du jugement déclaratoire, cette facilité donnée au breveté pour abuser de son privilège a reçu un coup mortel. Il est aujourd'hui possible pour celui qui est allégué être contrefacteur d'engager contre le breveté qui se plaint de contrefaçon une action pour faire déclarer que le brevet n'est pas valable ou que s'il est valable, il n'a pas été violé par celui auquel le breveté reproche de l'avoir fait. Ou, si le breveté a commencé son action en contrefaçon, le défendeur peut introduire une demande reconventionnelle en déclaration d'invalidité du brevet ou de non-contrefaçon — quoique cela ait été dénié par une Cour fédérale inférieure — et ainsi empêcher le breveté d'abandonner son action, sans préjuger sur le fond, avant que l'affaire soit arrivée au stade du jugement. Cette procédure s'est révélée comme une adjonction de réelle valeur à l'arsenal de la thérapeutique judiciaire, et est apte à fournir un remède expéditif aux commerçants, harassés par des menaces d'accusation de contrefaçon, sans causer de préjudice aux brevetés honnêtes.

Un usage nouveau et hautement recommandable du jugement déclaratoire a été fait par le juge Patterson dans la Cour de District pour le district Sud de New-York (7). Le demandeur et le défendeur étaient l'un et

(7) *Mitchell & Weber Inc. v. Williamsbridge Mills Inc. and Hyman* (18 mars 1936).

l'autre des sociétés engagées dans des affaires de confection de blouses. Le défendeur avait la licence exclusive de certains brevets de dessins récemment obtenus pour des blouses que le demandeur avait fabriquées et pour lesquelles il avait fait de la publicité longtemps avant, cela à la connaissance du défendeur. Le défendeur, néanmoins, avait fait savoir aux clients du demandeur que les blouses fabriquées par celui-ci violaient les brevets dont il avait acquis la licence exclusive ; sur quoi le demandeur agit en justice pour obtenir un décret qui : 1° déclarerait que les brevets du défendeur étaient nuls et que le demandeur avait le droit de fabriquer les blouses en question en dehors de toute obstruction du défendeur, et 2° interdirait au défendeur *pendente lite*, et d'une façon permanente, de présenter les blouses du demandeur comme fabriquées en violation de ses brevets et de menacer les clients du demandeur de procès en contrefaçon. Le défendeur ne dénia pas la priorité d'usage des dessins par le demandeur ; mais il contesta qu'une Cour fédérale puisse accorder une injonction préliminaire dans une instance qui était par essence une action en concurrence déloyale entre citoyens d'un même Etat. La contestation eût été indiscutablement fondée sous le droit ancien. Mais, à raison des termes eux-mêmes dans lesquels la loi fédérale de 1934 a donné compétence aux Cours fédérales pour connaître des jugements déclaratoires, la Cour s'est considérée comme investie du pouvoir d'accorder injonction préliminaire en vertu de la doctrine de *Hurn v. Oursler* ⁽⁸⁾, parce que la voie de droit de la compétence fédérale [celle relative aux brevets d'invention] et la voie non fédérale [l'action en concurrence déloyale laissée à la compétence des cours fédérales] étaient nées du même ensemble de faits relevant, et que l'une et l'autre étaient nécessaires pour protéger efficacement le droit du demandeur à vendre librement ses blouses. Regardant ainsi la cause d'action du plaignant comme une seule et même cause reposant sur des fondements divers, et tendant à obtenir des remèdes multiples, la Cour a assumé juridiction pour l'ensemble du procès, en partant de ce point de vue que l'obtention du jugement déclaratoire, à la suite d'une discussion judiciaire contradictoire, doit, s'il est encore besoin d'un autre secours, garantir au plaignant l'admission d'une demande d'injonction, comme un remède complémentaire et auxiliaire du précédent. Il serait d'ailleurs compliqué et inélégant de forcer le demandeur, après avoir obtenu la déclaration d'invalidité du brevet [par la Cour fédérale] à aller ensuite devant la Cour d'Etat et y engager une autre action en concurrence déloyale. « Forcer une personne, qui se plaint justement d'un tort qui lui a été causé, à poursuivre de Cour en Cour et à attendre pendant des années réparation, ce serait un opprobre à la loi », dit le juge Patterson. Il serait d'ailleurs hasardeux d'engager dans la Cour d'Etat une action pour concurrence déloyale, alors que cette Cour n'est pas compétente pour statuer sur la validité des brevets, validité dont dépend pour une large part le sort de cette action. La décision du juge Patterson est riche de conséquences et ouvre des jours sur les services sociaux ultérieurs qu'on peut attendre du judiciaire.

La Cour de Circuit d'Appels pour le septième circuit, le 17 février 1937, a donné son plein appui à l'action d'un prétendu contrefacteur contre le

(8) 289 U. S. 238 (1933).

breveté pour obtenir déclaration que le brevet n'était pas valable ou que, s'il était valable, il n'avait pas été violé par le demandeur. La Cour a dit :

« L'Acte sur le jugement déclaratoire introduit simplement des remèdes additionnels. Il ne modifie la loi (préexistante) que quant à la procédure et, quoique le droit à ce secours judiciaire ait été dans quelques cas inné [ou naturel], le « statut » fédéral a notablement étendu les situations dans lesquelles ce remède peut être réclamé. L'intention du Congrès a été d'éviter que des dommages évitables soient causés à quelqu'un qui n'est pas encore certain de ses droits et de lui apporter une détermination de ces droits sans attendre jusqu'à ce que son adversaire juge opportun d'engager une action, après que le dommage s'est produit. Mais la « controverse » reste la même qu'antérieurement. Jusqu'ici le propriétaire d'un brevet a pu agir en justice pour faire interdire la contrefaçon; aujourd'hui celui qu'on prétend être contrefacteur peut aussi prendre l'initiative d'une action en justice. Mais la « controverse » entre les parties sur la validité du brevet et l'existence de la contrefaçon est, dans l'un et l'autre cas, essentiellement une « controverse » s'élevant sous l'empire des lois des Etats-Unis sur les brevets. Il est sans importance, pour la détermination de la nature du remède judiciaire demandé, que l'action ait été engagée par le prétendu contrefacteur au lieu de l'être par le propriétaire du brevet. En conséquence nous ne pouvons pas nous ranger aux conclusions du juge Davis du huitième circuit dans le cas de *International Harvest Hat Company v. Caradine Hat Company* (D. C. non reporté) ».

La demande de constatation judiciaire que le demandeur est à l'abri d'une prétention non fondée d'une autre personne est l'un des plus efficaces usages du jugement déclaratoire, et il faut espérer que le banc et le barreau deviendront aussi habitués à ces actions que le continent européen et l'Angleterre. La défaite et le rejet d'une prétention sans fondement, qui trouble et rend incertains les droits d'une personne, — qu'il s'agisse de son *status* personnel ou de sa fortune — constitue un intérêt susceptible de et qui a besoin de protection judiciaire, aussi bien que l'affirmation de cette prétention. C'est ce qu'on appelle parfois une déclaration « négative » ou une déclaration « en forme négative », comme le dit l'Acte Uniforme sur les jugements déclaratoires ⁽⁹⁾. Cette action trouve sa source dans le *remedium ex lege diffamari* du moyen-âge, par lequel la personne qui attaquait ou menaçait la sécurité du demandeur était citée à venir devant la Cour et y prouver sa prétention ⁽¹⁰⁾. Fortement établi sur le continent européen, ce type d'action a reçu son imprimatur moderne dans le cas du *Guaranty Trust* en Angleterre ⁽¹¹⁾, où il a depuis été admis dans nombreuses occasions. Il a été finalement incorporé dans les « Statuts » américains par l'emploi du terme « droits et autres relations légales », qui incluent le non-devoir (*privilege*), la non-responsabilité (*immunity*) et la non-incapacité ou non-inaptitu-

(9) [Sur ce modèle d'Acte sur les jugements déclaratoires, établi par la Conférence des Commissaires pour l'Uniformité des Lois d'Etats, voir BORCHARD, *The Uniform Act on Declaratory Judgments*, dans 34 *Harvard Law Review* 697 (1921) et son rapport général sur les jugements déclaratoires au Congrès international de droit comparé de 1932, dans *Mémoires de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, volume II, 2^e partie, pp. 532 et s.]

(10) Cf. BORCHARD, pp. 547 et 600 du rapport général précité.

(11) (1915) 2. K. B. 536.

de (*power*), etc. En reconnaissant chez le demandeur l'absence d'obligation ou de responsabilité, la Cour décide implicitement qu'il a le droit d'être à l'abri des prétentions du défendeur et, par ce fait même, elle reconnaît son intérêt, son besoin et son droit à un secours judiciaire. Rien ne peut, dès lors, plus clairement démontrer que nécessairement il a une cause d'action et, par conséquent, un « droit d'action ». Des définitions étroites et mécaniques de ce terme ne doivent pas être permises pour déconcerter la Cour et restreindre la protection judiciaire que les intérêts légaux valables doivent recevoir. Sa prétention non fondée peut ou non impliquer la commission d'un tort ou la menace de commettre un tort (*wrong*) au sens traditionnel du mot. Mais il faut, toutefois, qu'on établisse une situation de fait qui jette un nuage sur les droits du demandeur : un nuage qui mette en danger ou affecte de façon dommageable la paix de son esprit, sa liberté d'action, ses intérêts pécuniaires. Cela est un intérêt tangible que la loi protège contre les atteintes ou affaiblissements et en le protégeant elle protège la paix sociale.

Ainsi, par une demande de jugement déclaratoire, un demandeur a pu faire juger qu'il n'était pas tenu de répondre à un questionnaire officiel pour des buts de taxation, sur le fondement que ce questionnaire n'était pas légalement valide ⁽¹²⁾. Dans un cas commercial les demandeurs ont obtenu jugement qu'ils étaient dégagés de l'accomplissement ultérieur de certaines obligations en vertu de contrats, contrairement à ce que prétendait le défendeur ⁽¹³⁾. Dans un cas roulant sur les relations domestiques ⁽¹⁴⁾, la demanderesse a réclamé un jugement déclarant que, son mari n'avait pas été valablement divorcé dans le Mexique et qu'elle était, dès lors, encore sa femme. Dans un cas roulant sur l'interprétation d'un bail ⁽¹⁵⁾, le bailleur demandeur affirma avec succès qu'il n'était pas obligé de reconstruire un bâtiment de trois étages pour remplacer un bâtiment brûlé, mais qu'il était en droit en vertu du bail de construire un bâtiment de deux étages, comme il s'y offrait. Dans un cas relatif à la réglementation gouvernementale d'un commerce ⁽¹⁶⁾, le demandeur obtint déclaration qu'il n'était pas soumis à de lourds droits de licence, parce que la loi d'Etat, qui imposait cette licence dans un comté seulement, était inconstitutionnelle. Dans un cas concernant l'interprétation d'un contrat et l'effet de la guerre sur les obligations en naissant, les demandeurs ont réussi à obtenir déclaration qu'ils n'étaient pas tenus d'exécuter certains contrats à long terme prévoyant livraison par eux de minerais de fer, pour la raison que la guerre avait mis fin au contrat ⁽¹⁷⁾. Dans une action par des emprunteurs contre la banque qui leur

(12) *Dyson v. Attorney General* (1911) 1. K. B. 410, (1912) 1. Ch. 158. Cf. *Holland v. Administrator of German Property*, 155 Law Times Reports 541 (Chancery, 1936) — prétention du fonctionnaire défendeur contre des trustees déclarée infondée. — [Décisions de Cours de justice anglaises.]

(13) *Société Maritime v. Venus Shipping Co.*, 9 Commercial Cases 289 (1904) [Cas anglais]. Cf. *Kalman v. Shubert*, 270 N.-Y. 375, 1. N. E. (2 d) 470, (1936). (Déclare que certains écrits, que le défendeur prétendait constituer un contrat, créaient obscurité sur l'absence d'obligation du demandeur, mais ne constituaient pas un contrat.)

(14) *Baumann v. Baumann*, 250 N. Y. 382, 165 N. E. 819 (1929).

(15) *Girard Trust Co. v. Tremblay Motor Co.*, 291 Pa. 507, 140 Atl. 506 (1928).

(16) *Ervin v. Bruckner*, 156 Tennessee 278, 300 S. W. 565 (1927).

(17) *Ertel Bieber Co. v. Rio-Tinto Co.*, (1918) A. C. 260. [Décision anglaise.]

avait fait un prêt ⁽¹⁸⁾, les demandeurs ont obtenu déclaration qu'ils n'étaient point tenus à rembourser la défenderesse créancière en livres anglaises, comme elle le prétendait, mais qu'ils pouvaient payer la dette en roubles russes; et ils ont été admis, en conséquence, à recouvrer les sûretés de paiement qu'ils avaient données. Dans une action par des fonctionnaires administratifs chargés de la destruction de constructions « temporaires », que leur propriétaire prétendait être permanentes, et exposer ces fonctionnaires à responsabilité civile et criminelle s'ils les détruisaient, les fonctionnaires ont agi avec succès contre le propriétaire pour faire déclarer que ses constructions n'étaient que « temporaires » et qu'ils étaient, par conséquent, en droit de les abattre ⁽¹⁹⁾. En résistant à une demande nouvelle d'impôt de l'Etat de New-York ⁽²⁰⁾, une compagnie pétrolière a obtenu déclaration qu'elle n'était point tenue de payer des taxes de vente sur le prix entier de vente de sa gasoline, dans lequel était compris une taxe d'excise, mais qu'elle était en droit de ne payer ces taxes de vente que sur le prix net, c'est-à-dire déduction faite de la taxe d'excise.

Cette affirmation du droit du demandeur d'être à l'abri d'une prétention non fondée d'une autre personne est une des applications les plus communes et les plus utiles du jugement déclaratoire. Aussi bien que contre les particuliers, elle est employée contre les fonctionnaires publics dont les prétentions à pouvoir réclamer de l'argent, exiger des services, ou exercer un contrôle administratif harassent le demandeur ou l'affectent de façon préjudiciable. De prétendus débiteurs qui demandent défense contre les prétentions injustifiées de prétendus créanciers ⁽²¹⁾, des bailleurs ou des locataires affirmant l'absence d'une obligation prétendue d'après les termes du bail ⁽²²⁾, des contractants réclamant libération de l'étendue excessive d'une clause restrictive de leur contrat ⁽²³⁾, des bénéficiaires de dons ou legs affirmant qu'ils ne tombent pas sous le coup d'une déchéance pour une inexécu-

(18) *Russian Bank v. British Bank* (1921) 2 A. C. 438. [Décision anglaise.]

(19) *Ruislip-Northwood v. Lee*, 145 Law Times Reports 208 (K. B. 1931). Voir les remarques sur l'utilité de cette action faites dans ce cas anglais par le Lord Juge Greer, aux pages 213-214. Cf. *State v. Adelmayer*, 265 N. W. 838 (Wisconsin 1936) (que l'Etat a la liberté (*privilege*) de construire certains barrages et rétablir les niveaux d'eaux sans payer d'indemnité — rejeté sur le fond.)

(20) *Socony-Vacuum Oil Co v. City of New-York*, 244 App. Div. 163, 287 N. Y. S., 288 (1936).

(21) *Cloverdale School Dist. v. Peters*, 88 Cal. App. 731, 264 Pac. 273 (1928) (déclaration que le défendeur n'a pas droit à réclamer un salaire en vertu du contrat allégué); *Boston & M. R. R. v. Peterborough R. R.*, 86 N. H. 217, 166 Atl. 275 (1933) (demandeur non tenu de payer les taxes fédérales sur le revenu d'après les termes du bail). De même, *Owen v. Fletcher Buildings Co*, 99 Ind. App. 365, 199 N. E. 173 (1934). Voir d'autres cas dans BORCHARD, *Declaratory Judgments*, (1934), p. 335, note 97.

(22) Droit du bailleur de mettre fin au bail ou d'autoriser la remise des locaux à une tierce partie : *Murray Motor Co v. Overby*, 217 Ky. 198, 289 S. W. 307 (1926); *Pulsifer v. Walker*, 85 N. H. 354, 159 Atl. 426 (1932), Voir d'autres cas dans BORCHARD, *Declaratory Judgments*, *op. cit.*, page 333.

Droit du locataire de sous-louer sans le consentement du propriétaire : *Marcelle Inc. v. Marcus Co*, 274 Mass. 469, 175 N. E. 83 (1931); BORCHARD, *op. cit.*, pp. 329 et s., de démolir un bâtiment sans encourir déchéance ; *Washington-Detroit Theatre Co v. Moore*, 249, Mich. 673, 229 N. W. 618 (1930).

(23) *Hess v. Country Club Park*, 213 Cal. 613, 2 P. (2 d) 782 (1931). Cf. *Union Trust Co v. Kaplan*, 247 App. Division 588 (N. Y. 1936) (Droit de poursuivre pour les intérêts et les taxes sans déchéance de la faculté d'agir subséquent pour le capital de la créance hypothécaire.

tion prétendue de la condition ⁽²⁴⁾, des citoyens ou hommes d'affaires réclamant la liberté de mener leur vie ou leur affaire en dehors d'entraves résultant de réglementations gouvernementales, de charges, de frais de licence, taxes ou pénalités qu'ils estiment non valables ⁽²⁵⁾, dans tous ces cas se présentent des procès où le demandeur réclame qu'il soit jugé qu'il n'est pas soumis à tel ou tel devoir ou à telle ou telle obligation, contrairement à ce qui est prétendu par un autre, ou qu'il n'est pas sujet aux demandes ou limitations à sa liberté d'action que prétend pouvoir lui imposer le défendeur — particulier ou autorité publique. Dans tous ces cas il a bien un intérêt légal à ce jugement, du moment où la prétention adverse ou restriction à sa liberté est mise en avant ou formulée, si en fait elle l'expose à un préjudice, à un péril ou à un inconvénient matériel. Toute personne a le

(24) *Austen v. Collins*, 54 Law Times Reports 905 (Chancery 1886). [Décision anglaise] : demande par un légataire gratifié sous condition de prendre un certain nom et certaines armes, et qui n'a pu obtenir les armes, de déclaration qu'il a accompli la partie essentielle de la condition et qu'il échappe à la déchéance.

(25) *Tirrell v. Johnston*, 86 N. H. 530, 171 Atl. 641 (1934). En refusant d'émettre une injonction pour empêcher l'attorney général de poursuivre au criminel le demandeur pour violation d'une loi d'impôt, mais en approuvant la substitution d'une requête de jugement déclaratoire, le Juge en Chef Peasles a remarqué : « Quand la loi est fixée, on doit lui obéir. Il est, dès lors, sans importance que la procédure, à laquelle il convient de recourir, soit une demande d'injonction ou une pétition de jugement déclaratoire. Une interprétation finale de la loi, dans l'une ou l'autre de ces procédures, est également de nature à lier les parties. »

La Division d'Appels de New-York, premier département, a été dans l'erreur, pensons-nous, en concluant dans *International Mutuoscope Reel Co. Inc. v. Valentine*, 247 App. Div. 130, 286 N. Y. S. 806 aff'd, 3 N. E. (2 d) 435 (1936) que la demande par le plaignant d'un jugement déclaratoire, que ses machines ne constituaient pas des moyens de tourner la prohibition des jeux d'argent, était mal-fondée. C'était, au contraire, la forme de procédure naturellement désignée, et la Cour, en fait, a donné une détermination concluante (un jugement déclaratoire) que les dites machines étaient des instruments déguisés de jeu. Les raisons invoquées contre l'émission d'un jugement déclaratoire ont été ainsi réfutées par la décision elle-même. La citation de *James v. Alderton Dock Yards*, 256 N. Y. 298, 305, 176 N. E. 401, 403 (1931) — qui est trompeuse quand on la détache de son contexte — est inapplicable à l'espèce. Voir, à cet égard, les cas suivants où un citoyen, menacé de poursuites criminelles en vertu d'une loi ou d'une ordonnance, a attaqué la validité de cette législation avant d'avoir commis l'acte défendu ou avant qu'une poursuite ait été commencée contre lui : *Little v. Smith*, 124 Kan. 237, 257 Pac. 959 (1927) ; *Pathé Exchange Inc. v. Cobb*, 202 App. Div. 450, 195 N. Y. S. 661 (1922), aff'd, 236 N. Y. 539, 142 N. E. 274 (1925) ; *Utah State Fair Association v. Green*, 68 Utah 251, 249 Pac. 1016 (1926) (que les demandeurs sont libres de conduire des courses de chevaux sans risque de poursuites) ; *Eddy v. Tierney*, 267, N. W. 852 (Mich. 1936), droit de construire « un garage public conformément à une ordonnance municipale »).

La loi de New-York sur l'assurance contre le chômage, dont la constitutionnalité a été approuvée par la Cour d'Appel, *Chamberlin Inc. v. Andrews*, 159 Misc. 124, 286 New-York Supplement 242 (1936), 271 N. Y. 1, 2 N. E. (2 d) 22 (1936), est actuellement en examen devant la Cour Suprême des Etats-Unis sur une simple demande de jugement déclaratoire. [Sur cette application de la procédure du jugement déclaratoire au contentieux de la constitutionnalité des lois, voir, dans ce Recueil, la contribution de George H. JAFFIN, *Les modes d'introduction du contrôle de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis.*]

De même, des personnes, averties par le Postmaster General que, si elles continuent à organiser par la radio des concours dotés de prix avec réponse par la poste, elles seront sujettes à un « fraud order » pour conduite d'une loterie, si elles n'achètent pas les timbres, et qui estiment que cette exigence est injustifiée, auraient, au point de vue procédural, un bon cas de demande de jugement déclaratoire pour faire juger qu'elles sont libres de conduire cette affaire sans tenir compte de l'exigence du Postmaster General ni supporter la charge financière qu'elle leur imposerait.

droit légal d'être à l'abri de demandes ou prétentions injustes et de réclamer protection judiciaire par une déclaration de non-devoir (*privilege*) ou de non-responsabilité (*immunity*), si le défendeur persiste dans sa prétention.

Tout récemment une Cour de l'Etat de New-York a dénié le droit pour un homme d'affaires, accusé par les fonctionnaires de l'Etat d'avoir violé la loi pénale, d'engager une action civile contre ces fonctionnaires pour obtenir déclaration qu'il n'avait pas violé la loi ⁽²⁶⁾. Le demandeur avait organisé un système de courses à la piste de lévriers suivant un plan assez compliqué, en vertu duquel les clients pouvaient acquérir option pour acheter un chien particulier, plan pour lequel il demandait qu'il fut déclaré qu'il ne constituait pas infraction à la loi pénale contre le jeu. Il avait, en fait, été acquitté une première fois de cette accusation par une cour de police. Mais l'Attorney du District ne s'était pas incliné devant cette décision et menaçait de poursuivre de nouveau, sur quoi le propriétaire de l'affaire de courses à la piste agit, pour faire déclarer son droit à se livrer à cette sorte d'affaires, devant une Cour de *record* [une juridiction civile]. Les fonctionnaires publics poursuivants acceptèrent cette méthode de faire trancher la question essentielle de la légalité de l'entreprise du demandeur. La Cour inférieure se prononça en faveur de ce dernier. Mais, sur appel, la Division d'Appel, en dépit du fait que la procédure déclaratoire avait été adoptée par les deux parties, déclara que la seule voie par laquelle la question pouvait être jugée était une procédure au criminel contre le propriétaire de l'entreprise de courses. La Cour estima que les juridictions civiles n'étaient pas accessibles pour faire juger si le demandeur avait ou non le droit de conduire son affaire sans encourir l'accusation flétrissante de violation de la loi pénale, et que la solution de cette question devait être laissée au verdict d'une épreuve devant la juridiction pénale.

C'est là, semble-t-il, une façon regrettable d'envisager la fonction judiciaire. Forcer une simple question de droit à passer des Cours civiles aux Cours criminelles, avec l'ignominie et les dépenses qui s'y attachent, ce serait rendre un fort mauvais service à la communauté. Les Cours ont trop souvent difficulté à comprendre que la procédure est un moyen pour arriver à une fin et qu'elles ne doivent pas s'attacher avec intransigeance à leurs vues personnelles sur la procédure que les parties devraient suivre, si la méthode choisie par elles est de nature à assurer le règlement de la controverse. La procédure doit être la servante de la justice, et non sa maîtresse.

Il y a toute une série de cas, analogues à celui-là, où des hommes d'affaires, menacés de poursuites criminelles, à moins qu'ils n'abandonnent ou ne transforment leur affaire, ont cherché à obtenir une déclaration de leur liberté de conduire leur affaire comme ils le font, ou prétendent avoir le droit de le faire, sans subir les limitations apportées à cette liberté par une loi dont ils contestent la validité ou rester exposés à la menace d'être poursuivis pour violation de cette loi.

Dans *Multnomah County Fair Association v. Langley, District Attorney* ⁽²⁷⁾, le demandeur demandait jugement déclaratoire que la façon dont

(26) *Reed v. Littleton*, App. Div., 2^e Depart., New-York L. J., 12 janvier 1931.

(27) 140 Oregon 172, 13 Pac. (2 d) 554 (1932).

il avait conduit des courses de chevaux n'était pas illégale, comme le prétendait l'Attorney du District.

Dans *Lagoon Jockey-Club v. Davis County* ⁽²⁸⁾, le pari sur des courses de chevaux a été traité comme un crime (*felony*). Une loi ultérieure, prévoyant une Commission des courses, fut votée qui abrogea les lois en conflit. Mais cette loi ultérieure fut à son tour abrogée, et l'Attorney de District et les fonctionnaires du Comté menacèrent de poursuivre le Jockey-Club en vertu de la loi ancienne, en prétendant que l'abrogation du second « Statut » avait fait revivre le premier. Sur ce, le Jockey-Club engagea une action pour faire déclarer qu'il avait la liberté (*privilege*) de conduire ses courses comme si le premier « Statut » n'était pas rentré en vigueur.

Dans *Utah State Fair Association v. Green et al.* ⁽²⁹⁾, le *City Commissioner* défendeur avait, avant le commencement de l'action menacé d'arrêter et de poursuivre le plaignant pour violation du « Statut » contre les courses de chevaux. Sur quoi la *Fair Association* et la *Racing Commission* de l'Etat avaient cité en justice les défendeurs pour obtenir déclaration qu'eux, demandeurs, étaient libres de conduire les courses de chevaux comme ils le faisaient présentement et que les défendeurs n'avaient pas le droit de les entraver. Les plaignants gagnèrent l'appel.

Dans *Little v. Smith, Attorney General and other County Attorneys* ⁽³⁰⁾ le demandeur était l'éditeur d'un journal. Par invocation de la loi établissant une taxe sur le tabac et les cigarettes, et interdisant les annonces de publicité pour les cigarettes sous des sanctions pénales, le demandeur avait été menacé de poursuites s'il insérait des annonces de tabac et de cigarettes. Ayant en mains un contrat pour des annonces de ce genre, il agit contre l'Attorney Général et l'Attorney de Comté pour obtenir jugement déclaratoire que la loi était invalide, en vertu de la clause de la constitution fédérale sur le *due process of law* et de sa clause sur le commerce entre Etats. Les défendeurs prétendirent que le « Statut » en question rentrait dans le pouvoir de l'Etat. Ce qui n'empêcha pas le demandeur d'obtenir gain de cause dans son appel.

Dans *Chung Mee Restaurant Co v. Healy* ⁽³¹⁾, le plaignant exploitait un restaurant. Dans l'organisation de ses locaux il avait fait place à un parquet central de danse où il se proposait de fournir, notamment par la voie de la radio, de la musique de danse. Une ordonnance municipale exigeait, sous des pénalités, une licence pour l'ouverture de salles publiques de danse et imposait au tenancier d'y assurer et payer un service de police. Menacé de poursuites, ce demandeur actionna le Chef de Police pour obtenir jugement déclaratoire que, en tant que tenancier d'un restaurant, il avait le droit d'exploiter son affaire sans licence. Il perdit son procès sur le fond; mais le mode d'engagement de sa procédure fut en lui-même déclaré régulier et admissible.

Dans *Lage-Allen Co v. Wheeler* ⁽³²⁾ les défendeurs, membres d'un Bureau d'Etat d'Examineurs en Optométrie, avaient entrepris de mettre

(28) 72 Utah 405, 270 Pac. 543 (1928).

(29) 68 Utah 251, 249 Pac. 1016 (1926).

(30) 124 Kans. 237, 257 Pac. 959 (1927).

(31) 86 N. H. 483, 171 Atl. 263 (1934).

(32) 119 Conn. 667, 179 Atl. 195 (1933).

en application certaines règles interdisant aux demandeurs, qui ajustaient des verres et examinaient les yeux dans leurs magasins, de se présenter sous le nom d'opticiens dans la publicité faite pour annoncer les prix de leurs marchandises. Ces commerçants actionnèrent le Bureau pour faire constater par un jugement déclaratoire qu'ils étaient libres de conduire leur affaire comme ils le faisaient et que l'exigence imposée était illégale. Tout en reconnaissant, sur le fond, la validité de la réglementation, la Cour, par l'organe du Juge en Chef, a dit :

« La plainte a demandé secours par la voie d'un jugement déclaratoire sur la validité de la réglementation et, si les plaignants ne pourraient pas prouver leur droit à obtenir une injonction pour interdire la mise en application de cette réglementation, les allégations de la plainte et les faits constatés apportent, en revanche, un cas typique pour l'admissibilité du remède du jugement déclaratoire. Certainement les plaignants peuvent à juste titre réclamer que la Cour déclare si la réglementation est ou non valable, de façon qu'ils puissent, sans avoir à la violer préalablement, être instruits de leurs droits par l'autorité d'une décision judiciaire. *Sigel v. Wise*, 114 Connecticut Reports 297, 301, 158 Atlantic Reporter 891. » ⁽³³⁾.

Il semble clair qu'un homme d'affaires, conduisant une affaire régulière en une forme certaine, doit ne pas être exposé à la continuelle épée de Damoclès d'une accusation de conduite délictueuse, mais que — comme toutes les autres personnes tourmentées par des réclamations, charges, prétendues dettes ou exactions — il doit lui être permis d'engager une action contre ses tourmenteurs à fin de faire déclarer qu'il agit conformément à la loi et échappe à toute accusation valable de conduite illicite. Et c'est même là une raison pour transférer ces questions, toutes les fois que c'est possible, des Cours criminelles aux Cours civiles; et les Cours doivent encourager plutôt que décourager un pareil mode d'action.

Ces quelques illustrations d'une pratique qui va en se développant suffiront, sans doute, à faire entrevoir les larges perspectives d'utilité sociale qu'ouvre le jugement déclaratoire. Il n'a probablement pas épuisé ses champs d'application et continuera à se répandre à mesure que l'occasion s'en présentera. La circonspection naturelle des juges est une assurance contre le risque qu'on en abuse. La rapidité et l'efficacité de ce remède judiciaire lui ont déjà conquis, dans la procédure américaine, une place assurée et un champ d'application dépassant celui qui lui est accordé dans la plupart des contrées européennes. Il n'y a pas de raison pour que l'Europe continentale n'en observe pas les développements en Angleterre et aux Etats-Unis et pour que, si elle est convaincue que ce remède est socialement désirable, elle n'en étende pas le cercle d'action sur le Continent. En substituant le remède préventif au remède punitif, la pacification au combat, on préservera les valeurs sociales et on fera progresser la paix sociale.

(33) 179 Atl. 195, à la page 197.

LE DROIT D'AGIR DANS LA TRADITION GERMANIQUE ET DANS LA TRADITION LATINE

(Klage et actio)

Par Mario RICCA-BARBERIS

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

Traduit par Pierre GARRAUD

Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Lyon

Au Moyen-Age, pour défendre ses droits personnels, le Goth prend les armes, tandis que le Romain se confie à la loi. Vos — disait Cassiodore aux Goths — *armis jura defendite, Romanos sinite legum pace litigare*. Mais quand, même chez les barbares, l'Etat remplace le simple particulier dans la défense du droit, cette différence disparaît et le vieil Hildebrand, comme dans l'attachant récit de DAHN, où revit aussi Cassiodore, n'aurait plus pu dire aux jeunes gens convoqués à Ravenne qu'il ne peut plus y avoir de paix entre les fils des faucons et le peuple du Sud. Pour les Germains, comme pour les Romains, c'est la communauté seule qui pourvoit à la défense du droit, la communauté qui n'est pas la créatrice du droit comme certains le soutiennent, mais tout au plus sa garante (*die politische Verbindung... nur Bürgin, nicht aber Schöpferin unseres Rechts*), pour parler comme SACHSSE. Ainsi le Germain estime qu'il tient le droit, non de la communauté, dans laquelle il vit, mais de lui-même. Aucune différence jusqu'ici avec le Romain. Mais plus loin cependant, Hildebrand renaît, puisque l'Etat permet au Germain de combattre l'adversaire, tandis qu'il fournit au Romain le moyen de se défendre. Le Germain combat, et la communauté n'intervient que pour interpréter l'usage de la force, de telle manière que le droit consiste dans la liberté de se défendre. Quand l'ancien Romain cherchait à arracher la chose à son adversaire, l'Etat, qui, avant tout lui disait et disait à son contradicteur « *mittite ambo rem* (déposez la chose) », indiquait la voie pour l'obtenir. Une fois le combat interdit, celui qui, par le combat, cherchait à avoir une chose, ne peut rien faire autre que de la demander à l'Etat ; au contraire, si l'Etat impose seulement de laisser en l'état une chose qui peut être à autrui, et dicte des normes pour l'obtenir légitimement, celui qui veut cette chose, continue à poursuivre celui qui la lui conteste, mais il le fait suivant cer-

taines normes. D'où le recours au juge par la plainte ou *Klage* germanique, le fait de se tourner vers l'adversaire par l'*actio* romaine.

De là encore, bien différente de la conception romaine, la conception germanique, pour laquelle tout fait objet de preuve et le droit ne se conçoit pas autrement que sous l'aspect de la démonstrabilité. Non seulement le système procédural est un système de preuve, mais les droits se distinguent selon les caractères et les privilèges de la preuve, de telle manière que, jusqu'au moment où le droit substantiel ne se liera plus au droit procédural, le système juridique reste essentiellement un système de preuve. Comme les personnes se reconnaissent aux signes extérieurs, ainsi les droits se différencient et se groupent selon la manière dont on peut les faire valoir en justice, et leur qualité consiste dans cette modalité.

A Rome, à l'inverse, les droits ne sont pas corrélatifs aux procédures, mais bien plutôt, les procédures se modèlent sur les droits : ainsi les *legis actiones* (qui ouvraient la procédure la plus ancienne) se fondent sur le droit matériel qui leur donne naissance. Un grand juriste du XIX^e siècle paraît le contester, qui voit le ressort de la procédure moderne dans le droit, et celui de la procédure romaine dans l'action. Le procès romain commençait régulièrement, en fait, avec la demande de l'action : de celle-ci on remontait au droit, tandis que le procès moderne suit la voie opposée. La protection des droits, qui aujourd'hui est unique, et qui enveloppe également tous les droits, donnait à Rome naissance à autant de protections que de droits, ces protections pouvant être, pour cette raison, déterminées et énumérées, comme les droits eux-mêmes.

En réalité, l'affirmation de IHERING ne conteste pas le caractère propre de la procédure romaine, parce que, lorsque le droit fut, à Rome, subordonné à la protection judiciaire, il le fut en un sens bien différent du droit germanique. La subordination est, à Rome, tout à fait étroite. *Nulla actio sine lege* (même quand la loi n'était pas autre chose qu'une formule contenue dans le formulaire des pontifes) et pour *agere secundum legem* il fallait s'en tenir si rigoureusement à la lettre de cette formule, que, par exemple, l'on perdait le procès, en parlant de *vites* au lieu d'*arbores*. Le magistrat recommandait aux parties de laisser la chose en l'état et d'agir *secundum legem*, dans le cas seulement où ils recouraient à certaines demandes. Mais il ne préjugait pas par là l'issue de l'*actio*, qui pouvait être favorable même à celui ne réussissant pas à établir la preuve. La subordination pourtant est toute là, toute différente est l'admission de la preuve, à quoi se réduit l'*actio*, et toute différente est la preuve en soi, de qui dépend la reconnaissance du droit. En Germanie, le droit est lié à la preuve en soi, à Rome à l'admission de la preuve. L'*actio* ouvre seulement la voie à la preuve, mais ne signifie pas reconnaissance du droit, qui peut être fournie par la preuve, une fois admise. Le droit, subordonné à l'*actio*, ne l'est pas à l'existence d'un jugement. Le principe, d'après lequel là où le juge ne peut concéder l'action, il ne peut y avoir de droit, ne signifie pas que le droit tire son existence de la procédure. IHERING lui-même, d'ailleurs, reconnaît que l'*actio* romaine n'a pas un caractère procédural. Ainsi subsiste la différence entre le droit romain et le droit germanique.

Que les doctrines nouvelles sur la procédure surgies chez les auteurs allemands modernes, soient dérivées de cette différence, il serait certainement absurde de le soutenir : mais, d'un autre côté, on ne peut pas en convenir, par persistance d'une certaine somnolence dans les modes de pensée, une influence, à la rigueur fortuite, paraît s'être exercée sur les théories modernes relatives à l'*actio* : en effet, tandis que la doctrine traditionnelle concevait celle-ci comme dirigée contre l'adversaire, la fondait sur le droit subjectif qu'elle fait valoir (les deux principes sont corrélatifs), et complétait tout au plus la définition bien connue de Celse « *quod nobis debetur* », en ajoutant « *aut quod nostrum est* », en Allemagne au contraire, de nombreux auteurs, partant d'un concept fondamental, qui a trouvé son plus large développement chez WACH, en venaient à affirmer plus ou moins nettement, que l'action est dirigée vers l'Etat, et qu'elle est indépendante du droit subjectif qu'elle fait valoir. D'où la nécessité de distinguer entre un droit procédural abstrait (contre l'Etat) et un droit, appelé purement procédural, concret (contre l'adversaire), ou encore entre un droit abstrait et un droit concret de défense judiciaire ; d'où aussi les discussions sur le point de savoir s'il y a ou non un droit à une sentence favorable.

Beaucoup de définitions l'excluent. Le droit d'agir serait indépendant de l'appartenance effective d'un droit privé, et préexisterait à la demande ; la capacité d'agir en justice serait par elle-même un droit. L'action apparaît comme une autorisation d'agir (*Klagbefugnis*) ou un pouvoir de se faire entendre du juge (*Recht auf rechtliches Gehör*) ou encore d'obtenir de l'Etat la protection juridique (*Rechtsschutzanspruch*). Dans ce dernier concept, pris en soi et pour soi, rentrent les définitions qui voient dans l'action le droit à la protection juridique de l'Etat, dans la personne de ses organes juridictionnels, ou le pouvoir de provoquer l'activité juridictionnelle et la décision du juge, ou encore le pouvoir de déterminer l'intervention de l'Etat et le fonctionnement de l'activité juridictionnelle aux fins de reconnaissance et de réalisation forcée des intérêts protégés par le droit objectif. Mais on définit simplement l'action comme le droit à la sentence, ou, en voulant ainsi mieux classer ce droit parmi les pouvoirs, comme le pouvoir juridique de mettre en œuvre la condition pour l'application de la volonté légale, ou de demander l'application d'une volonté concrète de la loi : — et l'action, quand on ne recourt pas à des corrections ou à des adjonctions, est toujours conçue indépendamment du droit subjectif. Sous cet aspect, l'action se marque du concept de la *Klage* germanique, avec lequel elle a en commun sa direction vers le juge : obtenir du juge la sentence serait, selon quelques-uns, un droit entièrement public.

De toute manière, le droit procédural parvient ainsi à une pleine autonomie par rapport au droit substantiel, si bien qu'à un certain moment on en vient à le proclamer solennellement, non seulement en Allemagne, mais en Italie. Bien au contraire, une telle autonomie n'existe pas, parce que, tandis que le droit envers l'Etat est purement procédural, envers l'adversaire il est matériel. Et les auteurs qui pour l'un et l'autre cas, parlent d'un droit procédural, sont obligés de distinguer ensuite entre un

droit abstrait et un droit concret (*abstraktes et konkretes Justizrecht*, ou *abstraktes Klagrecht et konkreter Rechtsschutzanspruch*). Les efforts pour dégager l'action du droit subjectif exercé et pour en faire un droit procédural, restent vains. L'autorisation d'agir doit, pour produire effet, être matérielle (*materielle Klagbefugnis*) ; le pouvoir de se faire écouter du juge (*Recht auf rechtliches Gehör*) ne se conçoit que dans la mesure où ce pouvoir espère obtenir du juge une sentence conforme à ses prétentions ; le droit d'obtenir la protection de l'Etat appartient à celui qui a un motif de s'en servir, c'est-à-dire à celui qui en espère un avantage, tel que l'avantage de faire reconnaître fondée sa propre demande ; le pouvoir de rendre certain et réel le droit objectif ne s'explique que dans la mesure où il y a un intérêt actuel, c'est-à-dire un droit subjectif à faire valoir. Le droit à la protection juridique apparaît, en somme, au cas où existe un droit véritable et personnel à protéger. Même quand l'action est conçue comme un droit à caractère de pouvoir, il faut que ce pouvoir reçoive son impulsion de l'exercice d'un droit par son sujet : c'est-à-dire que la volonté de la loi ne s'applique d'une manière concrète que par l'œuvre de la volonté, reconnue par la loi, d'une personne. Si l'on dit que la partie n'a rien de plus qu'un droit à la sentence, et si l'on ajoute ensuite tout-à-coup que la loi ordonne au juge de rendre une juste sentence, c'est-à-dire favorable à celui qui a raison, on finit par en revenir à déclarer, en substance, que la partie qui a raison a droit à une sentence favorable. On sort ainsi du concept de la *Klage*, en le corrompant ; tandis que l'*actio* romaine ne se laisse pas, de son côté, corrompre par le concept de la *Klage*, ou d'une instance qui pourrait être portée en justice même quand l'on sait agir à tort.

Je puis certes m'adresser au juge, quoique non créancier de Titius ; je n'ai véritablement et personnellement une action qu'au cas seulement où j'ai confiance d'obtenir une sentence, parce que ma créance existe réellement. De quelque manière qu'on examine le fond de l'affaire, l'action est donc un droit nettement matériel. Pour l'exprimer dans les termes d'un auteur allemand de procédure, récent et novateur (GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtsklage*, Berlin, 1925, § 19, p. 263), la demande en justice est une sorte de droit public du particulier, qui peut être reçue de la même manière que le seraient les droits matériels. Peu importe que cet auteur ait dit auparavant que ce droit, de même qu'il n'est pas une demande de la protection juridique (*Rechtsschutzanspruch*), n'est pas non plus une demande de se voir rendre justice (*Anspruch auf Justizgewährung*), mais seulement une espérance (*Aussicht*) d'être écouté. Une espérance dans une sentence favorable, fondée sur des preuves par lesquelles il est possible d'appuyer une demande (et en quoi se résoud pour notre auteur, p. 261 — l'*Urteilsanspruch*, c'est-à-dire la demande d'une sentence), tire son origine des discussions entre le juge et celui qui s'est adressé à lui, et rentre par suite dans le circuit de la *Klage* (*Klagrecht*). Dans les débats avec l'adversaire, qui a pour but, comme le même auteur le reconnaît, non pas une décision quelconque, mais une décision favorable ; si bien que, si GOLDSCHMIDT dit auparavant (§ 19, p. 264) que la différence entre la demande d'obtenir justice et l'espérance d'être écouté, tout

en s'atténuant, subsiste, en réalité celui qui ne peut, parce que non créancier, espérer en une réponse avantageuse, n'a point d'action contre celui de qui il prétend obtenir un paiement.

L'*actio* peut signifier une activité réduite à la déclaration ou formulation devant le magistrat et par là même purement représentative et formelle. Mais, puisque le terme *actio* dérive d'*agere*, qui vient du grec *αγειν*, et, à l'égal de *conducere*, signifie avant tout le fait de « faire avancer », de « guider », de « conduire » (Tite Live : *agere armenta*), l'*actio* est en réalité un mouvement contre l'adversaire pour l'amener devant le magistrat, le mettre à l'épreuve et le contraindre à faire ce qu'il doit. *Actionem constituere adversus aliquem*, dit Cicéron. Plus encore que dans le sens de « réciter », le verbe *agere* se comprend dans le sens originaire et général de « faire avancer ». Il correspond au *treiben* allemand, dont les composés rendent précisément plusieurs sens figurés d'*agere* : *forttreiben*, transporter, mettre dehors ; et *betreiben*, traîner en justice.

L'idée romaine de l'*actio*, nécessairement connexe à un droit, a été plus tard accueillie par la tradition canonique. *Quolibet ius...*, lisons-nous dans le *Codex juris canonici* (c. 1667), *actionibus munitur*. L'opposition entre *actio* et *Klage* est ainsi une marque révélatrice du contraste entre la tradition latine et la tradition germanique.

Dans la tradition romano-canonique, ou latine, la simple possibilité, capacité ou liberté d'agir, qui appartient à toute personne, n'est pas appelée par elle-même une action : celle-ci appartient seulement à celui qui a un droit véritable et personnel à faire valoir. La faculté d'agir en justice, même quand l'on sait avoir tort, dérive uniquement de l'impossibilité de juger du droit à l'action, en dehors du jugement sur le droit substantiel protégé par l'action. Mais la concession d'une pareille faculté ne suffit pas à en faire une action, qui, de son côté, a ensuite besoin d'un droit substantiel pour subsister. Une action, l'avait en réalité seulement celui que le jugement aura démontré avoir raison, encore bien que, en face d'une demande non fondée, il se soit borné à demander au juge de déclarer que le demandeur avait tort (confirmation négative).

Il suffit donc de prévenir la conséquence à laquelle a été entraînée la doctrine moderne, et, tout en voyant dans l'action un droit différent de celui qu'elle fait valoir, de ne pas se hâter d'en conclure qu'elle en est ainsi indépendante, puisque ce droit spécial, qu'est l'action, ne peut subsister sans la connexion avec le droit qu'elle fait ou peut faire valoir. Ainsi, de même que dans le jugement de connaissance, se révèle, dans le jugement d'exécution, une pareille indissolubilité du droit procédural et du droit substantiel. Dans le premier, on ne peut séparer le droit de l'action, qui est le pouvoir de le faire juridiquement valoir ; dans le second, on ne peut détacher la faculté de jouir de la chose, considérée comme personnelle à celui qui possède cette chose, de celle d'en disposer, qui passerait à l'Etat quand il adjuge à autrui la chose du débiteur. On aboutirait autrement ici à la conséquence d'un Etat qui deviendrait vendeur à l'égal d'un particulier, et là à celle d'un particulier qui se ferait un organe étatique de mise en application de la loi, en singeant le rôle du Ministère public.

La doctrine a été entraînée à proclamer l'autonomie du droit procé-

dural en Italie, dans une plus large mesure qu'en France, par le caractère synthétique de sa pensée, reflété par sa langue, qui, comme nous en avertit avec perspicacité un littérateur, GELOSI, s'apparente plus à l'allemande qu'à la française. Dans l'italien, l'élément fantastique, pris au sens de créateur, a une plus grande importance, par comparaison avec le fondement plus analytique et mathématique du français. L'affirmation de cette autonomie contraste pourtant avec la réalité en Italie, autant qu'en Allemagne, de même que la tradition germanique de la *Klage* contraste avec la tradition latine de l'*actio*.

Par l'œuvre de pandectistes, la conception latine triomphe de la conception germanique, qui, dans le Code civil de l'Empire (§ 194 ; comme aussi art. 169, princ. de la loi d'introduction), s'annexe l'*actio* sous le nom d'*Anspruch*, fondée de sa nature sur un droit. Le droit — dit REGESBERGER — justifie la demande à laquelle il donne son propre fondement ; les demandes sortent du droit et s'évanouissent avec lui (*Das Recht ist der Grund des Anspruchs ; die Ansprüche gehen aus dem Recht hervor und erlöschen mit dem Recht*). Mais la conception germanique, étouffée, se rebelle avec les auteurs de procédure, dont le regard, obstinément tourné vers le juge, les empêche d'apercevoir ce qui se produit dans les débats entre les parties. La réalité a été quasi perdue de vue, et une abstraction semblable à celle au moyen de laquelle HEGEL a construit la philosophie de la nature, pousse les juristes hors de la logique. La pensée latine, toujours mesurée et équilibrée, doit rappeler à la réalité. Celui qui agit en justice ne perd pas son temps en vue des intérêts du droit général qui s'exprime dans la loi, mais il songe à son droit personnel, de même que celui qui recommande son âme à Dieu ne pense pas à l'esprit universel mis en théorie par le philosophe de Stuttgart. Par l'action, le particulier veut toujours attendre la réalisation de son droit, et rien de plus que de son droit. Dans les actions en reconnaissance, qui pourraient induire à croire le contraire, le juge doit cependant toujours constater le droit de celui qui demande que soit constaté quelque chose. Les auteurs de procédure devraient donc se convaincre qu'aujourd'hui il n'y a pas d'action sans droit, en renversant ainsi ce que IHERING dit, en style lapidaire, du système romain, dans lequel il n'y a pas de droit sans action.

SECTION II

LA PROCEDURE DANS LES CONFLITS DU TRAVAIL

BINET, *La juridiction du travail dans les divers Pays.*

★★

FRANKFURTER-GREENE, *L'injonction dans les conflits du travail.*

BONNET, *La doctrine de la « conspiration » et les origines de « l'injonction du travail » aux Etats-Unis.*

(Ces deux contributions publiées dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre VII, Chapitre II, Section IV, §§ 169 à 170.

★★

PIC, *L'organisation professionnelle et l'Etat moderne : Convention collective du travail et arbitrage obligatoire. Etude de Droit Comparé.*

PERREAU, *La conciliation et l'arbitrage des grèves et lock-outs.*

(Ces deux contributions publiées dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre VII, Chapitre II, Section V, §§ 172 à 173).

LA JURIDICTION DU TRAVAIL DANS LES DIVERS PAYS

Par Henri BINET

Membre de Section au Bureau International du Travail

A l'époque où nous sommes, les conflits du travail, avec leurs grèves et toutes leurs conséquences funestes, occupent une bien grande place dans la vie sociale. Il s'agit, dans la plupart des cas, de conflits collectifs résultant des divergences de vue entre les employeurs, d'une part, et les travailleurs, d'autre part, quant aux conditions de travail qui devraient exister dans l'intérêt des uns et des autres. Ces conflits portent principalement sur la création ou la confirmation de nouveaux droits plutôt que sur l'application de droits déjà existants.

Mais à côté des conflits collectifs, il y a d'autres conflits qui n'ont pas moins d'importance dans le cadre général de la paix sociale. Ce sont les différends individuels entre patrons et ouvriers dont on entend beaucoup moins parler du fait que, de par leur nature, ils ne sauraient donner lieu à des grèves et que généralement, ils sont aplanis par les tribunaux. Dans bon nombre de pays, cependant, les tribunaux qui connaissent des différends individuels du travail constituent une juridiction spéciale, et ils sont dénommés tantôt conseils de prud'hommes, tantôt tribunaux industriels et plus souvent tribunaux de travail.

Dans les quelques pages qui suivent, nous nous efforcerons de donner, non pas une étude critique, mais plutôt un bref aperçu de l'état actuel de la juridiction du travail tel qu'il ressort des textes législatifs en vigueur dans les divers pays.

Dans ce domaine du droit comme dans bien d'autres, la France a su prendre l'initiative et tracer le chemin qui, au cours des années, fut suivi par nombre de pays. En effet, les premiers conseils de prud'hommes tirent leur origine des mesures législatives édictées en France il y a au-delà d'un siècle. C'est sous le régime napoléonien, plus précisément en 1806, que fut adoptée la première loi prescrivant l'institution à Lyon de tribunaux spéciaux composés de représentants des employeurs et des travailleurs et ayant pour tâche les règlements des différends entre les patrons et leurs employés. L'idée avait cependant pris germe déjà longtemps auparavant lorsque les marchands de Lyon obtinrent du roi Louis XI l'autorisation de faire trancher certains conflits par des prud'hommes, comme ç'avait été la coutume depuis déjà deux siècles dans la Cité de Paris. Les prud'hommes prennent leur nom des « prudentes » romains qui n'étaient autres que des citoyens particulièrement qualifiés pour donner leur avis

sur diverses questions qui pouvaient leur être soumises par l'Empereur.

Aujourd'hui encore, les prud'hommes sont considérés comme des gens spécialement qualifiés pour résoudre équitablement les contestations qui surgissent des rapports d'emploi entre employeurs et travailleurs. Leur connaissance toute spéciale des conditions de travail dans la région où ils demeurent les rend particulièrement aptes à juger certaines divergences d'opinions dans l'application de lois qui, parfois, ne sont pas claires ou qui, de toute façon, n'ont pu tenir compte de toutes les contingences sociales. C'est précisément leur familiarité avec les problèmes du travail qui inspire confiance aux travailleurs et les porte à soumettre leurs litiges à ces tribunaux et à se conformer plus volontiers aux jugements qui sont rendus. Ajoutons à cela que la procédure suivie pour le règlement des différends du travail est en général plus expéditive et moins onéreuse que ne l'est le rouage de la procédure devant les tribunaux ordinaires.

Les premiers résultats obtenus en France furent si satisfaisants que les lois adoptées sur les conseils de prud'hommes, après 1806, n'eurent d'autre but que d'en étendre le champ d'application et d'en accroître les compétences. Bientôt d'autres pays suivirent l'exemple de la France. Déjà en 1810, une juridiction du travail faisait son apparition dans la ville de Gand, en Belgique. Il en fut ainsi en Autriche dès 1869. En Italie, après un premier essai qui, en 1878, fut limité à la seule industrie de la soie dans la province de Come, une loi de 1893 prescrivit l'institution de conseils de prud'hommes dans différentes parties du pays. Le Portugal qui, déjà au seizième siècle, avait adjoint des prud'hommes du travail aux juges des tribunaux ordinaires, adoptait en 1889 le principe des tribunaux composés exclusivement de juges du travail. Dans la deuxième moitié du dix-neuvième siècle, l'idée triompha également en Allemagne, en Norvège et dans certains cantons de la Suisse.

Mais c'est surtout depuis la Grande Guerre qu'on a pu constater de grands progrès dans cette voie. A l'heure actuelle, le nombre de pays qui possèdent un système de tribunaux chargés du règlement des conflits résultant des rapports d'emploi s'élève à vingt-trois. Les pays qui ont légiféré récemment en la matière sont la Bolivie, le Chili, la Tchécoslovaquie, le Danemark, l'Equateur, le Mexique, le Pérou, la Pologne, la Roumanie, l'U. R. S. S., l'Espagne, la Suède et la Yougoslavie, et l'on pourrait inclure Dantzig et les États-Unis d'Amérique bien que, dans ce dernier pays, le tribunal central du travail n'ait encore que des pouvoirs quasi-judiciaires.

NATURE DES TRIBUNAUX DU TRAVAIL

Dès l'origine, les tribunaux du travail comportaient la présence de représentants des travailleurs et des employeurs parmi les prud'hommes, de même que les organes de conciliation et d'arbitrage comprennent habituellement des représentants des parties au litige. Mais ce qui distingue les conseils de prud'hommes ou tribunaux du travail proprement dits des commissions de conciliation ou d'arbitrage, c'est le caractère judiciaire de la procédure suivie devant les tribunaux du travail. En effet, le parallèle entre les cours de justice ordinaires et les tribunaux du travail est

très grand. D'abord, dans les deux cas, le plaignant peut faire citer la partie adverse sans accord préalable à cet effet. Le tribunal du travail pourra ensuite, à l'instar des tribunaux ordinaires, rendre un jugement ayant force de loi indépendamment de la volonté ou de l'accord des parties en litige, et ce jugement sera sujet à l'exécution forcée de la même manière que les décisions des tribunaux civils ordinaires.

Il arrive parfois que les commissions de conciliation et d'arbitrage revêtent elles aussi un caractère obligatoire comme c'est le cas, par exemple, en Nouvelle Zélande depuis nombre d'années, et en France depuis la loi du 31 décembre 1936 mise en vigueur par le décret d'application du 16 janvier 1937. Dans ces cas, la différence entre le caractère judiciaire des conseils de prud'hommes et de ces commissions est moins grande. Mais, en général, la procédure d'arbitrage est facultative en ce sens qu'elle présume une volonté commune des parties de soumettre le différend à l'appréciation d'un organe arbitral et de se conformer à la décision qui pourra être rendue à condition que celle-ci n'outrepasse pas les limites de la clause compromissoire, c'est-à-dire qu'elle ne décide pas plus qu'il fut convenu de faire juger par cette procédure. D'ailleurs, il est rarement prévu une procédure spéciale pour l'exécution forcée d'une décision arbitrale, qui généralement ne peut être imposée, lorsqu'elle a force de chose jugée, que par l'intermédiaire des tribunaux ordinaires. Tandis que les décisions des tribunaux du travail sont d'elles-mêmes exécutoires selon des mesures propres à la juridiction du travail ou encore identiques à celles en vigueur pour l'exécution des jugements rendus par les cours de justice ordinaires.

Les circonstances qui ont motivé les différences soulignées plus haut dans l'application des sentences rendues par les tribunaux du travail et les commissions d'arbitrage, proviennent du fait que, le plus souvent, on a recours à la conciliation et à l'arbitrage pour la solution des conflits collectifs tandis que ce sont plutôt les différends individuels qui viennent devant les tribunaux du travail. Il va sans dire que l'exécution forcée d'une sentence rendue contre une collectivité se heurte à des obstacles qui parfois pourraient se révéler insurmontables en comparaison avec l'application d'une sentence prononcée contre un particulier. C'est pour cette raison que le plus souvent la loi ne prévoit pas de mesure d'exécution forcée des sentences rendues en matière de conflits collectifs du travail.

D'autre part, les tribunaux du travail proprement dits, font toujours partie d'une juridiction spéciale permanente tandis que les commissions de conciliation et d'arbitrage ne sont parfois que des organes institués *ad hoc* selon les besoins de la cause. C'est à ce caractère de permanence qu'est due la possibilité d'établir une jurisprudence du travail constante et durable. Ainsi, en France, la jurisprudence des conseils de prud'hommes ne joue pas un moins grand rôle en matière de différends du travail que la jurisprudence des cours civiles en matière de droit civil.

La similitude entre les conseils de prud'hommes et les cours de justice ordinaires est donc très grande, tant par la permanence de leur juridiction que par le caractère obligatoire de celles-ci. Cependant les uns et les autres diffèrent essentiellement par le fait que, comme nous le verrons plus loin, les tribunaux du travail ne s'occupent que de certaines caté-

gories de conflits et pour cette raison, se composent de juges laïques recrutés chez les représentants tant des travailleurs que des employeurs.

DIFFÉRENTS SYSTÈMES DE JURIDICTION DU TRAVAIL

Dans les divers pays, la juridiction du travail ne comporte par toujours comme en France un système uniforme de tribunaux institués spécialement pour le règlement des différends individuels du travail. Ainsi, en Italie et en U. R. S. S., les tribunaux du travail ne sont en réalité que les tribunaux ordinaires auxquels sont adjoints, pour le règlement des contestations du travail, des assesseurs des employeurs et des assesseurs des travailleurs connaissant bien les conditions de travail. Dans d'autres pays, tels la Bolivie et la République équatorienne, le règlement des différends individuels du travail est soustrait à la juridiction des tribunaux ordinaires pour être confié à des organes du Gouvernement.

Au Mexique, ce sont les conseils de conciliation et d'arbitrage chargés du règlement des conflits collectifs qui ont qualité pour trancher les différends individuels du travail, tandis qu'au Danemark, en Norvège et en Suède, c'est le tribunal central chargé du règlement des conflits collectifs basés sur des conventions collectives du travail qui doit trancher les différends individuels découlant de l'application de ces mêmes conventions. Mais le Danemark et la Norvège possèdent aussi d'autres tribunaux du travail qui peuvent connaître de certaines contestations du travail.

Une autre situation se rencontre encore en Suisse où onze des vingt-cinq cantons et demi-cantons possèdent chacun leur système particulier de conseils de prud'hommes pour le règlement des différends individuels découlant des contrats de travail. Ceci est dû au fait que dans ce pays, la constitution fédérale laisse à chaque canton le pouvoir de légiférer en cette matière. Ajoutons que la nouvelle législation adoptée au cours des dernières années aux États-Unis d'Amérique et prescrivant l'institution d'un Conseil national des relations ouvrières reconnaît aussi à ce dernier le droit de connaître de certains différends individuels du travail. Mais les décisions de ce tribunal et de ses chambres subsidiaires, bien que rendues indépendamment de la volonté des parties, ne sont exécutoires qu'avec le concours et l'approbation des tribunaux d'appel ordinaires.

En Pologne et en Tchécoslovaquie, la loi prévoit la création de chambres spéciales du travail au sein des tribunaux ordinaires dans les circonscriptions où la situation industrielle ne justifie pas la création d'un tribunal spécial pour les différends du travail. La loi yougoslave va encore plus loin en autorisant certaines associations commerciales ou artisanales à instituer dans leur sein, sur le modèle des conseils de prud'hommes réguliers, un conseil spécial de prud'hommes pour le règlement des différends du travail surgissant entre les membres de ces associations et leurs salariés.

Dans beaucoup de pays, les tribunaux spéciaux sont subdivisés en plusieurs sections ou chambres selon les circonstances. C'est ainsi qu'en France les conseils de prud'hommes sont divisés en sections correspondant aux diverses catégories de commerces et d'industries établies par le décret portant création du tribunal, tandis qu'en Belgique chaque con-

seil de prud'hommes est divisé en deux chambres : l'une pour les différends entre employeurs et employés, et l'autre pour ceux entre les employeurs et les ouvriers y compris les marins ; la loi permet aussi la création de **chambres spéciales** pour les conflits d'un caractère particulièrement technique ou encore pour les différends ordinaires mais surgissant entre employés, d'une part, et ouvriers, d'autre part. Il en est de même en Allemagne, en Roumanie et en Suisse où les tribunaux du travail sont divisés en deux chambres ou davantage et parfois en chambres spéciales pour les contestations affectant certains groupes d'employés et d'ouvriers.

Une autre particularité des tribunaux du travail est que la loi dans certains pays exige la création d'une commission de conciliation au sein de chaque tribunal ou de chaque chambre d'un tribunal afin d'épuiser toutes les ressources d'un règlement à l'amiable avant de recourir à la procédure contradictoire. Tel est le cas en France et en Belgique. Dans d'autres pays, bien que la loi prescrive la tentative de conciliation, celle-ci n'a lieu qu'en présence du président siégeant soit seul, soit avec le concours des assesseurs.

Notons enfin le petit nombre de pays qui ont institué des tribunaux d'appel spéciaux pour les questions du travail. En effet, ce n'est que dans quatre pays, à savoir l'Allemagne, la Belgique, le Chili et dans le canton de Genève en Suisse, que l'on puisse trouver une juridiction d'appel propre aux conflits du travail. Dans les autres pays la juridiction du travail ne comporte parfois qu'une seule instance alors que, dans d'autres cas, les pourvois contre les décisions des tribunaux du travail peuvent être portés devant les cours d'appel ordinaires. A cette fin, des assesseurs des employeurs et des salariés sont quelquefois adjoints aux cours d'appel ordinaires. Il en est ainsi en Autriche, en Italie, en Pologne, en Suède et en Tchécoslovaquie, mais non en France où ce sont encore les cours d'appel ordinaires qui jugent les appels contre les jugements des conseils de prud'hommes.

La question de savoir s'il y a avantage à instituer des tribunaux d'appel spécialement pour les contestations en matière de droit ouvrier, ou à s'en remettre à la juridiction d'appel ordinaire, pourrait à elle seule donner lieu à une longue dissertation. Mais pour l'instant, il nous suffit de constater que, si la grande majorité des pays qui possèdent une juridiction du travail n'ont pas jugé à propos de créer une juridiction d'appel spéciale, c'est qu'ils n'ont pas voulu, en premier lieu, rendre le mécanisme judiciaire trop complexe dans son ensemble, augmenter sans nécessité absolue les frais de l'administration générale de la justice et enfin donner naissance peut-être à une dualité de jurisprudence entre la juridiction d'appel du travail et la juridiction d'appel régulière par rapport à l'application de certains principes généraux de droit, car les appels même en matière de droit ouvrier comportent plutôt des questions de droit que des questions de fait et en définitive portent surtout sur l'application de principes généraux qui font partie tant du droit commun et du droit civil que du droit ouvrier.

COMPOSITION DES TRIBUNAUX DU TRAVAIL

Aujourd'hui, il est en général admis qu'il doit y avoir un nombre égal d'assesseurs des employeurs et d'assesseurs des salariés sur les tribunaux

du travail. Mais il n'en fut pas toujours ainsi. Avant 1848, en France, le législateur n'avait pu consentir à accorder aux travailleurs le même nombre de voix qu'aux employeurs, craignant que la classe ouvrière se montrât trop partielle vis-à-vis des siens. Mais ces craintes se sont révélées injustifiées et, depuis cette époque, le principe de l'égalité numérique des représentants des parties n'a fait que rehausser le prestige des conseils de prud'hommes et a inspiré dans les autres pays la législation sur les tribunaux du travail.

Il faut dire aussi que le plus souvent les tribunaux du travail comprennent, en plus des assesseurs, un président et un ou plusieurs vice-présidents choisis en dehors des rangs des employeurs et des travailleurs par l'autorité administrative compétente.

Mais la composition des tribunaux du travail accuse quand même certaines divergences dans les différents pays. Il y a d'abord les cas où aucun assesseur ne participe aux délibérations des tribunaux du travail qui sont composés d'un juge unique. C'est le cas pour le Chili, le Pérou et le Portugal. De même, le Conseil national des relations ouvrières tel que constitué récemment aux Etats-Unis d'Amérique, ne comprend plus comme à l'origine des assesseurs représentant les employeurs et les salariés. Au contraire, d'après le règlement actuel, ce conseil est composé des trois membres qui sont nommés directement par le Président des Etats-Unis bien qu'avec l'approbation du Congrès.

En France, même, ainsi que dans certains cantons de la Suisse, les présidents et vice-présidents des conseils de prud'hommes sont choisis parmi les assesseurs au moyen d'élections tenues périodiquement par leurs groupes respectifs. Il en est de même pour le tribunal central du travail au Danemark dont le président et les vice-présidents sont élus par les membres de ce même tribunal qui, eux-mêmes, sont élus par les organisations professionnelles respectives des employeurs et des salariés.

Par contre, le président des conseils de prud'hommes belges est désigné par le Roi, mais, d'après la loi, son choix doit tomber sur l'un des candidats figurant sur la liste établie par les assesseurs. Le seul membre des conseils de prud'hommes belges qui soit vraiment neutre est le conseiller juridique qui, lui, est nommé exclusivement par le Roi. En Norvège et en Suède, non seulement le président, mais encore deux des six autres membres du tribunal central du travail sont nommés directement par le Roi.

Il reste aussi les pays où le président du tribunal du travail tient sa nomination du département gouvernemental auquel est confiée l'administration de la justice, ce qui veut dire que le président est alors choisi parmi les juges de carrière. Nous avons des exemples de cela en Allemagne, en Autriche, en Pologne, en Roumanie et en Tchécoslovaquie. Dans d'autres pays enfin, la loi exige seulement que le président soit choisi parmi les fonctionnaires appartenant à l'ordre judiciaire, tel qu'en Espagne, ou parmi des fonctionnaires possédant des connaissances juridiques, tel qu'en Yougoslavie.

Quant aux assesseurs, il y a seulement quelques pays où ils sont nommés directement par les groupes d'employeurs et de travailleurs qu'ils représentent. Comme nous l'avons déjà vu, c'est le cas du Danemark et il faut ajouter la France et la Belgique. Mais dans les autres pays, il n'en est pas ainsi. Les autorités administratives ont habituellement la charge de faire

ces nominations en se basant, bien entendu, sur les listes de candidatures établies par les organisations professionnelles, ou par les chambres professionnelles qui sont représentatives des intérêts respectifs des employeurs et des salariés. Ainsi, en Autriche, les organisations professionnelles soumettent des candidatures et la désignation des candidats est faite par le Ministre du Commerce et de l'Industrie en ce qui concerne les représentants des employeurs et, en ce qui concerne les salariés, par le Ministre de l'Administration sociale.

En Tchécoslovaquie, c'est le président de la Cour d'appel du district auquel ressort le tribunal du travail qui fait les nominations des assesseurs d'après les listes soumises. En Espagne, on a eu recours au tirage au sort.

La Roumanie est le seul pays où la liste des candidatures est établie par les chambres qui représentent les intérêts des employeurs et des travailleurs respectivement, tandis que seule la loi polonaise autorise aussi bien les organisations que les chambres professionnelles à soumettre des candidatures. En Allemagne, ces listes sont établies par le Front du travail qui englobe tant les organisations patronales que les organisations ouvrières, et en Italie, par la section du travail et de la prévoyance sociale des conseils provinciaux sur la recommandation des associations professionnelles légalement reconnues. Il va sans dire qu'en ces matières, la procédure suivie dépend beaucoup du régime politique auquel les classes industrielles, commerciales et ouvrières sont soumises.

Dans la plupart des pays, le président et les vice-présidents des tribunaux du travail ainsi que le personnel du greffe ont droit à une rémunération pour services rendus. Mais il n'en est pas ainsi des assesseurs qui ont tout au plus droit à une indemnité pour frais encourus dans l'exercice de leurs fonctions, et dans certains cas, par exemple en Autriche, ils ont droit à compensation pour le manque à gagner occasionné par la perte de temps.

Comme l'un des buts de la juridiction spéciale du travail est d'offrir à la classe ouvrière une procédure moins onéreuse que celle des tribunaux ordinaires pour faire entendre ses revendications, il est généralement prévu que les pièces relatives à la procédure judiciaire seront exemptes des frais de timbres, et pour la même raison il n'y a pas de frais d'enregistrement pour l'authentification des accords conclus à l'amiable par les parties sous les auspices des tribunaux du travail. Il en résulte nécessairement de moins grandes recettes pour l'Etat à qui revient en général la charge de l'administration de la juridiction du travail. Dans certains cas cependant, en Autriche par exemple, les autorités locales assument une partie des dépenses. De même, en Belgique et en France, ce sont les municipalités auxquelles incombent ces dépenses, tandis qu'en Roumanie la loi met ces dépenses à la charge des chambres compétentes pour la désignation des assesseurs. Les parties elles-mêmes ne contribuent guère à ces charges que dans les cas où la loi autorise les tribunaux du travail à condamner l'une des parties ou les deux, au paiement des frais occasionnés ou, en cas de violation de mesures d'ordre pénal, au paiement d'amendes.

COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX DU TRAVAIL

Au début, les tribunaux du travail avaient une compétence plutôt limitée. Ils avaient été créés pour connaître d'abord des conflits individuels rela-

tifs aux contrats d'emploi dans certaines entreprises industrielles, surtout dans la petite industrie. Mais les succès qu'ils remportèrent ont tôt fait de leur mériter un accroissement de compétence. On a d'abord commencé par étendre leur champ d'action à un plus grand nombre d'industries, y compris les grandes industries manufacturières, et, par la suite, aux entreprises commerciales. En France, une loi du 25 décembre 1932 a préconisé la prudence pour l'agriculture, mais jusqu'à cette date, il semble que cette loi soit restée lettre morte. Des lois récentes au Portugal et en U. R. S. S. ont même autorisé les tribunaux du travail à connaître de certaines infractions d'ordre pénal.

Tous les systèmes de juridiction du travail comportent en général juridiction en matière de différends individuels. Mais très rares sont les pays où ils ont compétence pour trancher les conflits collectifs. Il faut d'ailleurs distinguer entre les « conflits collectifs de droit » qui sont basés sur un droit déjà existant, c'est-à-dire sur un droit né d'une loi, soit d'un contrat bilatéral ou collectif, et les « conflits collectifs d'intérêts » qui surgissent ordinairement à l'occasion de réclamations faites par les salariés pour obtenir des conditions de travail plus avantageuses que celles qui leur sont accordées. En effet, il n'y a pas lieu de douter que les conflits collectifs de droit puissent être de la compétence des tribunaux du travail, puisqu'ils sont nés d'un droit existant comme tout litige qui vient devant les cours de justice ordinaires, et que déjà dans le droit civil la procédure permet à plusieurs plaignants d'intenter conjointement une action contre un particulier ou à un plaignant de déposer une plainte contre plusieurs défendeurs qui pourraient être tenus solidairement responsables. Mais lorsqu'il s'agit de conflits d'intérêts, la situation est toute différente puisque les tribunaux ont alors mission de mettre fin à certaines divergences d'opinion en fixant les intérêts des parties en cause par le moyen d'une décision qui, ayant force de loi, crée derechef des droits nouveaux à l'adresse de l'une ou l'autre des parties, ou des deux. Il faut donc pour cela ajouter aux attributions des tribunaux du travail le pouvoir de créer des droits non seulement en interprétant des lois et des conventions déjà existantes, mais encore par l'application de principes généraux à des situations de fait toutes nouvelles, ce qui équivaut parfois à l'élaboration de nouvelles règles de droit. C'est en somme une concession qui n'est pas toujours reconnue aux cours de justice ordinaires. Mais les exemples fournis par la législation ouvrière méritent d'être soulignés ici.

D'abord, en ce qui concerne les conflits collectifs de droit, il y a l'U. R. S. S. où une telle compétence est accordée aux commissions paritaires instituées au sein de différentes entreprises, ainsi qu'aux tribunaux du travail, c'est-à-dire aux tribunaux du peuple auxquels sont adjoints des assesseurs. Il y a ensuite les pays scandinaves, c'est-à-dire le Danemark, la Norvège et la Suède qui reconnaissent au tribunal national du travail le pouvoir de régler tout conflit collectif portant sur des droits fondés sur une convention collective existante.

D'autre part, la nouvelle loi portugaise de 1933 sur les tribunaux du travail donne à ceux-ci des pouvoirs de juridiction, non seulement en ce qui concerne l'interprétation et l'application des conventions collectives, mais aussi en ce qui a trait aux négociations visant l'amendement, la prorogation ou l'adaptation de ces dernières. Il s'ensuit que les divergences de

vues qui pourraient naître au cours de telles négociations sont de nature à provoquer des conflits d'intérêts qui, de par la loi, seront de la compétence des tribunaux du travail. De même, la loi roumaine de 1933 donne à la juridiction du travail de ce pays toute compétence pour trancher les conflits relatifs aux conventions du travail, y compris les conflits surgissant à l'occasion de négociations entre les parties en vue de la conclusion de nouvelles conventions, soit individuelles, soit collectives.

En ce qui concerne les accidents du travail, signalons qu'en Belgique et en France les contestations qui en surgissent sont intentionnellement soustraites à la juridiction prud'homme, tandis qu'au Chili, en Espagne, au Pérou et au Portugal la loi réserve expressément cette catégorie de litige à la juridiction du travail. Dans les autres pays, le législateur n'a pas indiqué explicitement ses intentions à ce sujet. Mais il y a tout lieu de penser qu'il a voulu les inclure quand il a parlé, en termes généraux, de conflits découlant des relations d'emploi.

Si nous ajoutons à ceci le fait que dans certains pays, tel le Portugal et l'U. R. S. S., les tribunaux du travail ont certains pouvoirs en matière d'infraction de droit pénal et que, sauf en Pologne et au Portugal, le montant de l'objet du litige n'affecte pas la compétence des tribunaux du travail, nous sommes forcés de conclure que la législation moderne sur la juridiction du travail, s'inspirant de l'œuvre accomplie par ces tribunaux au cours du siècle passé, a de beaucoup accru leur compétence.

RESTRICTIONS IMPOSÉES PAR LES PARTIES A LA COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX DU TRAVAIL

La compétence des tribunaux du travail, qui exclut toujours celle des tribunaux ordinaires, peut elle-même être limitée par un accord bilatéral ou une convention collective liant les parties et ayant pour but de soumettre le différend à un arbitre ou à un tribunal arbitral, ce qui, dans certaines circonstances, peut permettre un règlement dans des conditions encore plus favorables que celles d'un règlement par les tribunaux du travail. Cette situation est envisagée même par la législation des pays qui requièrent que la procédure devant les tribunaux du travail commence par une tentative de conciliation.

Mais, ici encore, il s'agit d'un principe dont le détail d'application est sujet aux variations imposées par les particularités des régimes politiques. Ainsi, en Allemagne, cette limitation de la juridiction des tribunaux ne peut pas découler d'un accord bilatéral, mais seulement des règlements collectifs émis par les commissaires du travail, lesquels règlements collectifs tiennent lieu et place des conventions collectives du travail telles qu'elles existent dans les autres pays. Si ce sont les parties elles-mêmes qui décident de soumettre un conflit à une commission de conciliation, ou encore seulement de faire trancher telle ou telle question de fait par un comité d'experts, alors la compétence des tribunaux du travail n'est restreinte qu'en autant que ceux-ci seront liés par les conclusions des experts portant sur ces questions de fait.

D'après la loi italienne, l'accord des parties n'exclut la juridiction du travail que s'il vise le règlement du conflit au moyen d'un arbitrage

conforme aux dispositions du code de procédure. Mais toute stipulation d'une convention collective qui prescrirait l'arbitrage d'un différend individuel découlant de cette même convention serait sans effet. En Norvège et en Suède, l'accord des parties suffira pour remplacer la juridiction du travail par l'arbitrage. Par contre, en Tchécoslovaquie et en Pologne, l'accord bilatéral demeure sans effet, tandis que la clause arbitrale des conventions collectives produit tous ses effets juridiques.

La situation est encore spéciale en Autriche où ni la convention collective, ni l'accord bilatéral ne peut soustraire le différend à la compétence des tribunaux du travail. En effet, l'accord bilatéral lui-même ne peut avoir pour but que de soumettre le litige à l'une des commissions paritaires instituées en vertu d'une loi de 1936 qui elles-mêmes n'excluent pas la compétence des tribunaux du travail.

L'énumération que nous venons de faire comprend tous les pays où la législation sur la juridiction du travail a précisé les circonstances dans lesquelles la conciliation et l'arbitrage peuvent se suppléer à cette juridiction, et la conclusion qui s'impose c'est que la loi regarde d'un œil jaloux tout empiètement sur l'autorité des tribunaux du travail. Il existe même un pays, à savoir la Pologne, où la loi entache de nullité tout accord des parties ayant pour but de porter devant un tribunal ordinaire toute contestation qui, de par la loi sur les tribunaux du travail, rentre dans la compétence de ces derniers.

Mais il y a aussi des cas où la loi est muette quant à la validité d'une clause arbitrale contenue soit dans une convention collective, soit dans un accord des parties directement intéressées. L'on peut alors présumer que toute entente visant le règlement d'un différend du travail par un organe de conciliation ou d'arbitrage aurait force de loi et pourrait se substituer à la juridiction du travail ⁽¹⁾.

LA REPRÉSENTATION DES PARTIES

Nous savons déjà que l'un des buts de l'institution de tribunaux spéciaux du travail est de rendre la procédure plus simple qu'elle ne l'est devant les tribunaux ordinaires afin de permettre le règlement des différends du travail dans un minimum de temps et avec le moins de frais possible pour les parties en litige. Ceci est surtout vrai lorsque l'une des parties est un simple travailleur, car c'est surtout au pauvre salarié ou apprenti qu'on a voulu éviter une lutte injuste contre l'employeur supposé plus fortuné.

L'un des moyens auxquels le législateur a eu recours est d'éliminer, autant que faire se peut, le plaideur professionnel et d'autoriser les particuliers à se présenter eux-mêmes devant les tribunaux pour faire valoir leurs réclamations. Dans la plupart des pays, le principe est admis que les parties ont non seulement le droit mais aussi le devoir de comparaître en personne devant les tribunaux du travail. A côté des économies qui en

(1) Cf. Sneyers : « De la clause arbitrale devant les Conseils de prud'hommes », dans *Jurisprudence du Louage d'Ouvrage*, Bruxelles, Année VIII, Livraison VII, 1936, pp. 193 et suiv.

résultent pour les parties, il y a aussi le fait, plus important peut-être, que leur présence peut devenir des plus utiles pour le règlement à l'amiable du conflit. Le mandataire ne connaît pas toujours très bien les concessions qu'il pourrait faire et à cause de cela se montre souvent plus intransigeant que l'intéressé. Cela s'applique spécialement à la phase initiale de la procédure qui, dans tous les cas, exige qu'une tentative soit faite pour régler le différend à l'amiable. Mais il est aussi à noter que généralement la conciliation est non seulement admise, mais plutôt encouragée aux différents stages de la procédure et que la loi décrète que diverses tentatives dans ce sens soient faites en tout cas avant le prononcé d'un jugement.

Les seuls cas où les règles de la procédure interdisent à une partie d'ester en justice en leur propre nom se rencontrent au Danemark, en Norvège et en Suède. Lorsqu'il s'agit d'actions intentées devant le tribunal national du travail par ou contre les membres d'une organisation professionnelle des travailleurs ou des employeurs, c'est cette dernière qui doit alors entamer la procédure en son nom propre. Mais la loi suédoise comporte une exception permettant aux membres d'une organisation d'intenter eux-mêmes une action s'ils peuvent démontrer que l'organisation à laquelle ils appartiennent a refusé de le faire pour eux.

Il existe nécessairement des cas où le plaignant ou le défendeur, dans un procès, sont inaptes à plaider leur propre cause, ne serait-ce que pour raison de santé, d'âge, d'absence forcée ou encore lorsqu'il s'agit de personnes juridiques telles que les maisons de commerce, les entreprises industrielles. Pour tels cas la loi prescrit généralement que les parties peuvent être représentées par un proche parent ou collègue, un associé, un directeur, un employé ou toute personne autorisée d'après le règlement applicable. Ainsi, les associations professionnelles sont habituellement représentées par leurs fonctionnaires.

Les avocats, par contre, ne sont autorisés à comparaître pour leurs clients que dans des cas exceptionnels, lorsque, par exemple, comme en Autriche et en Tchécoslovaquie, l'objet du litige atteint une certaine valeur. En Belgique également, les avocats, les avoués, et autres personnes agréées par les chambres représentatives peuvent mener le débat au nom des parties à la phase judiciaire mais non devant le bureau de conciliation des conseils de prud'hommes où les parties ne peuvent être représentées que par un membre de leur groupe.

En France, le code du travail autorise les parties à être représentées par un avocat ou un avoué à toute phase de la procédure devant les conseils de prud'hommes. Le texte de la loi n'impose aucune restriction à la représentation par les avocats et les avoués, tandis qu'il précise que la représentation par un employeur, ou, selon le cas, par un ouvrier ou employé exerçant la même profession, ne peut avoir lieu qu'en cas de maladie ou d'absence forcée. Cependant, la Cour de Cassation a vu là une lacune qu'elle a cru devoir combler en décrétant la condition de maladie ou d'absence comme justification de la représentation par un avocat ou un avoué ⁽²⁾.

Dans certains pays, tels le Chili et la Tchécoslovaquie, les tribunaux.

(2) Colin : « Des conseils de Prud'hommes », Nos 495 et 496.

du travail ont même le droit de déterminer la somme maximum que les avocats pourront réclamer comme honoraires, de sorte que l'avocat sera lui-même moins enclin à intervenir dans les causes de peu d'importance, et que, d'autre part, le salarié ne se verra jamais dans l'obligation de faire des déboursés qui soient hors de proportion avec le montant de sa réclamation. Se proposant un but identique, la législation au Danemark et en Norvège autorise le tribunal du travail à limiter le nombre des avocats auxquels les parties pourraient avoir recours, ce qui peut aussi avoir pour effet de raccourcir les plaidoiries et, partant, de réduire les dépenses générales du procès.

En matière d'appels il y a le cas de l'Allemagne où la loi sur les tribunaux du travail qui, en général, ne tolère pas, devant les tribunaux du travail de première instance, la représentation par les plaideurs professionnels, l'exige lorsqu'il s'agit de procès devant les tribunaux du travail d'appel. Dans les pays où il n'y a pas de juridiction d'appel spéciale pour les conflits du travail, la loi est le plus souvent muette quant à la représentation des parties lorsqu'elle autorise l'appel des tribunaux du travail aux cours d'appel ordinaires, ce qui laisse croire que la procédure régulière est applicable. L'Autriche et la France sont les seuls pays où la loi fasse exception en autorisant les parties à plaider leur propre cause devant les cours de justice ordinaires servant de tribunaux d'appel pour les conflits du travail.

Au Portugal, en Roumanie, en Belgique, en France et en Italie, la loi contient des dispositions spéciales à l'égard de la représentation des mineurs et des femmes mariées. Dans les trois derniers pays précités, la procédure *in forma pauperis* est aussi admise en matière de contestations du travail lorsque la partie intéressée peut faire la preuve du manque des moyens nécessaires pour se procurer les services d'un avocat.

Notons aussi qu'en matière de juridiction du travail, il y a une différence avec la procédure judiciaire ordinaire en ce qui concerne le *forum* de l'action. Habituellement, c'est la règle du domicile du défendeur qui détermine la compétence territoriale des tribunaux, tandis que, pour la juridiction spéciale qui nous occupe en ce moment, c'est plutôt le lieu du travail ou de l'entreprise qui sert de facteur déterminant. Ainsi, d'après les lois autrichienne, belge, italienne et yougoslave, le plaignant peut intenter l'action soit devant le tribunal du travail du district où se trouve le siège principal de l'entreprise, soit devant le tribunal du district où le travail est effectué ou rémunéré, et les lois tchécoslovaque et polonaise lui réservent en plus la faculté d'introduire l'action devant le tribunal du travail du domicile du défendeur.

Le principe du lieu de travail est également reconnu par les lois de la France, du Portugal et de la Roumanie, mais dans ce dernier pays la juridiction du tribunal du travail dans le ressort duquel le défendeur a son domicile ou sa résidence est réservée, et en France l'action doit être intentée devant le tribunal du lieu où le contrat d'emploi a été conclu lorsque le salarié effectue son travail plus ou moins régulièrement en dehors des locaux de l'établissement.

Dans les cas sus-indiqués, l'idée fondamentale reste toujours la même, à savoir, donner au travailleur la faculté de déposer sa plainte devant le tribunal qui est le plus accessible et dont les membres sont les plus aptes

à juger la cause avec une juste appréciation des conditions du travail dans lesquelles le différend a surgi.

LA PROCÉDURE DE CONCILIATION

A l'encontre des règles de procédure civile ordinaire qui ne font que donner force de loi à un compromis effectué sous les auspices des cours de justice ordinaires, la procédure particulière, applicable au règlement amiable des différends du travail qui sont de la compétence des tribunaux du travail, présente certains aspects fort intéressants. Il importe d'observer d'abord qu'il s'agit ici non pas de la procédure de conciliation et d'arbitrage en vigueur dans nombre de pays pour le règlement des conflits collectifs et plus particulièrement des conflits collectifs d'intérêts, mais bien des règles spéciales relatives à la conciliation des différends individuels du travail qui font l'objet d'une poursuite devant les tribunaux du travail.

On a si bien apprécié la valeur de la conciliation comme moyen d'aplanir même les conflits individuels que dans certains pays, tels l'Italie, la Norvège et l'U. R. S. S., aucune action ne peut être intentée devant la juridiction du travail avant qu'un effort de conciliation ait été fait au préalable. Ainsi, d'après la loi italienne ce sont les organisations professionnelles à qui doit être notifiée l'existence de la contestation afin qu'elles puissent tenter un accord entre les parties. En U. R. S. S., certaines catégories de différends ne peuvent venir devant les tribunaux du travail qu'après avoir été portées devant les commissions de conciliation qui sont instituées au sein des entreprises elles-mêmes; et la loi norvégienne prescrit qu'une plainte n'est recevable par le tribunal du travail que s'il est démontré que les parties ont au préalable essayé d'aplanir le différend à l'amiable.

Dans d'autres pays, comme nous l'avons indiqué plus haut, la loi prescrit la création de bureaux de conciliation au sein des tribunaux du travail. Alors toute plainte déposée devant les tribunaux vient en premier lieu devant le bureau de conciliation qui a pour mission d'amener les parties à s'entendre. Mais le plus souvent la loi se borne à charger le président du tribunal — siégeant soit seul, soit avec le concours des assesseurs — à tenir une première audience dans le but de concilier les parties. Quel que soit le système adopté, la tentative de conciliation est toujours de rigueur. Parfois la loi autorise même le bureau de conciliation ou le président du tribunal du travail, à rendre séance tenante un jugement définitif. Ceci démontre amplement le but qu'on s'est toujours proposé, c'est-à-dire d'éviter les procès inutiles et dispendieux.

LA PROCÉDURE JUDICIAIRE

Les statistiques démontrent que la procédure de conciliation dont nous venons de parler a produit de très beaux résultats. L'on pourrait dire qu'approximativement la moitié des différends y trouvent leur règlement. Pour les autres, il faut nécessairement continuer dans la voie judi-

ciaire qui, cependant, est plus expéditive en matière du travail qu'elle ne l'est devant les tribunaux ordinaires. Par exemple, la loi sur les tribunaux du travail en Allemagne, en Roumanie et en Tchécoslovaquie décrète que, dès l'échec de la procédure de conciliation, le président du tribunal doit aussitôt convoquer les parties, les témoins et les experts pour une date rapprochée et, si possible, faire en sorte que l'affaire puisse être réglée en une seule audience.

Il y a cependant certaines analogies entre la procédure judiciaire de la juridiction du travail et celle de la justice ordinaire. D'abord la récusation des membres du tribunal est permise dans des conditions à peu près identiques à celles qui valent pour les juges réguliers. Ensuite, l'audition sous serment des parties ou des témoins et experts se poursuit de la même manière que devant les tribunaux ordinaires. Des enquêtes tendant à l'élucidation des faits peuvent être ordonnées soit d'office, soit à la requête des parties ; s'il y a danger que la publicité des audiences compromette, en quoi que ce soit, l'ordre public ou la sécurité de l'Etat ou qu'elle mène à la divulgation d'inventions ou de secrets professionnels, les débats peuvent être tenus à huis clos, ce qui favorise aussi les chances de conciliation entre les parties.

En effet, la conciliation n'est jamais perdue de vue et sous certains régimes, par exemple d'après les lois roumaine et yougoslave, même la procédure judiciaire doit débiter par une nouvelle tentative de conciliation, et d'après la loi belge les conseils de prud'hommes ne sont pas autorisés à prononcer un jugement s'ils n'ont pas tenté la conciliation au cours du procès. La loi portugaise va plus loin encore et permet aux parties de transiger même lorsque le jugement a été rendu et qu'il est en cours d'exécution. Il est évident que dans tous ces cas le but que s'est proposé le législateur n'est rien d'autre que de rendre la procédure la plus souple possible et de faciliter un règlement qui reposerait sur la bonne volonté des parties au litige plutôt que de le voir imposer par le tribunal.

Les décisions des tribunaux du travail, qu'elles soient fondées sur l'accord des parties ou l'autorité du tribunal, prennent généralement la forme d'un jugement ayant force de loi et pouvant être exécuté par les moyens de contrainte applicables aux jugements rendus par les tribunaux ordinaires. Très souvent le règlement exige que le jugement soit prononcé dans un certain délai. Par exemple, les lois allemande, roumaine et péruvienne fixent ce délai à trois jours à dater de l'audience, alors qu'en Autriche et en Suisse le prononcé du jugement doit avoir lieu si possible à la fin de l'audience.

Il y a aussi quelques pays où le législateur n'a pas rendu les décisions des tribunaux du travail exécutoires *ipso jure* à la manière des jugements des cours de justice ordinaires. En Tchécoslovaquie, par exemple, elles ne sont déclarées exécutoires qu'à la demande des parties ; par contre, en Pologne, le jugement devient exécutoire dès le prononcé à condition seulement que les parties ne demandent pas qu'il soit établi par écrit. Ensuite certaines différences se manifestent selon que le jugement est ou n'est pas sujet à appel. Mais ici encore il s'agit de détails de procédure, détails importants sans doute, mais auxquels nous ne pouvons pas faire allusion dans le cadre restreint de notre étude.

Ajoutons seulement qu'à l'exception du Mexique et des pays scandi-

naves, tous les pays qui ont une juridiction du travail permettent l'appel des tribunaux du travail à un tribunal supérieur. Comme nous l'avons déjà indiqué, quatre pays seulement ont institué des tribunaux du travail d'appel ; ce sont : l'Allemagne, la Belgique, le Chili et le Canton de Genève en Suisse. Dans les autres cas, ce sont les cours de justice ordinaires qui servent de cours d'appel en matière de contestations du travail. Mais souvent les tribunaux ordinaires prennent l'aspect de tribunaux spéciaux du travail à cause de la composition spéciale dont ils sont l'objet à cette occasion. Un exemple frappant, c'est l'Italie où des sections spéciales du travail sont formées au sein même des Cours d'appel. Ces sections sont composées de trois juges dont un président de section et deux conseillers de cour d'appel auxquels sont adjoints chaque fois, avec fonctions juridictionnelles proprement dites, deux assesseurs dont l'un représente les employeurs et l'autre les travailleurs. Elles constituent les *magistrature del Lavoro* qu'on a appelées tantôt tribunaux du travail, tantôt magistratures du travail, et qui remplissent le rôle de tribunal de première instance pour les conflits collectifs (3).

De même en Autriche, le tribunal local de première instance sert de cour d'appel pour les pourvois contre les décisions des tribunaux du travail, mais dans ces cas le tribunal ordinaire est composé de trois juges, au lieu d'un seul, qui sont assistés par deux assesseurs représentant respectivement les employeurs et les travailleurs. Des situations analogues se rencontrent en Pologne et en Tchécoslovaquie où des assesseurs sont adjoints aux cours d'appel ordinaires en cas de pourvoi contre les décisions des tribunaux du travail.

Que l'appel soit admis devant les tribunaux ordinaires ou devant les tribunaux d'appel spéciaux pour les questions relatives au travail, la loi sur la juridiction du travail prescrit ordinairement des règles spéciales de procédure applicables aux seuls appels contre les jugements des tribunaux du travail. Ces règles spéciales ont presque toujours pour objet de réduire les délais impartis pour l'introduction des différentes mesures aux diverses phases de la procédure, et, d'une manière générale, de rendre la juridiction du travail plus souple que la juridiction ordinaire.

Peut-être le meilleur exemple que nous pouvons en donner, c'est que, contrairement à la règle générale qui veut que les décisions des cours de justice ordinaires ne soient pas exécutoires avant l'expiration du délai prévu pour l'introduction du pourvoi en appel et que, ni l'une, ni l'autre des parties n'ait usé de son droit de recours, les jugements des tribunaux du travail sont souvent exécutoires provisoirement, nonobstant opposition ou appel. C'est le cas en France où les jugements des conseils de prud'hommes peuvent être déclarés provisoirement exécutoires, même sans caution, jusqu'à concurrence d'un certain pourcentage de la somme accordée par le jugement, et quant au solde moyennant dépôt d'une caution par le demandeur. En Allemagne, l'exécution provisoire bien qu'admise en principe par la loi sur les tribunaux du travail peut cependant être refusée si la partie condamnée réussit à démontrer que l'exécution par provision aurait pour effet de lui causer un préjudice irréparable. L'exé-

(3) Cf. Bureau international du Travail : *La Conciliation et l'Arbitrage des conflits du travail*. Etudes et documents, Série A. (Vie Sociale), N° 34, Genève, 1933.

cution nonobstant appel est également admise sous certaines conditions par les lois sur la juridiction du travail en Belgique, en Italie, au Portugal et en U. R. S. S.

Ajoutons que, dans certains pays, la loi prescrit tout simplement l'exécution forcée des jugements des tribunaux du travail sans préciser la procédure à suivre. Il va sans dire que, dans ces cas, le législateur doit avoir envisagé l'exécution par contrainte et l'appel conformément aux dispositions légales applicables aux décisions des cours de justice ordinaires.

SECTION III

LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE

NICOLAS, *Observations au sujet du pouvoir discrétionnaire de l'Administration.*

MESTRE, *La procédure d'arbitrage et le prix de l'énergie électrique.*
(Ces contributions publiées ci-dessus, Chapitre V, Section II, §§ 95 et 96).

★★

RADCLIFFE-CROSS, *Les rapports de l'Administration, de la Justice et de l'Etat en Angleterre et en France.*

GARNER, *Justice Administrative en France et aux Etats-Unis.*
(Ces contributions publiées ci-dessus, Titre I^{er}, Chapitre II, Section II, §§ 70 et 71).

★★

RUTTKE, *La loi allemande sur la prévention des tarés et la législation scandinave sur la stérilisation.*

(Cette contribution publiée ci-dessus, Chapitre VI, Section II, § 100).

SECTION IV

L'ARBITRAGE

DAVID, *Un projet de loi uniforme sur l'arbitrage.*

(Cette contribution publiée ci-dessous, Quatrième Partie, Titre II, Chapitre IV, Section VI, § 132).

★★

ISHIZAKI, *La récente évolution du Droit Corporatif dans le commerce des soies.*

(Cette contribution publiée dans le Tome I, Première Partie, Titre IV, Chapitre VI, § 40).

RABEL, *L'unification du Droit de la Vente Internationale. Ses rapports avec les formulaires ou contrats-types des divers commerces.*

(Cette contribution publiée ci-dessous, Quatrième Partie, Titre II, Chapitre I^{er}, § 118).

Il convient de rapprocher de ces deux dernières contributions celles de MM. BALOGH, *L'ADAPTATION DU DROIT AUX CONDITIONS ÉCONOMIQUES DANS LES DROITS EUROPÉENS ET AMÉRICAINS*, publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre II, Chapitre VI, Section I, § 148, et MUELLER-ERZBACH, *UNE PROPOSITION POUR L'UNIFICATION DE LA CONCEPTION DU DROIT. ILLUSTRÉE PAR LE DROIT DE LA VENTE*, reproduite ci-dessous, Quatrième Partie, Titre II, Chapitre I^{er}, § 119.

★★

Sur la TENDANCE EN FRANCE A L'ORGANISATION DE JURIDICTIONS PROFESSIONNELLES ARBITRALES, on consultera la contribution de M. MESTRE, *LA PROCÉDURE D'ARBITRAGE ET LE PRIX DE L'ÉNERGIE ÉLECTRIQUE*, publiée ci-dessus, dans ce Titre, Chapitre V, Section II, § 96.

QUATRIÈME PARTIE

LE DROIT COMPARÉ

COMME SCIENCE INTERNATIONALE MODERNE

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

TITRE PREMIER

LA RECEPTION DES DROITS

CHAPITRE PREMIER

LES FONDEMENTS ET LES CONDITIONS DE LA RECEPTION DES DROITS

SCHWARZ, *La réception et l'assimilation des Droits Etrangers.*

DEL VECCHIO, *La communicabilité du Droit et les doctrines de G.-B. Vico.*

Lord MACMILLAN, *Deux Manières de Penser.*

(Cette contribution publiée ci-dessus, Troisième Partie, Titre I^{er}, Chapitre I^{er}, § 65).

WIGMORE, *L'avenir du système juridique anglo-américain.*

(Cette contribution publiée ci-dessus, Troisième Partie, Titre I^{er}, Chapitre IV, § 74).

PERITCH, *L'influence du Droit Germanique sur le Droit Privé des peuples Yougoslaves.*

(Cette contribution publiée ci-dessous, Chapitre IV, § 116).

Sur la RÉCEPTION DES DROITS DANS L'ANTIQUITÉ :

KUEBLER, LES DEGRÉS DE FAUTES DANS LES SYSTÈMES JURIDIQUES DE L'ANTIQUITÉ, publié dans le Tome I^{er}, Première Partie, Titre II, Chapitre IV, Section II, § 14.

JOLOWICZ, LA « LAESIO ENORMIS », publié dans le Tome I, Première Partie, Titre II, Chapitre IV, Section II, § 15.

Sur la question : RÉCEPTION DES DROITS OU ÉVOLUTION D'UN DROIT NATUREL COMMUN ?, évoquée dans l'étude de M. DEL VECCHIO, cf. aussi la contribution de M. KOSCHAKER, L'HISTOIRE DU DROIT ET LE DROIT COMPARÉ, SURTOUT EN ALLEMAGNE, publiée dans le Tome I, Première Partie, Titre II, Chapitre VI, § 22.

LA RECEPTION ET L'ASSIMILATION DES DROITS ETRANGERS

Par Dr. ANDREAS B. SCHWARZ,
Professeur à l'Université d'Istanbul

La contribution suivante contient une conférence inaugurale faite à l'Université d'Istanbul où je fus appelé pour enseigner le droit romain et le nouveau droit civil turc formé par l'adoption du code civil suisse, et du code des obligations suisse. C'est ce qui explique les allusions locales des pages suivantes qui se rapportent particulièrement aux conditions juridiques de la nouvelle Turquie. L'occasion ne permettait, cela s'entend, qu'une esquisse rapide d'un sujet fondamental de la science du droit comparé qui n'a été que peu traité jusqu'à présent. Cependant ce sujet présente des rapports intimes avec l'œuvre scientifique d'Edouard Lambert, et je suis heureux de la voir insérée parmi les études publiées en l'honneur de ce grand pionnier du droit comparé.

I

On a cru longtemps que le rôle de Byzance s'était borné à recueillir et à conserver pour la postérité le droit romain des siècles précédents. Les recherches très approfondies de la science romaniste nous ont de plus en plus révélé dans ces dernières décades que ce rôle allait beaucoup plus loin. Le droit du peuple romain a subi ici une évolution aux faces multiples qui lui a fourni la forme définitive dans laquelle il devait conquérir une grande partie du monde, évolution qui l'a entre autres accommodé aux circonstances et aux exigences de l'Orient hellénisé. Cette œuvre d'*assimilation* fut accomplie, surtout depuis Constantin le Grand dans la législation par les empereurs qui ont régné dans ces mêmes lieux, aux bords de la mer de Marmara, à l'entrée du Bosphore, et elle y fut achevée au VI^e siècle par la compilation ou la codification justinienne. C'est pourquoi on fait aujourd'hui une distinction si tranchée entre ce que l'on appelle le droit classique des juristes romains des premiers siècles et le droit byzantin ou de Justinien qui a été élaboré ici. Donc le grand rôle de Constantinople dans l'histoire du droit romain — bien que de nombreux problèmes soient encore à ce sujet vivement discutés — fut en grande partie un rôle *assimilateur*.

Et maintenant, quatorze siècles plus tard, la Turquie, dans son rajeunissement qui a surpris le monde, vient de tendre la main vers le code civil et le code des obligations suisses, dont les racines, comme celles de tant d'autres, plongent au moins en partie dans l'œuvre de l'empereur byzantin. Et alors, on se demande : quel développement ce droit, qui s'est formé dans les hautes vallées des Alpes, va-t-il prendre dans cette contrée, sous un soleil méridional tellement plus chaud ? S'accommodera-t-il à des conditions si diverses sous bien des rapports, comme jadis le droit des juristes classiques romains s'est accommodé aux nécessités d'une culture différente ?

Ainsi, ce coup d'œil vers un passé bien éloigné, aussi bien que le regard vers l'avenir, nous inspirent également le sujet de cette étude qui peut avec raison s'intituler : Réception et assimilation d'un droit étranger.

II

Ce que l'on appelle réception d'un droit étranger est un phénomène de l'évolution juridique de tous les âges. Il en est de l'évolution du droit, comme de l'évolution de la culture humaine en général — des évolutions politique, religieuse, linguistique, artistique, littéraire, économique, etc. — qui toutes se basent sur un échange perpétuel des valeurs entre les différents peuples. Ces réceptions de droit constituent des phénomènes plus ou moins complexes, d'une grande diversité d'apparences, dont les types n'ont guère été examinés d'une manière approfondie par l'histoire comparative du droit, ainsi que par la sociologie juridique, science si récente encore.

Les raisons et les voies de ces phénomènes sont aussi différentes que la mesure dans laquelle les réceptions s'accomplissent : réceptions forcées, à la suite de conquêtes ou de colonisations; réceptions volontaires comme conséquence de besoins pratiques et de relations culturelles ou économiques; réceptions par la voie de la coutume ou par la voie de la législation; réception directe ou réception indirecte; réception totale, partielle ou éclectique — pour ne faire mention que de ces quelques types les plus évidents — se rencontrent suivant les temps et les lieux.

C'est ainsi qu'il exista dans l'antiquité des réceptions de droits que les recherches si élargies de notre époque ont de plus en plus révélées et mises en lumière. Il y eut des réceptions dans l'Orient antique — les droits des cités grecques se sont influencés mutuellement, — il s'établit une vaste réception du droit hellénique autour de la Méditerranée orientale et qui n'était d'ailleurs qu'un des côtés de l'hellénisation générale, à la suite des conquêtes d'Alexandre le Grand, — certaines idées juridiques grecques, pas trop nombreuses paraît-il — exercèrent leur influence sur les droits romains ancien et classique, — une réception de droit romain suivit dans les différentes provinces romaines et ne s'établit qu'avec de grandes difficultés et non sans de fortes résistances dans les provinces hellénisées de l'Orient, — et il y eut enfin une réception d'idées juridiques hellénistiques et orientales dans l'assimilation du droit romain chez les Byzantins, réception à laquelle nous faisons allusion tout à l'heure.

De pareils phénomènes se rencontrent également dans les temps modernes.

Tout d'abord, il y a au début, nous le savons tous, la grande réception du droit romain, qui est sortie de l'enseignement si puissant des Universités italiennes, et surtout de Bologne, à la fin du Moyen Age. Elle ne fut nulle part aussi profonde ni aussi effective qu'en Allemagne, où ce droit est entré totalement en vigueur et si l'on parle de « réception » en général, on pense spontanément en premier lieu à cette réception en Allemagne, qui s'est accomplie par voie coutumière au cours du xvi^e et du xvii^e siècles, réception dont les raisons demeurent toujours un peu mystérieuses et qui, quelle que toute fondamentale qu'elle soit, est loin d'être entièrement éclaircie dans ses origines. Mais ce mouvement ne s'est du tout borné à ce seul pays; bien au contraire, il a saisi plus ou moins tout l'Occident de l'Europe, il en a romanisé la pensée juridique et lui a fourni une base commune.

Mais le phénomène de la réception ne fut jamais, il me semble, un facteur d'une importance aussi vaste et universelle qu'à l'époque où nous nous trouvons encore, c'est-à-dire à l'époque des codifications. Dès la fin du xviii^e siècle, par suite de diverses raisons politiques, philosophiques et économiques, un mouvement s'étend à travers des pays de plus en plus nombreux, tendant à remplacer les droits, qui se trouvaient en vigueur, par des codes nouveaux, qui avaient l'intention et la prétention d'embrasser dans leur totalité les différentes branches du droit. Mais seuls très peu d'Etats ont produit des codes vraiment originaux. Parmi tant de codifications de droit civil que l'époque dont nous parlons a vu naître, de ceux qui demeurent encore en vigueur ce ne sont en réalité que les codes de la France, de l'Autriche, de l'Allemagne et de la Suisse, qui manifestent un esprit vraiment original en tant qu'expression de la pensée et de la science juridique nationales. Les codes en vigueur dans la plupart des Etats dans le monde actuel ont été importés de l'étranger, soit qu'ils aient été adoptés dans leur intégralité, soit qu'ils aient été plus ou moins transformés ou bien même combinés les uns avec les autres. Donc ce mouvement mondial — on peut le dire sans exagération — a été un mouvement révolutionnaire, puisqu'il a abrogé tant de droits grandis dans l'évolution historique des nations, au moyen d'une réception totale ou partielle de systèmes juridiques étrangers.

Dans ce mouvement nous voyons trois courants essentiels de pareilles réceptions de droits civils.

Le premier est constitué par la réception étendue du Code civil français de 1804, code qui eût le mérite de faire époque en présentant pour la première fois le type moderne d'un code de droit civil, codifiant les idées juridiques d'un monde rajeuni, formulé en courts articles abstraits. Il fut adopté, pour ainsi dire tel quel, en Belgique, dans les Pays-Bas, en Italie, en Roumanie, puis avec des transformations en Espagne et encore plus de changements au Portugal; il est en vigueur dans la plupart des Etats de l'Amérique Centrale et de l'Amérique du Sud, parfois d'une manière considérablement élargie comme par exemple en Argentine, et il a pénétré partiellement dans les pays de l'Afrique du Nord. Le Code civil français fut, par conséquent, l'une des principales bases de l'évolution du droit privé dans le monde au cours du xix^e siècle.

Le second courant est formé par la réception du Code civil allemand dès la fin du xix^e siècle par suite de la grande autorité que la doctrine

allemande du droit civil exerçait déjà au cours des décades précédentes. Ce Code a influencé le mouvement législatif de la Hongrie et de la Grèce, de l'Autriche, de la Russie et du Brésil, et même de la Suisse, il est devenu un fondement essentiel des codifications asiatiques, d'abord du Japon et récemment de la République chinoise et, pour finir, du Siam. Cette influence du code civil allemand diffère, dans une grande partie des cas, de celle qui fut exercée par le code français : l'allure savante de sa méthode, quoique d'une profondeur et d'une richesse remarquables, ainsi que d'une précision sans pareille, est loin de faciliter l'adoption intégrale; c'est pourquoi la plupart des codifications qu'il a inspirées offrent un caractère plus ou moins simplifié et éclectique.

Le troisième courant prend sa source dans l'initiative extrêmement heureuse de la Turquie nouvelle, qui vient d'adopter avec quelques changements le code civil de la Suisse, lequel est dans une plus large mesure que les autres codes de notre époque, l'œuvre d'un législateur individuel, Eugène Huber. Ce choix trouvera ailleurs, j'en suis sûr, des imitateurs; il a mis le code suisse au premier plan des codifications contemporaines et on en tient partout de plus en plus compte. Le choix de ce code a été très heureux; car le code suisse est beaucoup plus moderne — cela s'entend — que le code français déjà vieux de plus de cent trente années et même sous plusieurs points de vues que le code allemand; il est infiniment moins compliqué que ce dernier; il parle un langage populaire et aisément compréhensible et tout d'abord — en cela je reviens à notre point de départ — il est au plus haut degré *assimilable*.

III

L'assimilation d'un droit étranger s'effectue beaucoup plus facilement — cela se comprend de soi-même — dans le cas d'une *réception par voie de coutume* que dans celui d'une réception par acte législatif. La formation du droit coutumier est un phénomène long et lent et quand un droit étranger pénètre par cette voie il se fond de lui-même, inconsciemment pour ainsi dire, avec le droit indigène. C'est ainsi que la réception du droit grec dans les siècles de l'hellénisme antique produisit des résultats divers selon les droits autochtones des royaumes où régnaient les successeurs d'Alexandre le Grand; nous connaissons surtout ses résultats, grâce aux documents juridiques que l'on a déchiffrés sur des milliers et des milliers de papyrus découverts en Egypte, et qui, datant de l'époque des Ptolémées et des empereurs romains, nous rendent une image si vive de ce mélange de droit gréco-égyptien, dont la recherche est devenue une branche spéciale pour les romanistes de notre âge. Il en est de même pour la réception coutumière du droit romain en Allemagne au début des temps modernes qui a produit un droit romain adapté, modernisé, mêlé aux droits germaniques, que l'on a appelé « usage moderne des Pandectes ».

Il en va tout autrement quand il s'agit de *réceptions par voie de législation*, comme c'est le cas pour les nombreuses importations de codes étrangers dont nous avons parlé précédemment. C'est une réception soudaine, une transition rapide d'un jour à l'autre, une vraie révolution juridique et, autant que le code adopté n'a pas été accommodé aux conditions

du pays par le législateur lui-même — comme cela a été fait, aussi en Turquie par une série de changements de détail — l'assimilation ne peut se produire que lentement, pas à pas, et ce serait une erreur que d'en sous-estimer les difficultés. Néanmoins ces adoptions de codes étrangers furent plus ou moins partout des points de départ pour une évolution juridique, dont les résultats s'éloignent du droit en vigueur dans le pays natal du code adopté. Et c'est bien naturel : car ce que l'on adopte, c'est le code, et non le droit. Et ce sont deux choses différentes : un code n'est en réalité qu'une charpente, une ossature qui ne se ranime que par le contact avec la vie de la nation.

Personne n'est à même, bien entendu, de prédire à l'heure actuelle le destin du nouveau code de la Turquie, de prévoir l'évolution qui en résultera dans les longues années à venir. Nous sommes cependant à même de définir les forces motrices par lesquelles l'assimilation d'un code transplanté de l'étranger peut se produire et s'est produite ailleurs. Et nous pouvons, par cela même, déterminer quelques points de vues qui nous paraissent féconds pour le développement de la science du droit civil en Turquie.

Distinguons d'abord dans l'assimilation d'un droit deux phénomènes que l'on pourrait appeler : *assimilation positive* et *assimilation négative*.

Quand on transplante un arbre d'un sol dans un autre, sous un ciel différent, on est curieux d'observer s'il pourra continuer à s'y développer et fleurir. Eh ! bien — qu'on me permette encore cette comparaison — un code est plus qu'une plante ou un arbre, c'est toute une flore juridique d'une extrême richesse, avec des chênes puissants et des petites fleurs délicates ; certains pourront y croître à l'aise, tandis que d'autres auront peine à prendre racine et finiront par y dépérir et s'y dessécher. Il en est de même pour des transplantations de droits. Quand le droit romain, par exemple, commença à pénétrer dans les provinces helléniques de l'empire, plusieurs de ses institutions, même fondamentales, y furent à peine comprises et n'ont pas pu s'y enraciner. Et pour ce qui est des codes de notre âge, on a fait au cours du siècle de curieuses expériences, aussi bien dans leur patrie d'origine qu'à l'étranger. Certaines dispositions ont montré une vigueur inattendue, tandis que d'autres, auxquelles même on attachait de l'importance, se sont révélées inopérantes. C'est ce que l'on pourrait appeler l'*assimilation négative*. Mais qu'on se méfie de juger là-dessus trop précipitamment. Plus un code est étranger, plus il a besoin de temps pour pénétrer dans la vie et la connaissance du peuple. D'abord on ne se sert que d'une partie de ses règles, d'autres suivent peu à peu. Par exemple une institution aussi primordiale dans le droit des obligations que l'enrichissement sans cause, apparaîtra sans doute extrêmement étrange dans les pays où elle n'est pas devenue familière par une tradition romaniste ; mais l'enseignement et la pratique pourront la rendre de plus en plus compréhensible aux praticiens du droit. C'est donc au bout d'un certain temps seulement qu'on est autorisé à juger quelles parties d'un code sont restées des chapitres morts. Quoi qu'il en soit, c'est une tâche nécessaire d'observer avec grand soin — par la statistique juridique et par d'autres méthodes — quelles dispositions de la loi deviennent d'importance pratique et quelles sont celles qui restent plus ou moins inaperçues ou incomprises.

Mais hâtons-nous plutôt de passer à ce que nous venons d'appeler *l'assimilation positive*. Celle-ci, par laquelle le droit s'accommode à la vie, s'effectue — autant que je puis m'en rendre compte — par l'entremise de trois facteurs principaux : d'abord par la *pratique des tribunaux*, puis par ce qui peut être nommé la *pratique des actes juridiques* et enfin par la *doctrine*.

Donc, la *pratique des tribunaux*. Ce sont eux qui appliquent le droit et qui l'appliquant, le développent sans cesse. Et cela de plusieurs façons : au moyen de l'interprétation judiciaire, de l'appréciation ou la discrétion judiciaire et de ce que les Allemands appellent « *Rechtsfindung* », et que je préfère nommer « la création judiciaire ». C'est avant tout par les deux dernières fonctions que les juges sont à même de contribuer à l'assimilation du code adopté. Et la raison pour laquelle nous disions tout à l'heure que le code suisse est éminemment assimilable, c'est justement qu'il laisse une liberté relativement très étendue aux pouvoirs discrétionnaires et créateurs du juge.

Nous parlons du *pouvoir de discrétion* ou *d'appréciation du juge* dans les cas où la loi s'abstient de fixer une règle précise et se contente d'indiquer une direction générale, en laissant au juge la faculté d'accommoder sa décision aux circonstances individuelles des cas inépuisables qui se présenteront. Les lois et les codes diffèrent fortement en ce qu'ils restreignent ou élargissent plus ou moins cette liberté judiciaire. Quand le législateur suisse est allé loin dans cette voie, il a diminué la sécurité juridique, il est vrai, mais au profit de l'équité et de la justice. Comme ce pouvoir d'appréciation du juge a pour fonction de faire droit aux circonstances individuelles qui sont d'une diversité infinie et imprévisible, il est en même temps le facteur par lequel les tribunaux sont à même d'accommoder la règle de la loi aux circonstances du pays où pénètre le code adopté. C'est ainsi, par exemple, que dans les nombreux cas où le juge est chargé par la loi sans aucune indication de détails, de tenir compte des circonstances ou de justes motifs, ou — pour entrer dans un cas plus spécial — lorsque le divorce peut être prononcé, parce que — et je cite le code — « le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue insupportable », les décisions des tribunaux suisses et turcs peuvent différer selon les vues éthiques, religieuses, sociales et économiques des deux pays. Ou pour donner un autre exemple, le domaine des dommages-intérêts, d'une telle importance pratique, se trouve dans le code des obligations presque entièrement abandonné à la discrétion du juge : selon l'article 43 c'est ce dernier qui détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute; l'article 44 lui confère même un pouvoir extrêmement vaste de réduire dans certaines conditions, équitablement, les dommages-intérêts. De cette façon les tribunaux turcs ont la plus grande liberté pour développer les principes des dommages-intérêts d'une manière qui pourra essentiellement différer du droit suisse.

Ce pouvoir discrétionnaire des juges repose principalement sur quelques règles extrêmement générales, règles maîtresses, qui dominent tout le terrain du droit privé, soit qu'elles suppléent aux articles spéciaux, soit qu'elles en corrigent les effets selon les nécessités : c'est pourquoi on les a intitulées les « clauses générales du code ». Ces clauses prédominent

particulièrement dans le code suisse. Il s'agit notamment des deux principes fondamentaux formulés en tête du code civil dans l'article 2 de l'introduction, qui renvoient aux règles de la bonne foi et interdisent l'abus manifeste d'un droit; puis des articles 27 et 28 qui ont marqué un progrès si considérable concernant la protection de la personnalité; et enfin de ces deux grandes règles des articles 20 et 41 du code des obligations qui garantissent l'équilibre entre le droit et les mœurs. Ce sont des clauses de cette sorte, qui fournissent aux codes l'élasticité indispensable pour répondre aux circonstances les plus diverses. Ce que valent de pareils principes généraux nous en savons quelque chose, surtout nous autres juristes, qui venons de l'Allemagne où le code civil, grâce à eux, a fait ses preuves parmi les difficultés totalement imprévisibles pendant la guerre et surtout dans l'après-guerre, comme la dépréciation gigantesque de la monnaie, pour ne mentionner que celle-ci.

Donc de telles clauses générales sont aussi les moyens qui facilitent au premier chef l'introduction d'un droit dans la vie d'une nation étrangère, qui le rendent capable de s'accommoder aux conditions, aux besoins et aux courants spéciaux du pays qui l'adopte. Voilà une des raisons pour laquelle les Byzantins aimaient à introduire, en partie par interpolation, des clauses semblables dans les textes des juristes romains, des renvois généraux aux principes de l'équité et de l'humanité afin de faciliter l'application des règles et des décisions d'un passé déjà lointain dans le temps et l'espace.

Il n'y a pas de doute que les tribunaux turcs profiteront à chaque instant de ces clauses générales de leur code. Mais, qu'ils n'aillent pas trop loin dans cette voie tentante : qu'ils prennent garde de ne pas donner à ces quelques clauses le pas sur le code lui-même. Ces clauses peuvent exercer une influence bienfaisante, devenir des moyens de progrès juridique, elles peuvent notamment faciliter l'assimilation du droit, mais elles peuvent avoir aussi des effets dangereux en rendant la juridiction trop arbitraire. Le temps reste encore proche où on a vivement critiqué en Allemagne ce qui fut appelé : la fuite dans les clauses générales. Car cette fuite présente le danger de sacrifier les principes si précis du droit privé à des maximes vagues et incertaines. Les clauses générales ne doivent rester que les régulateurs d'une jurisprudence raisonnée, pour la maintenir en harmonie avec l'immense diversité, avec les exigences et les besoins si mouvants et si différents de la vie, dont il ne faut faire usage qu'en cas de nécessité. C'est justement un devoir important de notre enseignement et de nos exercices pratiques juridiques que d'accoutumer nos élèves à garder la juste mesure, parfois si difficile, à cet égard.

Voilà donc ce que nous voulions dire de la discrétion judiciaire. Ce que nous appelions d'autre part, il y a quelques instants, la *création judiciaire* marque une autre activité des juges. Celle-ci prend place quand la loi, à défaut de dispositions applicables, présente des lacunes. Nous savons tous combien elles sont fréquentes dans le code adopté par la Turquie. L'œuvre d'Eugène Huber se tait, sciemment et volontairement, sur de multiples points; il abandonne cette croyance des âges précédents qui prétendait qu'un code avait la force d'embrasser ou d'épuiser dans ses quelques centaines ou milliers d'articles la richesse immense de la vie. Il ne se borne qu'à donner des directives plus ou moins précises et complètes, laissant à

la jurisprudence et à la doctrine le soin d'y suppléer. Et c'est une raison de plus pour laquelle nous jugeons le code suisse tellement assimilable.

Quant à cette création judiciaire, l'article premier du code civil contient la formule devenue tellement fameuse, suivant laquelle le juge en cas de lacunes prononcera « selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur ». Cette formule Hubérienne, suggérée peut-être, comme on l'a supposé, par un passage de l'*Ethique* d'Aristote, doit sa grande popularité à ce qu'elle a sanctionné, quant aux relations du juge et de la loi, un point de vue en accord avec les tendances modernistes dans la science du droit. Néanmoins, en dépit de mon admiration envers le grand législateur, j'ose douter que cette formule corresponde exactement à l'état véritable des choses. Car le juge en réalité ne possède pas la liberté souveraine du législateur ⁽¹⁾. Au contraire, le même article qui reconnaît au juge ce vaste pouvoir créateur, ajoute qu'« il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence ». Le texte allemand du code suisse qui est le texte original de Huber, va même encore plus loin dans cette réserve que le texte français ou turc, en renvoyant le juge à la « bewährte Lehre und Überlieferung », c'est-à-dire « à la doctrine éprouvée et à la tradition ». Le juge suisse aura donc à s'inspirer, autant que possible, de la tradition du pays, de ces vieilles traditions des cantons, que Huber s'efforçait tellement de respecter. Le législateur turc, guidé par le texte français, s'est abstenu volontairement de faire appel à la tradition ancienne. Il était animé de la volonté d'interdire toute survivance des traditions et des doctrines juridiques de l'Ancienne Turquie et d'en prohiber l'infiltration à travers les lacunes du nouveau droit. Le législateur turc a voulu, autant que je suis à même d'en saisir l'intention, creuser un fossé infranchissable entre le passé et le présent. Mais, quoi qu'il en soit, chaque fois que le juge turc aura à trouver et à créer lui-même le droit, à défaut d'une disposition légale applicable, il s'inspirera forcément de vues et de considérations locales ou nationales, qui différeront souvent de celles d'un juge suisse.

Et maintenant passons brièvement à la deuxième force motrice d'assimilation : nous voulons dire *la pratique des actes juridiques*. Celle-ci paraît à même d'exercer une influence assimilatrice peut-être encore plus forte que la pratique des tribunaux. Cette force des actes juridiques — en premier lieu des contrats de toutes sortes, ainsi que des dispositions pour cause de mort — se déploie à l'égard des règles de la loi qui ne sont proposées qu'autant que les parties ne disposent pas différemment. Ces règles sont nommées dispositives, supplétives ou déclaratives et l'on sait bien qu'une très grande partie des règles du droit privé — surtout du droit des obligations, mais aussi celles du régime matrimonial et du droit de succession — possèdent ce caractère. Les héritiers légaux, par exemple, ne succèdent pas, dès lors que le défunt en a disposé autrement, ou bien la caution ne peut pas profiter du bénéfice de discussion si le contrat de cautionnement l'a exclu. Eh bien, l'expérience nous révèle que partout la pratique des contrats comme des autres actes juridiques a plus ou moins tendance à s'écarter des règles supplétives de la loi selon les intérêts des parties. Les baux à loyer, par exemple, surtout ceux des logements dans les grandes villes, divergent en beaucoup de pays des dispositions de la loi. Pareille chose se remarque pour les cautionnements, les dépôts et

encore d'autres contrats. La recherche des faits générateurs de droits, qui a trouvé quelques pionniers en Allemagne sous le titre de « *Rechtstasachenforschung* » et récemment aussi dans la sociologie juridique américaine, est loin d'être assez développée. Pourtant, elle est d'importance considérable.

Car c'est par la pratique des actes juridiques et des documents qui les concernent que les traditions et les singularités du droit se conservent avec le plus de vitalité et que les besoins ou les intérêts de la vie se réalisent. C'est justement pourquoi l'étude des papyrus, dont nous avons déjà fait mention, est tellement intéressante, car ces masses de documents grecs, englobant dix siècles de l'antiquité, font revivre à nos yeux les réalités de ces temps disparus, et nous montrent avec quelle opiniâtreté se gardaient les coutumes du droit grec dans la pratique des notaires égyptiens, en dépit des principes si souvent différents du droit romain.

De pareilles divergences entre les lois et les réalités se rencontrent à toutes les époques. Aussitôt qu'une loi nouvelle entre en vigueur, où que ce soit, une lutte s'éveille entre elle et les intérêts et les énergies de la vie, qui se sentent soudainement troublés et enchaînés. Et c'est l'art des avocats et des notaires d'inventer les voies pratiques par lesquelles ces intérêts peuvent être sauvés et maintenus sous le régime du droit nouveau. Supposons que le législateur turc n'ait pas modifié le code civil suisse en remplaçant le régime matrimonial de l'union des biens comme régime légal par la séparation des biens, n'est-il pas très probable, que dans la plupart des cas la pratique aurait produit le même résultat par des contrats de mariage. Et il n'y a pas de doute que l'observation de la pratique des actes juridiques nous pourrait offrir bien des exemples pareils. Cette observation soigneuse de la pratique des contrats et des dispositions à cause de mort est donc une tâche importante pour reconnaître les éléments du droit adopté dont la vie juridique a tendance à s'écarter.

Et enfin, c'est la *doctrine* qui peut aussi contribuer à l'assimilation du droit importé. C'est de nouveau l'exemple de la Byzance antique qui s'impose à cet égard. Car la transformation du droit romain dans la codification justinienne était en partie l'œuvre des professeurs des écoles de droit de ce temps, en première ligne de celles de Beyrouth et de Constantinople, qui ont — aussi discuté que ce point demeure — incorporé au droit romain les résultats de leur doctrine bien différente en beaucoup de points de celle des juristes romains de l'époque classique.

Quant à la réception des droits codifiés à notre époque contemporaine nous pouvons constater, que quand un code est adopté de l'étranger, la doctrine du pays natal a tendance à l'accompagner. Il en a été ainsi, par exemple de la doctrine française en Italie ou en Espagne et dans d'autres pays qui ont adopté le code civil français. Mais des exemples nombreux nous apprennent que la doctrine étrangère peut être développée et transformée conformément à la mentalité nationale. Voilà ce qui explique que les doctrines juridiques de différents pays peuvent tellement varier lors même que leurs codes sont identiques. C'est ainsi que l'Italie, par exemple, qui, après la pénétration de la doctrine du droit civil français, subit plus tard aussi la profonde influence de la science juridique allemande,

a su produire une doctrine qui apparaît au plus haut degré originale et qui est une des plus importantes de notre époque.

Quant à la Turquie actuelle, il est naturel qu'elle montre une tendance à s'orienter fortement vers la doctrine du droit suisse. Non seulement il y a toujours nombre de jeunes juristes turcs qui approfondissent leurs études juridiques dans les universités suisses, mais aussi les commentaires et les manuels du droit civil suisse sont de plus en plus traduits en turc et acquerront sans doute une grande autorité dans ce pays. Mais ce n'est pas seulement l'influence suisse à laquelle le développement de la doctrine civiliste en Turquie se trouve soumise. La formation d'une doctrine est en premier lieu la tâche scientifique des facultés de droit. Eh bien, dans les écoles de droit de la Turquie — dans les facultés d'Istanbul et d'Ankara — les divers courants les plus importants de la science juridique de notre époque se rencontrent d'une façon très heureuse. Une partie des professeurs a reçu sa formation scientifique à l'école française, d'autres aux universités allemandes. Ils collaborent — notamment à la faculté d'Istanbul — avec des collègues dont les uns viennent de France, tandis que d'autres ont été formés par la culture juridique allemande. Cette combinaison est vraiment, il me semble, une base féconde pour qu'une nouvelle doctrine synthétique en résulte qui sera en même temps l'émanation de l'esprit national.

Mais notons pour finir que tout ce développement dont nous venons de parler ne s'accomplit pas du jour au lendemain. L'œuvre assimilatrice de la jurisprudence, l'accommodation de la pratique des actes juridiques aux circonstances nouvelles, et avant tout la formation d'une doctrine qui représente la pénétration du nouveau droit dans l'esprit de la nation, tout cela a besoin de beaucoup de temps et de grands efforts. Ce n'est qu'après de longues années que le droit transplanté pourra s'enraciner profondément et personne ne peut à l'heure qu'il est prévoir ce qu'il va devenir dans le sol nouveau.

LA COMMUNICABILITE DU DROIT ET LES DOCTRINES DE G.-B. VICO

Par G. DEL VECCHIO

Doyen de la Faculté de Droit de l'Université Royale de Rome

Traduit par Pierre GARRAUD

Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Lyon

Une autre fois déjà, nous avons cherché à appeler l'attention des juristes sur la communicabilité du droit, c'est-à-dire cette propriété des normes juridiques par laquelle elles peuvent être transmises d'un peuple à un autre. On observe ordinairement cette transmission dans un cas particulier (par exemple la réception du droit romain survenue en Allemagne, est très connue); mais elle mérite d'être considérée aussi dans sa généralité, en relation avec la nature du droit, et comme un aspect caractéristique de cette nature même.

Remarquons tout de suite, pour prévenir une objection facile, que la communicabilité du droit ne doit pas être entendue au sens d'un simple transport mécanique ou matériel; au contraire, elle implique un processus d'adaptation et de nouvelle élaboration psychologique; il ne saurait en être autrement, puisque le droit est essentiellement un fait de l'esprit, un rythme de la conscience. Quand un peuple reçoit ou accueille d'un autre peuple des idées ou des institutions juridiques, dans le fait même de cet accueil, il apporte l'empreinte de son propre tempérament, c'est-à-dire qu'il les modifie en quelque manière de façon à assurer leur adaptation avec ses traditions, et à les rendre applicables à ses conditions de vie. Mais, même avec de pareilles modifications et adaptations particulières, ce fait fondamental, que la transmission des idées juridiques de peuple à peuple est possible, vitale et féconde, reste très important; et ce fait a une telle extension et est si riche de conséquences dans toute l'histoire humaine que, sans sa considération, il ne serait pas possible de comprendre exactement le développement d'un système juridique quelconque, soit antique, soit moderne.

On peut peut-être ajouter que la communicabilité du droit se vérifie en une plus grande mesure et avec une plus grande facilité, quand il s'agit des lois ou coutumes des peuples les plus avancés en civilisation. Ainsi, par exemple, plusieurs des codes d'Etats modernes civilisés, les mieux étudiés,

furent adoptés avec des modifications peu nombreuses, et parfois textuellement, par d'autres peuples même lointains, désireux de s'assurer un progrès équivalent. Pour ajouter un autre exemple bien connu, dans le domaine du droit public, la constitution anglaise, qui naquit plus spécialement de la révolution de 1688, exerça durant quelque temps une influence prépondérante et fut adoptée comme modèle dans plusieurs Etats de l'Europe continentale. Actuellement nous voyons que la législation italienne du travail, attachée à résoudre juridiquement les conflits entre les classes sociales, est l'objet d'étude et d'imitation dans divers pays, travaillés par des crises analogues.

Sans abuser d'exemples, il nous semble que tous les faits observés concourent à confirmer une vérité que nous avons aussi formulée dans un précédent travail ⁽¹⁾: la valeur des institutions juridiques dépasse en règle générale les motifs et les circonstances contingentes dont ces institutions sont sorties. Quoique leur genèse soit toujours historiquement conditionnée, leur logique interne leur confère une vie autonome, en les rendant capables d'applications nouvelles et indéfiniment plus larges que celles qui leur avaient été assignées à l'origine. Ces institutions elles-mêmes peuvent par conséquent s'interpréter, non seulement comme des parties d'une réalité historique individuellement déterminée, mais aussi comme des expressions ou des moments de l'esprit humain, en un sens universel, et, pour ainsi dire, métahistorique.

Tout cet ordre de vérité a eu toutefois beaucoup de peine à pénétrer dans la conscience scientifique, et peut-être n'y a-t-il pas encore suffisamment pénétré aujourd'hui. Divers préjugés se sont opposés à sa reconnaissance. D'un côté, l'école historique du droit, liée par ses origines au dogme d'après lequel tout peuple aurait un esprit particulier (« Volksgeist ») et par suite également un droit radicalement différent de celui de tout autre peuple, n'a jamais considéré l'évolution juridique sous son aspect vraiment universel, le fait d'une communication internationale d'idées juridiques lui apparaît plutôt en contradiction avec sa théorie, et par suite elle admet seulement comme une *exception* le phénomène, pourtant si grandiose et significatif, de la réception du droit romain en Allemagne. En vérité, ce phénomène correspond plutôt à la règle, c'est-à-dire au cours de la vie historique du droit en général, si bien que, comme cela a été déjà remarqué, le droit romain lui-même, avant d'être reçu en Allemagne, avait reçu et assimilé des éléments du droit d'autres peuples, particulièrement méditerranéens (attique, phénicien, etc...).

D'un autre côté, pour des raisons précisément opposées à celles qui inspirèrent l'école historique du droit, la communicabilité universelle du droit échappait au grand philosophe, qui pourtant tient une place éminente dans la philosophie juridique, et qui, sous tant d'aspects, peut être considéré comme un précurseur de la science moderne, Jean-Baptiste Vico, l'immortel auteur des « *Principii di una Scienza nuova intorno alla comune natura delle nazioni* » (1725). Il est opportun de s'arrêter un peu sur ce point et de suivre, autant que faire se peut, les attitudes et les développements des doctrines dans cette matière.

(1) *L'idée d'une science du droit universel comparé*, dans « Revue critique de Législation et de Jurisprudence », t. XXXIX (1910), p. 486-505.

Si l'école historique insista exclusivement sur le dogme du particularisme irréductible de toute production juridique nationale ⁽²⁾ et si aussi, « fixée par son but dans l'individualité et l'extériorité du droit, elle en sacrifia la généralité et la substance en risquant de faire autant de droits qu'il y a des nations » ⁽³⁾, Vico, au contraire, s'attacha avec rigueur au principe opposé d'une nécessaire identité originaire du droit de tous les peuples. D'où résulte que, tandis que, pour l'école historique, la communicabilité du droit, comme fait universel, est impossible, pour Vico, elle est superflue : parce que, selon sa doctrine, les *unités substantielles* du droit naturel des nations se fondent immédiatement sur le *sens commun du genre humain*, qui est « le critère enseigné aux nations par la divine Providence », sans besoin d'« une mesure humaine ». Vico indique précisément comme l'une des entreprises fondamentales, ou l'un des « perpétuels travaux », de sa science nouvelle de démontrer que « le droit naturel des nations est né en particulier chez les peuples, sans qu'ils sachent rien les uns des autres », sans qu'« ils prennent exemple » les uns sur les autres; d'où la négation de l'origine grecque de la loi des XII Tables, et, en général, l'exclusion *a priori* de toute cession ou communication historique, sauf pour reconnaître des ressemblances et des identités préexistantes ⁽⁴⁾.

Les deux thèses contraires conduisent donc à une conclusion également négative en ce qui concerne le phénomène étudié. Il n'a pas manqué de se trouver un auteur qui s'est référé successivement à l'une et à l'autre argumentations, pour déduire de leur combinaison, par un vieux procédé scolastique, l'impossibilité d'une communication juridique entre les peuples : « L'élément absolu dans le droit le rend uniforme auprès de tous les peuples inconnus les uns des autres; le droit est cosmopolite; l'élément contingent le rend, à l'opposé, propre à chaque peuple en particulier, le droit est national. Or le droit qu'on prétend datif ou communiqué, ne peut se rapporter ni à l'absolu, ni même au relatif; donc le droit est seulement particulier » ⁽⁵⁾. Mais la vérité est que l'unité fondamentale de la conscience juridique humaine, outre qu'elle est par elle-même suffisante à constituer une série de ressemblances originales et spontanées dans le droit de tous les peuples, rend encore possible une péréquation ultérieure, un processus historique d'union, moyennant la communication effective de ces idées qui, par des circonstances spéciales, sont amenées à se manifester dans un peuple plutôt que dans un autre. L'erreur de Vico est seulement d'avoir érigé en dogme le premier fait, et d'en avoir ensuite exclu le second, qui, cependant, n'est pas en contradiction avec lui, mais en est plutôt une conséquence et un complément. C'est précisément la conformité naturelle des droits humains qui en fait naître la communication historique progressive.

Il est remarquable que cette correction ou cette intégration de la doctrine de Vico fut énoncée pour la première fois par un écrivain de son école, par Cataldo Jannelli, dont le nom fut remis en honneur par Vadala

(2) Cf. par exemple SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit f. Gesetzgeb. u. Rechtswiss.* § 2.

(3) POLI, *Della riforma della Giurisprudenza*, dans *Saggi di scienza politico-legale*, 1841, p. 7.

(4) V. spécialement *Scienza nuova*, 2^e éd., L. I. Degn. XIII et CV.

(5) Crisafulli ZAPPALA, *Autorità degli italiani su la scienza del diritto*, 1862, p. 128.

Papale et par Fragapane. Dans le livre *Sulla natura e necessità della scienza delle cose e delle storie umane* (1817), Jannelli considérait distinctement (outre les liens d'origine, de coexistence et de succession) le « lien de communication entre les choses humaines », qui « en déterminant la chaîne de transplantation et de pérégrination forme la civilisation des nations », et il avertissait que c'était un « sujet entièrement nouveau et complètement intact » (6). Par la suite (aux environs de 1830), Romagnosi en arrive à formuler la thèse que la civilisation a essentiellement une « source extérieure ». « L'histoire ne fournit aucun véritable exemple de civilisation *native*, c'est-à-dire originaire et propre, mais mentionne seulement la civilisation *dativ*, c'est-à-dire communiquée et portée à la connaissance par le moyen ou de colonies, ou de conquêtes ou de *Tesmorphores* » (7). Par ceci et par d'autres affirmations également absolues. Romagnosi touchait cependant à l'autre extrême en contredisant non plus seulement la vérité découverte par Vico, mais sa propre doctrine, suivant laquelle il y a « dans les nations une tendance *innée* à la civilisation » (8).

Plus exact sur ce point est Emerico Amari qui, dans une œuvre mémorable : *Critica di una scienza delle legislazioni comparate* (1857), traite *ex professo*, toute cette matière. Bien qu'il n'ait pas réussi à déterminer le concept de la science elle-même, parce qu'il s'est peut-être trop attardé à en rechercher les traces, même seulement apparentes, presque chez chaque écrivain ancien ou moderne, et bien qu'il ait souvent confondu, contrairement à quelques-unes de ses déclarations expresses (pp. 482, 499, 506 et s.; cfr. p. 487 et s.), le rôle de la science des législations comparées avec celui de la philosophie du droit, comme le remarque justement Carle (9), l'étude méditée par laquelle il sut développer et mettre en lumière, à une époque encore peu propice, beaucoup d'idées directrices de la comparaison juridique universelle, n'en reste pas moins admirable. Une de ces idées est précisément celle de la « transmission des lois de peuple à peuple, des lois communiquées non seulement par la force, mais par d'autres nécessités politiques et sociales »; dans cette transmission ou propagation législative Amari reconnut avec raison un « phénomène perpétuel et universel », qui dérive psychologiquement de « deux instincts prépondérants, l'imitation et la propagation ». Considéré dans ses effets, en tant qu'il est la condition et le moyen principal de la civilisation progressive, ce fait « révèle une loi suprême de la Providence, le lien caché et divin, qui, à travers l'immensité des siècles et des espaces, réunit les sociétés humaines et crée l'humanité » (10). Pour Amari, la *tradition* n'est pas seulement (comme l'avait entendu l'école historique, et comme on l'entend encore communément) un passage à raison du temps, à travers des générations successives d'une même race; elle ne se limite pas, en somme, à un peuple

(6) *Op. cit.*, p. 180 et s. Cf. en outre d'autres allusions faites déjà dans le même sens par PAGANO, *Saggi politici*, I, C. V.

(7) *Dell'indole e dei fattori dell'incivilimento*, P. 1, C. IX, § 46; cf. aussi §§ 108 et 125; *Vedute fondamentali sull'arte logica*, §§ 987 et s., etc...

(8) Sur cette contradiction, v. DE GIORGI, note sur le § cité 987, dans ses *Œuvres*, vol. I, 1841, p. 415; v. aussi FERRARI, *La mente di G. D. Romagnosi*, 2^e éd., 1839, p. 107 et s.

(9) *La Filosofia del diritto nello Stato moderno*, I, 1903, p. 368.

(10) V. *Critica di una scienza delle legislazioni comparate*, p. 53-69, 338-340 et *passim*.

déterminé, mais elle se vérifie encore, pour ainsi dire, d'une manière *extensive*, ou à raison de l'espace, c'est-à-dire qu'elle comprend aussi toutes les relations, communications et imitations entre les divers peuples par lesquelles une conformité croissante, et beaucoup plus parfaite, tend à s'établir entre eux. La tradition ainsi entendue dans ce sens plus large et plus vrai, Amari put se fonder sur cette doctrine (dite par lui-même la clef de voûte de son œuvre) pour réfuter et corriger les vues unilatérales de Vico, n'accueillant même pas sans réserve celles défectueuses, à l'opposé, de Romagnosi, et se rapprochent de préférence de Jannelli ⁽¹¹⁾.

Il est vrai qu'Amari ne sut pas toujours se dépouiller d'un certain tempérament dogmatique, ni donner à sa thèse tout le complément nécessaire de preuves historiques, mais il est vrai, d'un autre côté, que les recherches ultérieures en confirmèrent la pensée fondamentale, en apportant des démonstrations et des illustrations que peut-être, en son temps, il n'aurait pas été possible de donner. Si bien que quelques auteurs modernes, ayant pour guide les nouveaux faits observés, non seulement adoptèrent cette thèse, sans même faire mention de celui qui l'avait exprimée le premier, mais encore la réduisirent à une formule naïve, pour expliquer par elle seule toute la réalité sociale et juridique. Ainsi, par exemple, Tarde, dont la doctrine tourne constamment autour du concept que l'imitation est le fait social élémentaire d'où procède et se forme également toute la vie historique du droit ⁽¹²⁾. Seulement, tandis que ce qui est vrai dans cette thèse avait été indiqué déjà avec perspicacité par Amari, Tarde en tire argument pour s'enfermer dans un empirisme superficiel et étroit, en négligeant complètement les bases logiques et psychologiques de l'imitation. La conformité native ou autochtone des développements, qui se fonde sur l'unité de l'esprit humain, fut par lui méconnue ou niée, à l'encontre même des témoignages les plus sûrs de l'expérience. « Il n'est pas une similitude dans l'Univers qui n'ait pour cause l'une de ces trois grandes formes, superposées et enchevêtrées, de l'universelle répétition : l'ondulation pour les phénomènes physiques, l'hérédité pour les phénomènes vivants, l'imitation pour les phénomènes sociaux proprement dits ». « Ce qu'il y a de continu, ce qu'il y a de nécessaire, ce qu'il y a de soumis à des lois scientifiques formulables, dans les faits sociaux, c'est le caractère qui est commun à eux tous, et qui est exclusivement propre à leur ensemble, d'être imitatifs ou imités » ⁽¹³⁾. Tarde fut dominé par ce préjugé au point même de réputer superflue la preuve qu'une imitation serait survenue, lorsqu'il eut à relever certaines ressemblances entre les coutumes de peuples lointains. « On me demande la preuve qu'il y a eu copie. Je demanderai, moi, qu'on veuille bien me prouver qu'il n'y a pas eu copie, c'est-à-dire qu'il y a eu, parfois, une rencontre des plus merveilleuses » ⁽¹⁴⁾. La *petitio principii*, sur laquelle se fonde un semblable renversement de la preuve, est si évidente qu'il n'est pas nécessaire d'en démontrer l'inexactitude.

(11) V. AMARI, *op. cit.*, p. 275 et s., 327 et s., 391 et s., 402 et s., 419, 433.

(12) V. particulièrement *Les lois de l'imitation*, 5^e éd., 1907, et *Les transformations du droit*, 6^e éd., 1909.

(13) *Les transformations du droit*, p. 169 et s.; cf. *Les lois de l'imitation*, p. 16, 40 et *passim* : « Toute similitude sociale a l'imitation pour cause ».

(14) *Les transformations du droit*, Préface, p. VII.

Il est plus utile de réaffirmer, en conclusion, ceci : c'est que deux vérités de fait ressortent également des études modernes d'ethnographie juridique comparée. Il est établi, d'une part, que, à côté de variations, il y a une conformité originaire et spontanée dans les idées et les institutions juridiques de tous les peuples, même « à travers leur inconnu », parce qu'il y a une « commune nature des nations », comme il y a une commune nature humaine ⁽¹⁵⁾. D'autre part, il est devenu clair que, par cela même que les communications d'idées et d'institutions juridiques se produisent entre les nations avec une pareille rapidité, extension et fréquence, et sous des modalités si diverses et si inopinément efficaces, on doit, sans plus, abandonner ces préjugés d'école répandus jusqu'à notre époque, suivant lesquels on attribuait au droit un caractère essentiellement indigène ou exclusivement national. « All the tendency of modern research, remarquait aussi Pollock, is to show that deliberate imitation was earlier, easier, and commoner than scholars formerly supposed » ⁽¹⁶⁾. C'est justement que Bruggi comptait déjà parmi « les grands avantages qui se rencontrent dans la jurisprudence comparative, bien que cette science ne soit pas encore arrivée à majorité », la possibilité d'observer « les transmigrations et les greffes des institutions d'un peuple à l'autre » ⁽¹⁷⁾. Ainsi, comme règle de recherche, ce concept nouveau, ou tout au moins renouvelé, de la communicabilité du droit pourra donner les meilleurs résultats, en aidant probablement à résoudre certaines questions embrouillées relatives aux origines, questions qui, jusqu'à présent, lassèrent en vain les historiens. Et déjà quelques-uns des chercheurs les plus sagaces se sont heureusement lancés sur cette voie ⁽¹⁸⁾.

Pour ce qui concerne en particulier la pensée de Vico, il convient de bien noter que la doctrine de la communicabilité historique du droit n'est point inconciliable avec les principes fondamentaux de la philosophie de Vico. La vérité est plutôt dans l'affirmation opposée. La communication est possible en tant qu'il y a une unité essentielle de l'esprit humain. Si un peuple peut recevoir et faire sien (fut-ce même avec des accommodements

(15) Cf. par exemple, les témoignages de Post : « Es ist im Völkerleben ein unendlich grosser allgemeiner menschlicher Bestand vorhanden, ein unendlich umfangreicher Kreis von Sitten und Anschauungen, welcher, ein Gemeingut des Genus *homo sapiens* darstellt ». « Es giebt bestimmte Rechtsinstitute, welche sich so sehr bei allen möglichen Völkern der Erde wiederholen dass man sie als ein Gemeingut der Menschheit betrachten darf ». (*Ueber die Aufgaben einer allgemeinen Rechtswissenschaft*, 1891, p. 17 et 19), et pareillement de KOHLER : « Je mehr wir in dem Studium der Menschheit hinaufreichen, um so klarer wird es uns, dass die ganze Menschheit trotz nationaler Eigenheiten nicht nur von gleichartigen Trieben geleitet, sondern speciell im Recht und in der Entwicklung der Volkseinrichtungen und Volksgebräuche von gleichartigen Bildungskräften beherrscht wird » ; avec une référence expresse aux équivalences de droit entre peuples, « die nichts miteinander zu thun hatten und ihre Culturen ganz selbständig gestaltet haben » (*Ueber die Methode der Rechtsvergleichung*, dans « Grünhut's Zeitschrift », 1901, p. 274 et s.) ; v. aussi DARESTE, *Etudes d'histoire du droit*, 1^{re} Série (2^e éd. 1908), p. XIII et s.

(16) *Introduction and Notes to S. H. Maine's « Ancient Law »*, 2^e éd., 1908, p. 30 ; cf. p. 2 ; v. aussi du même auteur, *The history of Comparative Jurisprudence*, dans *Journ. of the Soc. of Compar. Legislation*, 1903, p. 80.

(17) *Introduzione enciclopedia alle scienze giuridiche e sociali nel sistema della Giurisprudenza*, 4^e éd., 1907, p. 308 et s. ; cf. p. 60 et s.

(18) Cf. par exemple SCIALOJA, *Storia della vendita consensuale*, Rapport au Congrès international des Sciences historiques, Berlin, 1908.

opportuns) le droit élaboré par un autre, ce résultat se réalise parce que dans la nature de ces deux peuples il y a des exigences et des nécessités communes qui se réfléchissent dans le droit; parce qu'en somme, il y a, outre leur individualité, ce que Vico a appelé fort bien « l'humanité des nations ». En supposant que le droit soit, comme l'ont prétendu certaines écoles, quelque chose d'exclusivement *historique*, relatif seulement au lieu et au temps de son origine, et par suite dépouillé de toute valeur humaine ou universelle, il ne comporterait pas d'applications à des peuples différents, et ne pourrait pas dépasser ses limites ethniques et temporelles. Les faits, bien à l'inverse, démontrent, à l'encontre des sollicitations d'un historisme étroit et dogmatique, que les constructions juridiques, même si elles ont une origine nationale, étendent souvent très largement leur influence, pénétrant dans d'autres organisations, en en renouvelant et en en fécondant le développement. Aucune autre vérité, plus que celle-là, n'a émergé des recherches modernes sur la phénoménologie du droit; aucune n'a reçu des confirmations plus nombreuses et plus sûres du progrès journalier de ces études. Or, qu'est-ce que cela prouve, sinon que le droit a aussi, comme nous l'avons déjà dit, une signification *métahistorique*, autrement dit que les institutions juridiques peuvent et doivent s'interpréter non seulement comme des portions d'une réalité historique individuellement déterminée, mais encore comme des expressions ou moments de l'esprit humain dans son caractère universel? Et qu'est donc véritablement dans sa substance la « *Scienza nuova* », sinon précisément une interprétation *métahistorique* du droit et de tous les faits et de toutes les coutumes de l'humanité?

Il reste alors à expliquer pourquoi Vico a cependant exclu de son système toute trace de communication juridique entre les peuples. La raison n'en est pas tant d'ordre logique, que, pour ainsi dire, d'ordre *psychologique*, et elle devient manifeste si l'on considère la marche de la pensée de Vico dans la formation de son système. Il avait découvert avant tout une très grande vérité, d'importance fondamentale pour la science de toutes les choses humaines et du droit comparé en particulier, c'est-à-dire l'unité de l'esprit, et la nécessité conséquente que l'histoire avance selon « des idées uniformes ». Cette vérité suffisait déjà à donner la raison du fait, merveilleusement compris par induction par Vico, et confirmé beaucoup mieux par l'exploration ethnologique moderne, que des identités substantielles se produisent dans le droit même des peuples « entre eux non connus » (*die nichts miteinander zu thun hatten und ihre Culturen ganz selbständig gestaltet haben*, pour nous servir des termes de Kohler, qui correspondent exactement à ceux de Vico). L'idée que de semblables uniformités pouvaient dériver entre autres de transmissions factices devint pour lui inacceptable et détestée, parce qu'en une certaine manière elle prenait la place de l'autre idée découverte par lui, et qu'elle pouvait, surtout dans la conception commune, l'obscurcir et en empêcher la compréhension. D'où cette intransigeance vigilante, avec laquelle il exclut toute allusion à une dérivation extrinsèque du droit, et combat toutes les traditions en ce sens, en apercevant toujours en elles un obstacle à la prépondérance de la doctrine sur laquelle s'appuyait toute sa construction logique, et qui, désormais, dominait son esprit comme un axiome.

Sans doute, si l'on confronte l'une et l'autre doctrines, la doctrine originale de Vico est incomparablement plus compréhensive et plus profonde

et il a pleinement raison de la soutenir comme la base de son système. Une science du droit universel comparé, il est bon de le redire, ne serait pas possible, en dehors d'un pareil principe. Mais ces deux doctrines ne sont pas en réalité antithétiques, et il n'y a aucune incompatibilité objective dans les faits sur lesquels elles se fondent respectivement. La relation entre les deux thèses est plutôt de hiérarchie et de subordination que de contradiction réciproque; l'une désigne le phénomène le plus général, et pour ainsi dire la racine de toute la phénoménologie du droit; l'autre une manifestation dérivée, et cependant imposante et caractéristique, qui survient dans le développement historique, en déterminant les enchaînements et les propagations des institutions. Pour parler plus clairement, l'unité du droit humain résulte plutôt totalement et immédiatement de l'unité de l'esprit, c'est-à-dire de l'être, et ainsi s'expliquent les ressemblances originaires ou *natives*. Mais il y a encore dans le droit des ressemblances acquises ou *datives* qui s'avèrent dans la mesure précisément où l'identité de nature rend, entre les hommes, possibles et fructueuses les communications d'idées ou de coutumes. La péréquation dans les organisations juridiques positives qui s'accomplit par l'analogie et la convergence naturelles de leurs développements particuliers, est, en fait, facilitée et sollicitée par ces transferts par lesquels les peuples moins civilisés peuvent assimiler, en une certaine mesure, ce qui fut élaboré antérieurement par d'autres. La capacité de transmission et d'assimilation devient, en somme, un moyen efficace pour rendre effective et réaliser de manière concrète cette union du genre humain (*religio humani generis*), qui sans doute a dans l'identité de l'esprit sa raison la plus haute et la plus générale.

Cet aspect du sujet complexe, que Vico laisse entièrement dans l'ombre, fut mis en lumière seulement plus tard, par de nouvelles recherches, sans que pourtant fussent abandonnés les enseignements fondamentaux de Vico lui-même, mais bien plutôt en les recueillant avec soin, et en corrigeant seulement leur caractère unilatéral. Ce qui du reste ne peut étonner quiconque sait comment le progrès spéculatif s'annonce en général par l'exagération d'une vérité nouvelle au désavantage d'autres qui viennent ensuite pour mettre en relief la première; jusqu'à ce que la critique parvienne à établir un juste équilibre en fixant les limites de ce qui est acquis, et en effaçant les traces de la politique de circonstance. Ainsi en a-t-il été dans le cas actuel : et ce n'est pas faire tort au génie de Vico, ni, comme quelqu'un l'a affirmé, le placer « en condition d'infériorité », par rapport à ceux qui ultérieurement se sont attachés à creuser le même problème, que retracer équitablement l'histoire de sa doctrine en reconnaissant ces compléments qu'ont apportés, sur ce point particulier, à la pensée de Vico, ses continuateurs comme, par exemple, Jannelli et Amari. Ce serait, en revanche, une idolâtrie sans excuse de méconnaître, pour un aveugle hommage à un premier et très grand chercheur, les fruits des recherches ultérieures sur le sujet; comme si ce n'était pas le propre des vérités les plus profondes de susciter, avec une fécondité inépuisable, des applications et des combinaisons encore insoupçonnées de leurs premiers inventeurs. Dans l'affirmation de la communicabilité historique du droit comme conséquence de son uniformité naturelle, nous continuons précisément cette grande conception de Vico; nous sommes fidèles au principe sur lequel se forme son œuvre bien que cependant nous en laissions tomber une

partie extrinsèque et négative. Ainsi donc il n'y a même pas besoin de dire à notre décharge : *Amicus Vicus, sed magis amica veritas*, puisque réellement il s'agit, nous le répétons, d'achèvement beaucoup plus que de réfutation substantielle.

Si nous dirigeons encore un rapide regard sur les vicissitudes de la doctrine postérieurement à l'époque de Vico, la vérité de cette interprétation critique prend de la valeur et s'éclaire jusqu'à ne laisser aucun doute. Significatif est avant tout que lorsque Francesco Mario Pagano, au début de ses *Saggi politici* (1783) eut à entrevoir les effets de la communication entre les nations, étant par ailleurs sous l'influence des doctrines de Vico, il donna à ce fait un caractère d'exception, et le plaça parmi les raisons qui « *troublent le cours naturel et ordonné des nations.* » ⁽¹⁹⁾. « Quoique, écrivait-il, la barbarie, le gouvernement despotique, la situation naturelle des pays soient de puissantes barrières qui séparent et divisent les nations, le temps, les lumières et l'industrie remportent la victoire sur la barbarie des coutumes, sur la crainte féroce du despotisme, et sur l'indomptable âpreté du site; et les nations communiquent ensemble; par cette communication le cours civil de chaque peuple se trouve changé. » ⁽²⁰⁾. Cette allusion brève et pourtant notable ne semble pas avoir eu alors aucun développement propre, mais, peu après, un autre philosophe de l'histoire, inspiré semblablement par Vico, Cataldo Jannelli, reprit l'examen de la question en lui donnant, le premier, un juste relief. Il définit le « lien de communication » comme un des « plus grands objets » de la science des choses humaines qui correspond à l'histoire idéale éternelle de Vico, et il voulut lui assigner exclusivement une des quatre grandes parties de cette science. Il ne négligea pas d'assurer que l'étude de ce lien ou chaîne de pérégrinations et de transplantations était encore un *sujet complètement nouveau et entièrement intact* ⁽²¹⁾. L'observation touchait directement Vico (que Jannelli avait toujours devant l'esprit) et désignait précisément cette lacune de son système que nous avons rencontrée tout à l'heure. Pour sa part, Jannelli s'arrêta un instant, comme le voulait le caractère de son écrit, sur le programme des recherches à commencer, en éclairant l'objet et les faits par une série de questions suggestives, qu'il faut se donner la peine de reproduire: « Par quels moyens pouvaient se communiquer les connaissances et les institutions humaines? La guerre, la conquête, les colonies, les sociétés, les confédérations, le commerce, les voyages sont-ils tous également faits pour de pareilles communications? Quelles grandes différences devait-on noter entre ces divers moyens? Les hommes communiquent-ils toujours à autrui leurs connaissances et leurs institutions? Et s'il n'en est pas toujours ainsi, quelles périodes de vie sociale, et quelles circonstances sont-elles mieux faites et mieux disposées pour ces communications? Les hommes communiquent-ils indistinctement toutes leurs connaissances et institutions? Et s'il n'en est pas ainsi, quelles sont les connaissances qui, nécessairement, se communiquent; quelles sont celles qui se répandent facilement et aisément, et quelles sont ensuite celles qui pénètrent le plus

(19) Ch. V, p. 21.

(20) Ib. p. 22.

(21) *Sulla natura e necessità della scienze delle cose e delle storie umane*, 1817, p. 186; cf. p. 180 et s.

difficilement, et qui sont retenues le plus difficilement par autrui ? Dans quels gouvernements, et dans quels systèmes civils la communication et la propagation des institutions et des connaissances humaines sont-elles plus aisées ou plus difficiles ? D'un autre côté, les hommes sont-ils également toujours disposés à recevoir les connaissances et les institutions d'autrui ? Suffit-il que nous voyons quelque art nouveau, quelque institution qui ne soit pas proche de nous, pour l'avoir imitée et reçue ? Suffit-il que sur les côtes de la Grèce débarquent certains corsaires phéniciens et qu'ils montrent aux sauvages qui l'habitent, arts, métiers, sciences, écriture, pour que ceux-ci les reçoivent tout à coup avec avidité, et tout à coup se civilisent ? Que deviennent finalement les connaissances et institutions communiquées chez ceux qui les reçoivent. Quelles formes, quels aspects prennent-elles, et comment se relient-elles aux institutions indigènes et natives et s'amalgament-elles avec ces institutions ? etc... »⁽²²⁾. Ceci montre suffisamment que Jannelli eut une claire vision de la complexité du problème ; aussi est-ce à tort que quelqu'un a affirmé qu'après Vico « une détermination philosophique de ce problème (du lien de communication des choses humaines) ne fut même pas tentée ».

Amari s'engagea dans ce sujet plus profondément encore que Jannelli. Il est superflu d'insister sur l'importance de son œuvre, ci-dessus rappelée : *Critica di una scienza delle legislazione comparate* (1857), où la communicabilité des idées et des coutumes en général, et du droit en particulier, est abondamment démontrée avec des arguments variés et souvent profonds. Nous voulons toutefois relever ce point : tandis que généralement Amari exalte le génie de Vico et, pour beaucoup de principes, se réclame de lui comme d'un maître ⁽²³⁾, toutes les fois qu'il traite de la communicabilité du droit, il s'écarte de lui, et même le blâme ouvertement, en réputant injustifiée son opposition à cette conception. Les déclarations bien connues de Vico une fois reproduites, il observe à l'opposé : « Donc, parce qu'il y a un droit providentiel, il ne peut y avoir un droit communiqué ? Mais les communications des lois, du droit, des civilisations entre peuples ne sont-elles pas peut-être l'œuvre la plus belle de la Providence ? N'est-il pas ordonné par la souveraine sagesse et par le suprême amour, c'est-à-dire par la Providence, l'« allez et enseignez » ? Et si cela ne suffit pas, une hypothèse spéculative peut-elle détruire un fait attesté par l'histoire du genre humain ? Un fait que nous sentons, nous voyons et que nous touchons quasi du doigt à tout instant de notre vie ? Mais Vico ne s'effraye pas des difficultés de fait. L'idée avant tout et par-dessus tout : si l'histoire la confirme, il croit à l'histoire ; si elle l'infirme, il ne doute ni ne vacille, sa résolution est déjà prise, avec mépris il la déclare mensongère, fantaisie de savants et scandale politique ». (p. 276). De ce préjugé (qui a été également noté par Cantoni, *G. B. Vico*, p. 242), dérivent, selon Amari, toutes les parties erronées et irréelles du système de Vico : « toutes ses hypothèses risquées, étymologies étranges et analogies introuvables ; les démentis téméraires aux faits les plus assurés, le bouleversement des chronologies les mieux vérifiées, la négation de l'existence d'hommes, de lois, de peuples entiers ; en somme toutes les tortures et le trouble infligés à l'histoire con-

(22) *Loc. cit.*

(23) *V. par ex. op. cit.*, p. 258, 273, etc...

nue, de sorte qu'en lisant Vico, on est rempli de stupeur devant une telle richesse et de douleur devant un pareil gaspillage de talent, dû uniquement à la fatale obstination dans une idée fausse ». C'est « non pas dans Vico par conséquent, mais dans ceux qui vinrent après lui », qu'Amari dut rechercher les antécédents de la doctrine sur le lien de « tradition ». C'est pourquoi, en notant à ce propos le mérite de Jannelli, il observe avec raison que, par son intermédiaire, l'école italienne a pu « accroître le noble héritage de notre Vico » (p. 419), parce que, précisément, dans la pensée d'Amari, comme dans la nôtre, cet héritage ne doit pas être abandonné mais, bien au contraire, augmenté, avec les fruits de l'expérience historique et de la critique progressive.

Tel semble être (en vérité) le destin des doctrines de Vico : leur fondement essentiel ou « semence éternelle » de vérité les fait survivre aux transformations produites par le travail de la critique et par le progrès de la culture. Les éléments accessoires tombent, les idées préconçues et les erreurs partielles se corrigent, les lacunes se remplissent, on dépasse le caractère unilatéral de ses doctrines. Mais par cela même on distingue et on expérimente un peu mieux la robustesse incroyable des conceptions fondamentales; elles résistent et demeurent intactes et resplendissent plus ardemment, si on les dépouille des enveloppes accidentelles et caduques que l'auteur leur met quelquefois en manière de soutien. Un exemple typique de ce point de vue nous est offert par la question actuellement examinée. La thèse de l'incommunicabilité du droit que Vico met en avant pour renforcer le principe de l'uniformité originaire du droit, fut abandonnée à cause de recherches nouvelles qui devaient en même temps pleinement confirmer la doctrine principale qu'il avait défendue. La critique postérieure, avec le concours des études nouvelles d'ethnographie juridique comparée, a précisément vérifié que la communicabilité se concilie avec l'uniformité naturelle, et également que la première est une conséquence et une nouvelle preuve de la seconde. Le concept de Vico a réellement, en somme, une force et une capacité plus grandes encore que celles qui apparurent à Vico lui-même; et il est, en une certaine manière, notre maître, même quand, par aventure, nous rectifions les applications de ses principes.

CHAPITRE II

METHODES ET EXEMPLES DE RECEPTION DES DROITS LE ROLE RESPECTIF DU JUGE ET DU LEGISLATEUR

CARDAHI, *Les infiltrations dans un domaine réservé : Le statut Personnel Musulman.*

SANHOURY, *Le Droit Musulman comme élément de refonte du Code Civil Egyptien.*

BOUSQUET, *Un exemple de laïcisation du Droit Musulman : L'Albanie.*

Sur LE PROBLÈME EN GÉNÉRAL ET LE RÔLE DU LÉGISLATEUR DANS LA RÉCEPTION DES DROITS on rapprochera notamment les contributions de MM. SCHWARZ, LA RÉCEPTION ET L'ASSIMILATION DES DROITS ÉTRANGERS, publiée ci-dessus dans le Chapitre I^{er}, § 110, WIGMORE, L'AVENIR DU SYSTÈME JURIDIQUE ANGLO-AMÉRICAIN, publiée ci-dessus, Troisième Partie, Titre I^{er}, Chapitre IV, § 74; AOUAD, L'ATTACHEMENT DU PEUPLE MAROUNITE AU STATUT PERSONNEL DE SA COMMUNAUTÉ, publiée dans le Chapitre suivant, Section I, § 115, et KENNEDY, LÉGISLATION EN FAVEUR DES DÉPENDANTS DU TESTATEUR, publiée ci-dessous, Chapitre V, Section I, § 117.

★ ★

Sur le RÔLE DU JUGE DANS LA RÉCEPTION DES DROITS, on consultera également les articles de MM. MIGNAULT, LES RAPPORTS ENTRE LE DROIT CIVIL ET LA « COMMON LAW » AU CANADA, SPÉCIALEMENT DANS LA PROVINCE DE QUÉBEC, et IRELAND, LA LOUISIANE. VUE NOUVELLE DE SON SYSTÈME JURIDIQUE, reproduits ci-dessus, Troisième Partie, Titre I^{er}, Chapitre III, §§ 72 et 73.

**LES INFILTRATIONS OCCIDENTALES
DANS UN DOMAINE RESERVE :
LE STATUT PERSONNEL MUSULMAN**

Par CHOUCRI CARDAHI

*Professeur à l'Ecole française de Droit de Beyrouth
et à l'Académie de Droit international de La Haye
Ancien Ministre de la Justice*

Tout le monde sait qu'aujourd'hui le Droit occidental tend à se substituer à la loi coranique dans les contrées musulmanes. En dehors de la Turquie qui, elle, a réalisé la laïcisation complète de ses codes, l'Egypte, toutes les colonies et pays de protectorat français : Algérie, Tunisie, Maroc, Sénégal, Soudan, la Syrie, le Liban, les Indes anglaises, la Palestine, etc..., sont aujourd'hui régies par les normes européennes.

La Perse sent également le besoin de faire peau neuve au point de vue législatif. Avec prudence, elle introduit dans son Code Civil certains principes européens et elle élabore en ce moment un Code Pénal qui puise sa source dans les législations les plus récentes : Code vaudois, Code danois, Code italien et projet de Code allemand.

Mais ce travail de refonte des lois, si envahissant qu'il ait été, n'a pas dépassé certaines frontières, celles strictement assignées par les textes sacrés : le Statut Personnel Musulman. Seule, la Turquie, qui a sécularisé intégralement ses institutions, s'en est affranchie, sa législation étant entièrement européenne.

Plus d'un, en suivant cette évolution, qui rajeunit la physionomie juridique de l'Islam, a dû se demander par quel moyen des Etats musulmans, tout en demeurant respectueusement soumis à un livre sacré, le Coran, qui est, comme chacun le sait, un code, sont parvenus à intégrer dans leurs lois des principes étrangers sinon opposés aux données de leur foi.

Le mérite de cette tentative revient principalement à l'Empire Ottoman. Déjà loin dans le passé, les souverains temporels sous la pression des événements avaient été amenés à édicter par voie d'ordonnances « Kanouns » des règlements empreints de modernité. Ils se sont bien gardés de modifier ouvertement la loi sacrée. Mais, sans entreprendre de front pareille besogne, sans s'arroger le droit, ce qui eût été le comble de l'hérésie, d'assouplir les préceptes coraniques pour les adapter aux mœurs du

temps, ils sont arrivés pourtant d'une façon indirecte à ce résultat, en promulguant des textes législatifs nouveaux incompatibles avec les prescriptions traditionnelles. La coutume « ada », d'autre part, dont on étendit outre mesure la portée, est venue tempérer la rigueur des règles périmées et a ainsi préparé l'avènement du nouveau régime.

Les jurisconsultes de l'Islam, les « foukahas », avaient eux-mêmes compris le besoin de cette transformation. « Nécessité fait loi », proclamaient-ils ; et pour concilier ces lois profanes avec les principes de la foi on recourait à la subtile casuistique qui dans l'Orient byzantinisé n'a pas perdu ses droits. L'incroyant, disait-on, n'est pas celui qui viole la loi, mais celui qui doute de sa valeur éternelle.

D'autres ajoutèrent que la loi coranique n'était rigoureusement applicable que dans la société idéale des premiers siècles de l'Islam ⁽¹⁾.

Quoi qu'il en soit, c'est à la faveur de ces subterfuges et par de pareils biais, mouvement moderniste islamique aidant, que le Droit européen a commencé à s'infiltrer dans les Etats musulmans, jusqu'à constituer par la suite presque toute son armature juridique. Nous disons « presque » à dessein, car il est demeuré un domaine sacré, auquel personne n'osa toucher directement : celui du statut personnel. C'est là où s'est retranchée la loi du Prophète, et où elle apparaît invulnérable. En dehors de la Turquie, tous les pays musulmans qui ont rajeuni leur législation, ont maintenu les directives confessionnelles dans ce domaine.

Ce statut personnel est aujourd'hui d'une brûlante actualité. Le projet de loi Violette n'a-t-il pas voulu accorder aux Algériens les droits politiques des citoyens français, sans qu'ils fussent obligés de renoncer à leur statut personnel, notamment en ce qui concerne le droit familial.

Qu'est donc ce statut personnel, qui a fourni l'occasion de polémiques passionnées, qui a divisé la presse en deux camps : celui des colons et celui des indigènes algériens ?

C'est ce que nous verrons tout à l'heure.

Mais ce droit religieux, qui baigne dans un ensemble d'institutions toutes occidentales, n'a-t-il pas lui-même perdu quelque peu de sa rigueur ?

Est-ce que l'ambiance européenne n'a pas eu de prise sur lui ? Les principes qu'il consacre se sont-ils maintenus tels quels, aujourd'hui, sans subir la morsure du temps et sans se plier aux nécessités actuelles ?

L'opinion commune, peu renseignée, croit que le statut personnel est demeuré imperméable à tout progrès, que son caractère sacré lui a maintenu son visage d'autrefois. Mais l'aperçu ci-après montrera que, tantôt le législateur et tantôt les juges, sont intervenus pour amender la loi coranique, réduire sa portée et éviter les conséquences fâcheuses qu'elle peut produire dans la société d'aujourd'hui.

Ce qui est le plus intéressant à noter, c'est surtout l'œuvre prétorienne qui, sans avoir l'air de porter une main sacrilège sur ces institutions traditionnelles, les a cependant humanisées et corrigées dans une large mesure.

C'est l'exposé de cette « politique juridique » qui nous a tenté, à cause de son originalité.

(1) Voir Joseph Schacht : Encyclopédie de l'Islam au mot Shari'a.

Les historiens du droit et les comparatistes seront, nous semble-t-il, intéressés de voir les bienfaits du droit comparé s'infiltrer dans une législation hermétique jugée jusqu'ici intangible.

Après avoir précisé ce qu'il faut entendre par le statut personnel, nous passerons en revue les différents éléments qui le forment pour voir, de près, comment et par quoi s'est accomplie, dans chacun de ces éléments, cette évolution dont nous venons de parler. Et une fois cette étude terminée, nous dégagerons les conclusions qui nous paraîtront s'en déduire.

Section 1. — CE QUE COMPREND LE STATUT PERSONNEL

En général, on range dans le statut personnel : l'état et la capacité des personnes, le mariage, la tutelle, la curatelle, la succession, les testaments. Faudra-t-il y comprendre aussi le wakf, c'est-à-dire les fondations pieuses ? Sur ce point les différents pays où le Droit Musulman demeure en vigueur, même partiellement, ne sont pas d'accord.

L'Égypte les exclut du statut personnel. L'article 4 du Code Mixte paraît justifier cette manière de voir. Et du reste, la jurisprudence de la Cour d'Appel Mixte d'Alexandrie est dans ce sens ⁽²⁾.

L'on a tendance en effet à faire relever du statut réel tout ce qui touche la disponibilité des immeubles.

Par contre, bien que les tribunaux français de Tunisie les aient considérés comme ressortissant du statut réel, la Cour d'Appel d'Alger avec la Cour de Cassation les a fait rentrer dans le domaine du statut personnel ⁽³⁾.

Et ce n'est pas là une querelle de mots. Suivant qu'on le range dans le statut personnel ou dans le statut réel, ce sera la loi religieuse coranique qui sera en principe appliquée ou bien la loi civile européenne ⁽⁴⁾. D'autre part, pour tout ce qui a trait au statut personnel le tribunal compétent c'est le tribunal musulman : le Cadi, le Mehkemeh Cherieh, etc... ; au contraire les questions du statut réel relèvent des juridictions civiles, c'est-à-dire des tribunaux européens ou européanisés. Par conséquent, l'enjeu est considérable et c'est pourquoi les auteurs ont disserté sur ce point à perte de vue.

Mais peut-on dans une institution traditionnelle comme le wakf, exclure totalement la loi sacrée, pour la régir par les normes occidentales, qui gouvernent le statut réel ?

La jurisprudence égyptienne n'a pas été jusque là. Si la loi civile mixte est applicable en la matière, dit la Cour d'Appel Mixte, il ne faut pas cependant que les conséquences de cette loi dénaturent la substance

(2) Voir arrêt de la Cour d'Appel Mixte d'Alexandrie du 3 juin 1916, XVIII, p. 405.

(3) Cass. Civ. 20 nov. 1900. D. 1904, 1, 337.

(4) Notons cependant qu'en Algérie, si, pour la vocation successorale, il faut toujours s'en rapporter à la loi musulmane, il n'en est pas de même des règles relatives aux liquidations et aux partages. Ici il faut faire une distinction. Lorsque les droits successifs portent sur des immeubles francisés, c'est la loi française qui détermine les formes, les effets du partage. Dans le cas contraire, c'est la loi musulmane qui s'applique (voir Girault : Législation Coloniale, V. p. 352).

du wakf. Et, d'autre part, il appartiendra toujours au mehkemeh cherieh (tribunal du statut personnel) de statuer sur la validité de constitution du dit wakf en appliquant les principes du Droit Musulman ⁽⁵⁾.

Section 2. — LES ÉLÉMENTS DU STATUT PERSONNEL

1° Questions d'Etat : minorité, tutelle.

Il n'est pas sans intérêt de souligner que le Droit Musulman hanafite ne fixe pas d'une façon précise l'âge de la majorité. Avant d'acquérir la capacité de disposer de leur personne et de leurs biens, les mineurs traversent plusieurs stades dont la durée déterminée par la loi est basée sur une présomption de maturité. Le mineur ne peut disposer de sa personne qu'à l'apparition des premiers symptômes physiques de la puberté. Les docteurs musulmans ont admis qu'à partir d'un certain âge la puberté se présomait, mais ils ne sont pas tombés d'accord sur la détermination de cet âge. D'après les Hanafites, la puberté est censée arrivée à l'âge de 15 ans accomplis. Les Jurisconsultes malékites par contre la reculent jusqu'à 18 ans.

Le Code égyptien du statut personnel répute pubères ceux qui ont accompli l'âge de 15 ans révolus ⁽⁶⁾. La fixation de l'âge de la puberté est importante car, une fois dans cet état, l'enfant devient maître de sa personne, pouvant contracter mariage librement, sans être soumis au droit de « Djibr » (contrainte matrimoniale).

C'est du moins la solution hanafite que les Malékites n'appliquent qu'aux mâles seulement ⁽⁷⁾.

Voilà quand cesse l'état de minorité relative à la personne ; quant à celle relative aux biens (le Droit Musulman comportant deux sortes de minorité), elle prend fin à la puberté et après que le mineur a été jugé, soit par ses tuteurs, soit par le magistrat, apte à administrer ses biens.

Comme on le voit, toutes ces notions sont révolues, et il est difficile de les mettre en harmonie avec les principes européens gouvernant la matière. L'âge de la majorité n'est pas déterminé, et son incertitude est grosse de conséquences tant pour le pupille que pour les tiers.

Aussi de tous côtés a-t-on cherché à parer à ces inconvénients.

En Egypte, antérieurement au Décret de 1896, l'âge de la majorité était en principe fixé à 25 ans. Mais si le pupille parvenait à prouver sa capacité à bien administrer ses biens et à en disposer judicieusement, on pouvait lui en laisser la gérance dès l'âge de la puberté ⁽⁸⁾. Le décret-loi du 13 octobre 1925 a porté l'âge de la majorité à 21 ans, mais à partir de 18 ans s'ouvre une période de demi-capacité, « temps d'essai et d'apprentissage » durant lequel le mineur s'exerce à administrer son patrimoine.

(5) Cour d'appel Mixte d'Alexandrie, 5 avril 1923, XXXV, p. 339.

(6) Code égyptien du statut personnel, art. 494.

(7) El-Jundi : La Protection des Mineurs en droit musulman, thèse 1935, p. 33 et s.

(8) Voir sur ce point les développements intéressants consacrés par M. François dans le Bulletin de la Société de Législation Comparée de 1933 : le problème de la haute tutelle en Egypte, p. 469 et s.

Pendant cette période, il peut toucher les revenus de ses biens et en disposer, passer certains baux, cultiver ses terrains, faire sur ses immeubles les actes de conservation et d'entretien.

Ces dispositions rappellent celles qui régissent en France l'émancipation.

C'est également à 21 ans, d'après la Commission de codification de Droit Musulman en Algérie, que finit l'état de minorité (art. 213). Tandis que l'Egypte, que l'Algérie ont adopté à cet égard les dispositions de la loi française, le Code des Obligations libanais, par contre, a fixé l'âge de la majorité à 18 ans.

Quant à l'organisation de la tutelle, par la création des Meglis Hasbys (les tribunaux pour incapables), l'Egypte a réalisé aux dépens des juridictions religieuses une réforme importante. C'est le premier pas vers la sécularisation du droit. Désormais, depuis le décret du 13 octobre 1925, modifié par le décret-loi n° 40 du 26 février 1931, les Meglis Hasbys de première instance et d'appel comprennent des juges civils, des notables, l'élément religieux représenté par des ulémas ou des membres des Mehkemeh suprêmes étant en minorité (9). Autrefois toutes ces questions relevaient du Cadi, du moins pour les musulmans.

Il est à signaler également, dans les attributions de ces Meglis, certaines qui répondent aux tendances modernes et aux vœux de beaucoup. La loi déclare obligatoire la dénonciation de l'ouverture de la tutelle et sa constitution (10) à l'instar de l'Allemagne, l'Italie, la Russie et la Turquie. La constitution n'est plus subordonnée au bon vouloir des parents.

Dans ce domaine de la réorganisation de la tutelle, on peut mentionner la loi ottomane de 4 Rabi el-Awal 1324 (Hegire) sur l'administration des biens des orphelins.

Elle s'est proposée d'instituer une sorte de tutelle administrative qui doit être exercée avec le concours des parents du mineur ou des tuteurs choisis par ceux-ci.

2° Mariage.

On connaît le caractère particulier du mariage musulman.

C'est surtout cette réglementation du droit familial qui soulève contre le projet Violette une opposition irréductible. Les Français ne peuvent admettre que des musulmans pratiquant la polygamie soient intégrés dans la patrie française avec tous les droits et prérogatives reconnus aux citoyens français. « Les polygames feront-ils nos lois ? », se demande avec anxiété M. André Foucault dans un article publié dans *Candide*.

Quelles sont donc les particularités du statut personnel musulman à cet égard ?

Tout d'abord, comme nous venons de la signaler, la loi coranique :

a) Permet à un musulman d'épouser jusqu'à quatre femmes à la condition toutefois de maintenir entre elles un traitement égal et équitable.

b) Le père est investi du droit de « Djibr ».

En vertu de ce pouvoir, le père peut marier ses enfants sans leur con-

(9) Voir sur ce point M. François, *op. cit.*, 468 et s.

(10) Art. 8 du décret-loi du 13 octobre 1925.

sentement, tant qu'ils sont placés sous sa puissance, c'est-à-dire jusqu'à leur majorité, sa volonté se substituant à la leur.

c) L'époux doit payer à sa femme la dot « le mohr ». Les uns voudraient voir dans cette somme le prix d'achat, de jouissance de la femme ; d'autres, au contraire, considèrent la dot comme un pécule mis à la disposition de la femme et qui constitue à son profit une garantie d'indépendance, une sécurité d'avenir en cas de répudiation ou de veuvage (Voir Clavel : *Traité de Droit Musulman*, t. I, p. 48).

Quelles que soient sa nature véritable et la nécessité à laquelle il répond, toutes les Ecoles de l'Islam sont d'accord pour exiger le « mohr » comme une condition essentielle de toute union légitime.

d) Le mari conserve pendant tout le mariage la faculté de mettre fin à l'union matrimoniale par la répudiation de sa femme.

Ce n'est pas le divorce par consentement mutuel, c'est encore plus, c'est la dissolution du mariage par la volonté unilatérale du mari.

e) Le mariage en Droit Musulman est un contrat consensuel ; il ne requiert pas, pour sa validité, la présence d'un officier du culte ou de l'état civil.

Toutes ces idées jurent avec les assises traditionnelles du mariage, dans la conception chrétienne et européenne. Et pourtant dans les Etats musulmans ou colonies et pays de protectorats musulmans, qui se sont au point de vue législatif façonnés à l'image de l'Europe, ces préceptes vénérables, parce que sacrés, paraissent devoir, en principe, s'imposer aux juridictions civiles. Leur caractère religieux qui devait, semble-t-il, les mettre à l'abri de toute atteinte, les a-t-il, en fait, protégés contre les incursions du pouvoir temporel et les interprétations déformantes d'une jurisprudence soucieuse d'adapter les institutions aux mœurs d'aujourd'hui ? Il semble que non. En voici la preuve :

a) *Sur la polygamie.*

Tout d'abord en ce qui concerne la polygamie, sous la poussée d'un courant moderniste qui traverse l'Islam depuis l'Asie jusqu'à l'Afrique, quand les autorités n'interviennent pas pour proclamer la nécessité de la monogamie, comme l'a fait en 1923 en Albanie le Congrès de Tirana, du moins le pouvoir spirituel et temporel cherchent à diminuer ses méfaits.

Bien que le Docteur Gustave Le Bon ait fait de la polygamie une apologie enthousiaste ⁽¹¹⁾, la plupart des docteurs, en dehors de l'Imam Malek, la voient avec peu de faveur, n'osant pas la proscrire, le Prophète l'ayant autorisée ⁽¹²⁾.

De même la jurisprudence française en Algérie s'est efforcée de restreindre l'exercice de ce droit, en invoquant simplement la loi morale ⁽¹³⁾.

Avec une méritoire énergie, les adeptes du Grand Moufti d'Egypte le Cheikh Mohamed Abdou, Aly Abdel Razek, le Sayed Rachid Roda, s'élèvent contre cette institution qui en fait est peu pratiquée aujourd'hui.

L'Empire Ottoman à son tour, par la loi sur le droit de famille du

(11) Gustave Le Bon, *La Civilisation des Arabes*, p. 422. *contra* : Yaffi : *La condition de la femme dans le droit de l'Islam*, p. 105.

(12) Le Coran, Sourate 4, verset 3.

(13) Constantine, 5 mars 1904. Alger, 26 janvier 1929, R. A. 1930, p. 46.

25 octobre 1917, avait déclaré que la femme peut valablement poser comme condition, lors de son mariage, que son mari n'épousera pas une autre femme et que, s'il le faisait à son insu, la première ou la seconde devrait être répudiée (art. 38). Et cette disposition, bien qu'elle ait été abrogée le 19 juin 1919 ⁽¹⁴⁾, demeure encore en vigueur en Syrie et au Liban.

Dans le même dessein, pour inciter les fidèles à la monogamie, le Cheikh ul-Islam dans l'Afrique du Sud déclare :

Que le mariage entre musulmans est régi par les préceptes de la Chari'a, mais, ajoute-t-il, le Gouvernement ne reconnaît qu'une seule épouse légitime, sauf au cas d'un testament comportant des legs en faveur de plusieurs épouses.

D'autre part, au Congo Belge, la « Commission Permanente de Protection » des indigènes s'est préoccupée de la polygamie qu'elle entend faire disparaître avec prudence : elle a interdit absolument, sous peine de confiscation de dot, le mariage des fillettes en bas âge et organisé une protection efficace des foyers monogamiques.

b) *Sur les droits de « Djibr » (Contrainte matrimoniale).*

Quoi qu'il en soit, les essais tendant à faire disparaître la polygamie, s'ils sont louables, demeurent encore timides, le texte évident d'une loi, tenue pour inspirée, ayant rendu particulièrement difficile son abrogation totale.

Par contre, dans le droit de « Djibr », qui nous apparaît aujourd'hui si exorbitant, les législateurs de certains Etats musulmans sont intervenus avec plus d'efficacité. La palme revient à l'Egypte qui, malgré son étiquette d'Etat mahométan, a, par la loi du 11 décembre 1923, osé le supprimer tout simplement.

En Algérie, à défaut d'un texte, on usa de palliatifs pour humaniser ce droit. Il fut en effet établi jurisprudentiellement depuis 1877 que le droit de djibr ou contrainte n'est conféré au père que dans l'intérêt du fils ou de la fille. Le tribunal est par suite juge de cet intérêt. Il peut donc apprécier si le père musulman a exercé ce droit correctement ⁽¹⁵⁾.

D'autre part, ne pouvant l'abolir, le législateur ottoman, par la loi du 25 octobre 1917 sur le droit de famille, est parvenu cependant à le régler de façon à éviter que ce privilège paternel ne soit exercé d'une façon abusive sur des personnes inaptes à fonder des familles saines. Ainsi d'après l'article 7 de ladite loi, le père ne peut user de ce droit de « djibr » qu'à l'égard des garçons âgés au moins de 17 ans.

c) et d) *Sur le « Mohr », la dot. — Répudiation, divorce.*

En ce qui concerne la dot et la répudiation, rien de notable n'a été accompli. On peut concevoir que la matière de la dot qui n'a rien de particulièrement choquant ait été maintenue à peu près telle quelle, sans subir de notables transformations, mais il n'en est pas de même pour la répudiation.

(14) En terre d'Islam, année 1934, p. 428.

(15) Maunier : Loi française et famille indigène : Bulletin de la Sté de Législation comparée, 1932, p. 174 et s.

Le droit de résolution unilatéral que le mari seul a le privilège d'exercer, bien que permis, n'est pas cependant vu avec faveur par la loi sacrée. Un « hadith » attribué au Prophète l'aurait jugé sévèrement : « Parmi les choses permises, dit-il, la répudiation est celle qui est la plus désagréable à Dieu » ⁽¹⁶⁾. Cela n'empêche que cette institution n'est pas près de périr. Et les législateurs musulmans ainsi que les Etats musulmans, qui ont déjà laïcisé leur législation civile, ne sont pas parvenus à la supprimer de leur statut personnel, ni même à la réformer. Le projet du Code Morand se contente de la réglementer en essayant cependant de la rendre moins nocive. C'est ainsi que l'article 132 spécifie que le mari ne peut user de cette faculté que s'il a des motifs sérieux de le faire.

Et ce palliatif est bien venu, car, en transposant la théorie de l'abus du droit dans ce domaine, on parvient à donner un peu plus de stabilité à la vie matrimoniale. Du reste la jurisprudence algérienne était depuis longtemps fixée dans ce sens ⁽¹⁷⁾.

Notons aussi dans le même ordre d'idées une tentative jurisprudentielle qui a autorisé la femme, en cas de répudiation par son mari, à réclamer des dommages-intérêts. Bien que relevant du statut personnel, donc des juridictions religieuses, l'on a admis que pareille action pouvait être introduite par la femme musulmane abandonnée par son mari avec ses enfants devant les juridictions civiles. Et ce biais a été imaginé pour permettre une solution d'équité. Le Tribunal musulman, appelé à statuer sur les suites de cette dissolution du mariage, n'aurait certes pas accueilli cette demande, basée uniquement sur une obligation naturelle ⁽¹⁸⁾.

Signalons également, comme un essai vers la modernisation du droit familial, cette disposition de la loi persane. Autrefois, en Perse, le droit de demander le divorce était, sauf de rares exceptions, refusé à la femme. On admet maintenant que la femme pourra se faire consentir par le mari dans l'acte de mariage, une procuration lui permettant d'intenter devant les tribunaux, une action en divorce, toutes les fois que la vie en commun sera vraiment insupportable ⁽¹⁹⁾.

e) *Sur la forme du mariage.*

En Droit Musulman, le mariage, nous l'avons déjà dit, est un contrat consensuel qui ne requiert pas, pour sa conclusion, l'intervention de l'officier du culte. Il s'établit par l'échange des consentements des conjoints en présence des témoins. L'avant-projet du Code Morand rend ce contrat solennel. Il doit être conclu devant le Cadi.

En Tunisie, la jurisprudence, se basant sur la coutume, ne reconnaît effet qu'au mariage contracté devant un notaire ⁽²⁰⁾. Et en Egypte, en fait, le mariage est toujours constaté par un acte du Cadi. Il en est de même en Syrie, Liban, Irak, Palestine, où l'article 37 de la loi sur le droit de famille exige l'intervention du Cadi. C'est là une évolution heureuse qui soustrait

(16) V. Encyclopédie de l'Islam « Talak », t. IV, p. 668.

(17) Alger, 24 octobre 1879. Bulletin Jud. de l'Algérie, 1880, p. 287. J. de paix Cherchell, 1^{er} décembre 1903, J. tr. Alg., 17 février 1904.

(18) Rabat, 18 mai 1927 (Note de M. Rivière).

(19) Hassan Samiy : Etude critique de la dévolution ab-intestat en droit persan.

(20) Tunis, 23 mai 1911.

un acte de cette gravité et si gros de conséquences aux incertitudes et aux périls de la preuve testimoniale.

3° *Succession.*

Les caractéristiques du Droit Musulman en cette matière consistent principalement : dans l'attribution de privilèges à la parenté mâle, l'héritier du sexe masculin ayant le double de la part de l'héritier féminin ; et en l'absence du principe de représentation ; ainsi le petit-fils ne sera pas appelé à la succession de son grand-père, il sera exclu par ses oncles.

En troisième lieu, en Droit Musulman il est une règle qui spécifie que les héritiers ne peuvent pas disposer des biens successoraux avant d'avoir acquitté au préalable les dettes du *de cuius*. Signalons aussi que, dans cette législation, il est interdit au *de cuius* de disposer par voie testamentaire en faveur d'un héritier et en dernier lieu que l'héritier chrétien est inhabile à recueillir la succession du *de cuius* musulman, par application de la règle « d'ihtilaf el-Dine ».

a) *Sur le privilège de masculinité et le droit de représentation.*

Ne pouvant heurter de front les préceptes coraniques à cet égard, l'Empire ottoman a cherché par la loi du 3 Rabi el-Awal 1331 de l'Hégire (1912) à instaurer un système successoral de conception européenne, applicable seulement aux biens émiriés, c'est-à-dire aux biens domaniaux dont le « rakaba », une sorte de nue-propriété, appartient à l'Etat. Cette loi moderne dans son essence, admet le principe de la représentation et établit au point de vue successoral l'égalité entre les héritiers du sexe masculin et du sexe féminin.

Voilà donc une brèche importante faite au régime de la succession musulmane. La Palestine va encore l'élargir davantage, puisque cette loi, qui a une portée restreinte, tend à devenir le « droit commun » en matière de succession pour les indigènes chrétiens soumis au statut personnel musulman. Il suffira aux parties de déférer les affaires successorales aux tribunaux civils pour que ces derniers y statuent conformément aux dispositions de la loi de 1912 et non suivant les normes musulmanes. Si au contraire celles-ci préfèrent porter leurs affaires devant les juridictions confessionnelles qui, en matière de succession, jouissent d'une compétence facultative concurremment avec les tribunaux civils, ces juridictions pourront, si la demande en est faite par l'une des parties litigantes, procéder à la répartition des biens héréditaires suivant les règles de la loi de 1912 ⁽²¹⁾.

Un effort jurisprudentiel avait été tenté à l'effet de soustraire aux préceptes musulmans la succession des communautés grecques-melkites de Syrie. Un arrêt de la Cour d'appel d'Alep, dont le retentissement fut grand dans les enceintes internationales, avait décidé que les successions des grecs-melkites étaient régies par le Droit byzantin, en particulier les Nouvelles 116 et 117 de Justinien. Mais la Cour de Cassation de Damas ne crut pas devoir couvrir de son autorité cette manière de voir, qui lui

(21) V. *Actorum Academia Universalis Juriprudentiæ comparativæ*, 1928. F. Goadby : Religious jurisdictions in matters of personnel statute in Egypt, Cyprus, and Palestine, p. 310 et s.

paraissait aller à l'encontre d'une coutume invétérée et d'un usage plusieurs fois séculaire ⁽²²⁾.

b) *Sur le Testament.*

A propos des testaments, un pas a été accompli par la loi libanaise du 7 mars 1929 qui a permis, sous certaines réserves, aux chrétiens de tester librement en faveur de leurs héritiers. Le but évident de cette loi était de tempérer la rigueur des principes sacrés, notamment en ce qui concerne la répartition des parts héréditaires. Mais la réforme s'en est tenue là ; on n'a pas osé étendre les bénéfices de ladite loi aux musulmans.

La Palestine à son tour a adopté une loi qui s'inspire des principes anglais gouvernant la matière.

c) *Sur la règle qui interdit la distribution de l'actif successoral avant le paiement des dettes de la succession.*

En pure doctrine musulmane, les créanciers d'une succession qui s'ouvre, y compris les créanciers chirographaires, ont un privilège sur tous les biens successoraux aussi longtemps qu'ils n'ont pas été désintéressés, un véritable *jus in re* avec droit de suite en quelques mains que passent les biens.

Mais il arrive très fréquemment qu'avant d'avoir procédé à la liquidation de la succession, les héritiers ou l'un d'eux vendent ou hypothèquent à un tiers un immeuble successoral. Le droit de suite va-t-il pouvoir être exercé ? En principe, oui. Mais comme aucun délai n'est imposé aux créanciers de la succession pour faire valoir leurs droits et aux héritiers de la succession pour liquider la situation de leur auteur, les tiers de parfaite bonne foi, acheteurs ou créanciers hypothécaires des héritiers, se trouvaient gravement lésés. Il fallut alors créer certains tempéraments. C'est ce que fit la Cour d'Appel Mixte d'Alexandrie. Elle distingua les successions insolubles des successions solvables, en admettant que, dans ces dernières, les héritiers avaient le droit de disposer, même avant toute liquidation, de ce qui constitue un excédent d'actif (arrêt 12 mars 1914). Mais la Cour d'Appel indigène du Caire a été même plus loin en décidant, dans un arrêt du 9 décembre 1912, que les acheteurs ou les créanciers des héritiers ne pouvaient subir aucun préjudice du moment où leur bonne foi était prouvée, c'est-à-dire du moment où ils croyaient que les biens étaient entrés définitivement dans le patrimoine des héritiers ⁽²³⁾.

De même signalons la théorie de l'héritier apparent, inconnue en Droit Musulman, qui a été introduite jurisprudentiellement en Egypte pour sauvegarder les droits des tiers de bonne foi qui ont traité avec cet héritier ⁽²⁴⁾.

Voilà des dispositions qui sans modifier le statut personnel musulman évitent les conséquences fâcheuses auxquelles il peut conduire, consé-

(22) Voir arrêt de la Cour de Damas, toutes chambres réunies, du 28 janvier 1930 ; voir également procès-verbal de la 23^e session de la Cour permanente de la Commission des Mandats à Genève.

(23) Voir Ackère : Livre du Cinquantenaire des trib. mixtes, p. 454.

(24) Arrêt de la Cour d'Appel Mixte d'Alexandrie du 22 décembre 1897, X, 68.

quences qui eussent été inéluctables si les principes sacrés avaient été strictement appliqués.

- d) 1° *Sur la règle d'Ihtilaf el-Dine* ;
2° *Sur l'Ihtilaf el-Dar*.

1° *De l'Ihtilaf el-Dine* (différence des religions). — D'après l'article 109 du Code des terres, « la terre du musulman ne peut pas être transmise par voie d'héritage à ses enfants, père ou mère non musulmans ».

La différence des religions entre musulman et non musulman est un obstacle à la succession, mais la différence de communautés entre non musulmans ne l'est pas ⁽²⁵⁾. C'est ce qui se produit, par exemple, quand le *de cujus* et héritiers tout en étant chrétiens ressortissent à des rites différents. En Egypte la même doctrine est professée ⁽²⁶⁾.

Cette règle rigoureuse, la Cour d'Appel Mixte d'Alexandrie a cherché à l'éluder, quand elle pouvait aboutir à des solutions injustes et inéquitables. C'est ainsi que, nonobstant cette disposition, et par des biais ingénieux, elle est parvenue dans un arrêt célèbre du 18 décembre 1923 (affaire Banoub) à appeler à la succession du *de cujus* musulman ses héritiers chrétiens en même temps que ses héritiers musulmans, alors que ceux-ci à eux seuls auraient dû absorber la totalité de la succession ⁽²⁷⁾.

L'avant-projet du Code de Droit Musulman algérien écarte également cette cause d'incapacité. « Il est inadmissible, fait remarquer M. Morand, qu'en territoire français, un musulman devenu citoyen français, ou seulement un indigène converti au christianisme, puisse être écarté d'une succession musulmane, sous prétexte qu'il n'est pas ou n'est plus musulman, alors que jamais d'une succession régie par la loi française, un musulman n'est exclu à raison de sa qualité de musulman » ⁽²⁸⁾.

2° *De l'Ihtilaf el-Dar* (différence de nationalités). — On sait qu'en Droit Musulman hanafite l'extranéité d'un héritier le rend inapte à recueillir une succession en pays musulman (Voir art. 110 du Code de terre ottoman).

C'est là le vestige d'une institution traditionnelle. Le monde, d'après les jurisconsultes musulmans, est divisé en deux parties :

- 1) En « dar » ou territoire de l'Islam, régi par la loi du Prophète ;
- 2) Et en « dar el-Harb » ou territoire de guerre, autrement dit pays des infidèles. Le fait d'appartenir à ce dernier constitue, pour l'héritier, une cause d'incapacité de recueillir une succession ouverte en terre d'Islam.

Jusqu'à ces derniers temps, ces principes étaient en vigueur en Egypte, en Syrie, après l'avoir été dans l'Empire Ottoman.

Mais le Code de la propriété, promulgué le 12 novembre 1930 par le Haut-Commissaire en Syrie, a mis fin à cet état de choses « en reconnaissant à tout sujet étranger le droit d'hériter d'un citoyen syrien ou

(25) Tornaauw : Droit musulman, p. 254.

(26) Zeid Bey : Traité du Statut personnel musulman, p. 34 et s., art. 587, al. I du Code de statut personnel musulman.

(27) Voir la critique de cet arrêt dans : W. Farag : Le rôle des Tribunaux mixtes et indigènes en matière de Statut personnel, p. 199 et s.

(28) Avant-projet Code Morand, p. 173.

libanais (quelle que soit sa confession religieuse), sous condition de réciprocité ».

Déjà, par un arrêt du 17 avril 1928, la jurisprudence de la Cour d'Appel Mixte d'Alexandrie a limité l'application de cette règle de l'Ihtilaf el-Dar, aux étrangers relevant d'un pays en état de guerre avec le pays musulman et a refusé de prononcer pareille exclusive contre les ressortissants d'un Etat qui entretient avec la puissance islamique des rapports d'amitié ou tout simplement commerciaux ⁽²⁹⁾.

4° *Wakf ou Habous.*

Le wakf consiste dans l'affectation des revenus d'un immeuble à un but religieux, à une œuvre agréable à Dieu. En vue d'assurer la perpétuité de l'œuvre envisagée par le fondateur du wakf, l'immeuble qui en est frappé est placé hors de commerce ; il ne peut plus être vendu ni cédé. Il devient bien de mainmorte. Peu importe du reste que l'affectation pieuse voulue par le constituant soit immédiate ou ne doive se produire qu'après un temps plus ou moins long, par exemple après extinction de sa progéniture.

Le wakf, si vénérable par son passé, n'a pas échappé à la loi de l'évolution. Ici, ont été introduites des réformes profondes dont certaines sont à ce point radicales, qu'elles ont même sapé l'institution par la base.

Tout d'abord, verbal, se formant par l'échange de certaines phrases consacrées à cet effet, depuis le décret égyptien du 27 mai 1897, le wakf doit être constitué par écrit devant un cadî ou un « maanzoun ». D'autre part, il doit être transcrit sur les registres du mehkemeh. De même le Code syrien de la propriété exige l'inscription du wakf sur les registres fonciers. L'on est loin du temps où l'on considérait « comme nul tout jugement basé sur l'écrit de la constitution de wakf, aucun jurisconsulte n'ayant admis l'écrit parmi les preuves légales » ⁽³⁰⁾.

Mais l'on ne devait pas s'arrêter là. L'inaliénabilité d'un bien, quelque sacrée que soit sa destination, a paru méconnaître les principes économiques primordiaux, notamment la loi de la circulation des richesses. Aussi a-t-on essayé de dépouiller le wakf de ce caractère qui lui est essentiel. En effet, en Algérie, après l'ordonnance du 1^{er} octobre 1844, la loi du 16 juin 1851 est venue confirmer la suppression de l'inaliénabilité du wakf à l'égard des Européens : « Aucun acte translatif de la propriété d'un immeuble appartenant à un musulman au profit d'une autre personne qu'un musulman, dit l'article 17 de cette loi, ne pourra être attaqué pour cause d'inaliénabilité fondée sur la loi musulmane ». Et le décret du 30 octobre 1858 (article premier) étendit, par la suite, aux indigènes le bénéfice de l'article 17 précité.

De ces différents textes, il résulte que, d'une façon absolue, le habous est désormais aboli en Algérie en tant que cause d'inaliénabilité.

Alors se pose la question suivante, qui demeure controversée : quel est

(29) Voir Bulletin de la Cour d'Appel Mixte, XXXX, p. 308.

(30) El-Fatawi el-Khairiah, d'après Kadri Pacha, paragraphes 483, 942, 943. Ibn Abdine, dans le « Radd el-Mehtar », agréait cependant l'écrit quand il avait été inscrit sur les registres du Divan du Sultan.

le sort du habous après l'aliénation totale ou partielle du bien qui en était frappé, après cette opération si contraire à l'essence même du habous et à la volonté du fondateur ?

Evidemment, en ce qui concerne la situation de l'acquéreur, la loi française lève tous les doutes. L'aliénation est valable et l'acquéreur ne saurait être inquiété.

Mais quelles sont les conséquences de l'aliénation du habous vis-à-vis des dévolutaires appelés par la volonté du fondateur à succéder à l'aliénateur ?

La dernière jurisprudence ⁽³¹⁾ sur ce point, décide que l'aliénation totale ou partielle ne détruit le habous qu'au regard de l'acquéreur, mais qu'elle le laisse subsister tout entier dans les rapports de l'aliénateur et des dévolutaires ultérieurs. Par suite, en cas de vente, l'effet du habous se trouve reporté sur le prix, les appelés ultérieurs pouvant exiger du vendeur qu'il l'emploie à l'acquisition d'un immeuble qui prendra la place de l'immeuble aliéné.

En Syrie, l'immeuble constitué en wakf peut être libéré par une procédure spéciale appelée « istibdal » prévue par la décision du contrôle général des wakfs du 22 décembre 1936. Cette réglementation se rapproche de la jurisprudence algérienne, rappelée ci-haut. Enfin, donnant corps aux desiderata exprimés de différents côtés, le Gouvernement égyptien se propose aujourd'hui d'admettre, sous certaines conditions, la révocabilité du wakf.

CONCLUSION

Il ressort de cet exposé que le Droit occidental a déteint sur le Droit confessionnel musulman. En effet, si l'usage de la polygamie, qui n'est pas encore abolie, tend aujourd'hui à se raréfier, la réforme a été plus radicale pour le droit de « djebr » que certains Etats musulmans ont réussi à supprimer de leur législation. Egalement, à côté des règles de la succession coranique, d'autres pays ont établi un autre mode successoral moderne. Applicable à l'origine seulement aux biens domaniaux, il commence depuis quelques années à déborder son cadre naturel pour s'étendre à de nombreux ressortissants du statut religieux. Le wakf, à son tour, se voit détrôné et dénaturé. Sa pérennité, qui est sa principale caractéristique, disparaît. Le mariage aussi n'est pas resté à l'abri de toute atteinte. De verbal qu'il était, il ne peut être aujourd'hui établi que par écrit ; son existence ne dépend plus désormais de la déposition plus ou moins douteuse de deux témoins. D'autre part, ce contrat devient solennel, alors qu'il avait jusqu'ici un caractère purement contractuel.

L'espace, qui nous est mesuré, nous empêche de montrer l'évolution notable qu'a subie aussi le statut personnel musulman dans les Indes Britanniques, au contact de la civilisation occidentale. Dans son « Digeste de droit anglo-musulman » (ce titre n'est-il pas, à lui seul, particulièrement

(31) Alger, 1^{er} février 1896, 4 décembre 1899 (Revue Algérienne, 1896, 2^e partie, p. 47 et 1900, 2^e partie, p. 188).

suggestif ?), Sir Wilson donne des exemples typiques des modifications intentionnelles ou non intentionnelles qui sont le résultat de la conquête de l'Inde par les Anglais ⁽³²⁾. Avant d'en finir avec cet ordre d'idées, rappelons pour mémoire la tentative de certains tribunaux d'instaurer en matière coloniale la conception de l'ordre public métropolitain, pour tenir en échec certaines dispositions de la loi confessionnelle ⁽³³⁾. Cette jurisprudence est aujourd'hui condamnée et l'on reconnaît que « l'ordre public colonial » est beaucoup plus large, beaucoup moins exigeant que l'ordre public français, puisqu'il ne tend pas à exclure par exemple la polygamie, le droit de djedr, institutions qui choquent la mentalité occidentale. Mais cette velléité jurisprudentielle mérite d'être soulignée, en tant qu'elle marque un état d'esprit.

Toutes ces réformes bienfaisantes, et toutes ces tendances nouvelles sont dues à l'heureuse influence des systèmes juridiques occidentaux. Quel meilleur hommage à la force d'expansion du Droit européen que ce fait, qu'il est parvenu à s'implanter et à s'imposer dans un domaine où tout paraissait devoir l'exclure : religion, tradition, coutume, etc...

Constatons donc avec satisfaction tout ce progrès.

Maintenant, après avoir expliqué à la suite de quels raisonnements les gardiens autorisés de l'orthodoxie sacrée ont été amenés à tolérer et à justifier même les « Kanouns » qui ont transformé le « statut réel » musulman, il serait intéressant de voir comment et par quels moyens le statut personnel, de par sa nature immuable, a subi l'empreinte du Droit occidental.

Cette étude des procédés et de la technique employés est de nature à retenir l'attention du comparatiste. Ceci nous conduira même à situer ce mouvement dans le cadre du Droit comparé.

L'assouplissement des normes juridiques islamiques et la pénétration du Droit européen paraissent être dûs aux facteurs suivants :

- 1° A une intervention directe ou indirecte du législateur ;
- 2° A la faculté reconnue à l'indigène par ce dernier d'opter, dans certaines colonies, pour la juridiction française, et à défaut de cette faculté d'option, à l'extension des tribunaux européens de leur propre compétence au détriment des attributions du juge du statut personnel ;
- 3° A l'usage de biais prétoriens basés sur la notion d'équité, la coutume et la doctrine avancée de quelques jurisconsultes de l'Islam.

Reprenons l'étude de ces divers facteurs :

1° INTERVENTION DIRECTE OU INDIRECTE DU LÉGISLATEUR

Quand le législateur n'abroge pas expressément certaines dispositions surannées de la loi confessionnelle, son activité réformatrice se manifeste alors par la faculté qu'il accorde aux indigènes de se soustraire à leur

(32) Voir sur ce point Solus : Le Régime de Droit civil en vigueur aux Indes. Bulletin de la Société de Législation Comparée, 1924, p. 414 et s.

(33) Voir jugement du Tribunal de Tunis du 13 janvier 1926. Revue Algérienne, 26, 2, 152. *Contra* : Jurisprudence et auteurs cités par A. Bonnichon. La conversion au Christianisme de l'indigène algérien musulman, p. 103 et s.

statut personnel en se mettant volontairement sous l'égide de la loi française. C'est ce qui est reconnu formellement par le décret du 21 septembre 1881 aux indigènes de l'Inde Française ⁽³⁴⁾. C'est ce qui également est accordé depuis 1854 aux Algériens. Aussi, en vertu du décret du 1^{er} octobre 1854, « les musulmans d'Algérie sont libres de contracter sous l'empire de la loi française ; l'expression de leur volonté, une simple déclaration de leur part dans l'acte suffit pour cela et entraîne l'application de cette loi » ⁽³⁵⁾. Cela bien entendu ne s'applique qu'aux sujets algériens et non aux indigènes devenus citoyens par leur renonciation à leur statut personnel. Il va de soi que ces derniers sont régis à tous égards par la loi française. Point n'est besoin, d'après la jurisprudence, que cette renonciation soit expresse. Elle peut même être tacite. Ainsi l'a décidé la Cour de Cassation, contrairement au point de vue de la Cour de Pondichéry ⁽³⁶⁾. L'on voit par là combien est grand le souci de placer les indigènes sous le régime des lois occidentales.

2° DROIT D'OPTION POUR LA JURIDICTION FRANÇAISE

Ainsi l'option de juridiction est assez ancienne en Droit algérien. Elle permet aux sujets nord-africains de saisir de leur litige les tribunaux français ⁽³⁷⁾. Au Sénégal, même régime : les justiciables ont le droit de porter leur contestation devant le tribunal français (art. 12 du décret du 20 novembre 1932).

Également en Egypte, où pareille faculté n'existe pas, les tribunaux mixtes, tout en restreignant considérablement le champ d'application du statut personnel ⁽³⁸⁾, se reconnaissent le droit de statuer eux-mêmes sur les questions préjudicielles du ressort du juge religieux, lorsque la solution de ces questions leur paraît facile à trouver en fait et en droit ⁽³⁹⁾.

Si, en fait, l'option du Droit algérien a peu fonctionné, par contre cette extension des attributions des tribunaux mixtes, qui a été poussée assez loin, a permis à ceux-ci d'introduire dans l'interprétation de la loi sacrée la technique et les méthodes modernes. Nous devons à cela, en particulier, la jurisprudence récente relative à l'« ihtilaf el-Dar » et l'« ihtilaf el-Dine » où nous voyons ces exclusives du Droit Musulman hanafite se détendre, se départir notablement de leur rigueur. De même au Sénégal, la jurisprudence accuse cette tendance d'empiéter sur les attributions du juge religieux ⁽⁴⁰⁾. Il a été ainsi jugé « que les tribunaux musulmans du Sénégal ne connaissent que des questions d'état et non des questions de

(34) Voir Clairon : De la renonciation au Statut personnel dans l'Inde française, Thèse 1927.

(35) Travaux préparatoires du décret de 1854, voir Estoublon, 1859, t. I, p. 232.

(36) Clairon, *op. cit.*, p. 33.

(37) Voir à ce sujet les développements intéressants consacrés par Horrie : Essai sur la juridiction du cadi en Algérie, thèse 1934, p. 203 et s.

(38) Voir comme exemple de cette politique d'empiètement, leur compétence en matière de pension alimentaire, Messina, t. II, p. 320.

(39) Cour d'Appel Mixte d'Alexandrie, arrêt du 2 février 1909, XXI, 158 ; 19 avril 1923, XXXV, p. 389 et 18-12-1923 (Gazette des Tribunaux, XIV, p. 171).

(40) Voir Cour d'Appel du Sénégal, 2 février 1906, Penant 1906, 133.

capacité » (Cassation, 30 juin 1895, S. et P., 93, 1, 234), « qu'ils sont incompetents pour statuer sur la liquidation et le partage des successions » (Civ., 4 mai 1906).

3° L'USAGE DE BIAIS PRÉTORIENS

Poursuivant leurs efforts méritoires d'adaptation des règles d'un autre âge aux mœurs d'aujourd'hui, les tribunaux sont parvenus à ce résultat grâce à des subterfuges et des biais prétoriens. Souvent une coutume, plus ou moins établie, sert de prétexte à cette évolution.

En Tunisie et en Algérie, c'est à elle que l'on a eu recours pour exiger, à peine de nullité, la présence d'un officier public (cadi ou notaire) pour la célébration du mariage ⁽⁴¹⁾. Quelquefois, il est fait appel, dans le même dessein, à la notion d'équité, de droit naturel. C'est elle qui a permis aux tribunaux d'Egypte de donner effet à la parenté naturelle inconnue en Droit Musulman ⁽⁴²⁾, d'accorder des dommages-intérêts à une femme abandonnée de son mari, bien que le tribunal religieux ait condamné celui-ci à la pension alimentaire. C'est encore à la faveur de l'équité qu'ont pu, en Egypte, se glisser de nombreuses institutions européennes, qui ont rajeuni le Code mixte vieux de plus de 60 ans et comblé ses lacunes. Doctrines scientifiques, législations étrangères, projets de code même, étaient censés, aux yeux de la jurisprudence, représenter cette notion de justice, qui doit dominer le Droit positif. Grâce à ces détours ingénieux, la propriété intellectuelle, la matière de la société, de la location, ont reçu une protection efficace, et de même la responsabilité en cas d'accidents de travail se vit appliquer les principes modernes. D'autre part, ne faut-il pas faire une large part à ce facteur de modernisation, de rénovation du Droit Musulman, fourni par les travaux des jurisconsultes de l'Islam des différents rites ?

Est-ce que ce n'est pas en puisant dans les œuvres des différents docteurs musulmans hanafites, malékites, chaféites, hanbalites, ainsi que dans les législations des pays musulmans évolués, que la Commission de codification du Droit algérien est parvenue à mettre sur pied un projet dont l'allure sur bien des points est toute moderne ?

Tout cela ne suggère-t-il pas les sages réflexions de M. Lambert sur les bienfaits du Droit comparé ? Que cherche-t-on en ce moment, sinon à corriger un système législatif confessionnel périmé et à réaliser un certain ordre juridique. Cet ordre juridique, dont les artisans sont, en dehors du législateur, les juges, jurisconsultes et avocats, tend à se rapprocher beaucoup du Droit occidental.

D'autre part, l'œuvre de codification entreprise par M. Morand en 1916 nous paraît bien illustrer la théorie de M. Lambert sur l'utilité du Droit

(41) Tunis : 23 mai 1911, J. Robe, 1912, p. 92. Laugier de Tassy : Histoire du Royaume d'Alger, p. 114.

(42) Voir Cour d'Appel Mixte d'Alexandrie, 20 avril 1903. Bull. XV, p. 264 ; 17 mars 1915, B. p. 224 ; 16 mars 1910, B. XXII, p. 198 ; Messina : Traité de droit égyptien, t. II, p. 212.

comparé. En effet sur plusieurs questions, malgré l'imperméabilité d'un statut purement religieux, la confrontation des systèmes juridiques a permis de dégager un fonds commun de conceptions, qui y est latent, que la jurisprudence a consacré.

Si les normes posées par le Droit comparé n'ont pu jusqu'à présent franchir les frontières ultimes assignées par la foi, néanmoins le Droit occidental a pu s'introduire quand même dans bien des institutions pour les renouveler et les régénérer. Et tout n'est pas encore dit. En effet, ce que nous avons exposé jusqu'ici montre bien, et c'est notre but, que rien ne peut arrêter les progrès en marche et que ces idées — force d'humanité, de justice et d'équité — auront raison un jour plus ou moins lointain de tous les particularismes et de toutes les traditions.

LE DROIT MUSULMAN COMME ELEMENT DE REFONTE DU CODE CIVIL EGYPTIEN

Par ABD-EL-RAZZAK AH. EL SANHOURY BEY

Ancien Doyen de la Faculté de Droit de l'Université Egyptienne

Traduit de l'Arabe par René SEKKALY

*Délégué du Ministère de l'Instruction Publique
à la Faculté de Droit*

Contribution apportée à l'Hommage Collectif
à mon cher Maître le Professeur Edouard LAMBERT (*)

IMPORTANCE DU DROIT MUSULMAN DU POINT DE VUE HISTORIQUE

Au moment de la réforme du Code Civil Egyptien, le législateur devra prêter une attention toute particulière au Droit Musulman, qui fut avant l'élaboration des lois actuelles, la loi du pays et qui l'est demeurée, d'ailleurs, en matière de Statut personnel et dans certaines parties de la législation des contrats.

Le fait de puiser nos règles juridiques dans le Droit Musulman est certainement conforme à nos plus anciennes traditions juridiques et confirme cette vérité d'évidence que le droit n'est pas le résultat d'une création improvisée, mais le produit d'une lente évolution qui garde des liens étroits avec le passé.

(*) Article tiré d'une Etude antérieure de la Revue *Al Qanoun Wal Iqtisad*.

Après avoir démontré la nécessité de refondre le Code Civil Egyptien, j'ai proposé d'en combler les lacunes en puisant les nouvelles règles aux trois sources suivantes :

1. Les législations occidentales modernes.
2. La jurisprudence égyptienne des cinquante dernières années, c'est-à-dire depuis la création des Tribunaux actuels.
3. Le Chariâ ou Droit Musulman.

Je ne traiterai ici que de la partie concernant l'utilisation du Droit Musulman comme source d'un futur Droit Civil Egyptien.

IMPORTANCE DU DROIT MUSULMAN DU POINT DE VUE SCIENTIFIQUE

Le Droit Musulman est à juste titre considéré, par les juristes impartiaux, comme une des meilleures et des plus hautes institutions juridiques du monde. C'est la seule, d'ailleurs, dont la logique puisse égaler celle du Droit Romain.

C'est un droit incontestablement doué de plasticité et susceptible d'évolution. Il constitue l'un des éléments essentiels du Droit Comparé.

Si nous possédons un si précieux héritage, il ne nous est pas permis de le négliger.

Il ne faut pas par conséquent hésiter à recourir, toutes les fois que cela sera possible, au droit musulman pour y puiser nos règles juridiques, alors surtout qu'un grand nombre des principes qu'il consacre égalent les règles les plus modernes des législations occidentales, s'ils ne leur sont pas supérieurs.

Le jugement superficiel et rapide porté par quelques auteurs, sur la prétendue inaptitude du Droit Musulman à l'évolution, doit être rejeté, car il est certainement mal fondé. Le Droit Musulman a beaucoup varié, il est doué d'une grande aptitude d'évolution et peut facilement se mettre au niveau de la civilisation contemporaine.

D'ailleurs, M. Enrico Insabato, lui a rendu cette justice en écrivant, dans son ouvrage *L'Islam et la Politique des Alliés* :

« L'Islam, précis et immuable en ses formes, s'adapte néanmoins aux évidentes nécessités ; il peut se transformer sans s'amoindrir et, à travers les siècles, rester en pleine possession de sa force vitale et de sa malléabilité... »

M. Piola Caselli, conseille également dans un article publié dans l'« Egypte Contemporaine » de 1912, p. 195, de puiser les éléments d'une révision du Droit Civil Egyptien dans les principes du Droit Musulman, en faisant toutefois une réserve sur l'opportunité de procéder pour l'instant où il écrivait à ces emprunts.

Si, par ailleurs, quelques orientalistes comme M. le Professeur Snouck Hurgronje et Goldziher ont allégué que le Droit Musulman est immuable et non susceptible d'évolution, c'est qu'ils l'examinaient en historiens et non en juristes. Il suffit pour réfuter cette thèse de rapporter l'opinion d'éminents juristes bien connus comme M. le Professeur Kohler, M. le Professeur Del Vecchio, doyen de la Faculté de Droit de Rome qui, au Congrès de Droit Comparé tenu à La Haye du 2 au 6 août 1932, a dit notamment :

« Il existe, en effet, un rouage qui, à lui seul, permettrait déjà de faire pénétrer dans le Droit officiel de l'Islam l'ensemble des normes coutumières et d'autres forces juridiques nouvelles qui apparaissent aujourd'hui comme les auxiliaires nécessaires de la loi. C'est l'Idjmâ, le consensus de la communauté, un instrument qui peut être *fort efficace pour l'adaptation du Droit Musulman aux transformations de la vie économique et politique des sociétés régies par lui* ».

Nous pourrions citer également M. le Professeur Wigmore et beaucoup d'autres qui assignent au système juridique musulman la même place

qu'aux systèmes juridiques romain et anglais, comme l'un des trois systèmes qui ont dominé et continuent de dominer le monde.

Le comparatiste en l'honneur duquel ce Recueil est composé, M. Lambert, le grand juriste français bien connu, a également, au Congrès précité, constaté l'estime sans cesse croissante que les savants d'Europe et d'Amérique professent pour le Droit Musulman.

NÉCESSITÉ D'UNE RÉNOVATION SCIENTIFIQUE

Nous ne nions point que les règles du Droit Musulman aient besoin d'une retouche scientifique qui leur redonnerait leur énergie primitive, remettrait à jour les principes aujourd'hui ensevelis sous la poussière de l'oubli, et les libérerait des liens routiniers dans lesquels les juristes de l'époque intermédiaire les avaient immuablement fixés.

Nous avons déjà suggéré dans notre ouvrage sur le « Califat » que cette rénovation doit être basée sur des investigations doctrinales ayant pour but d'étudier le Droit Musulman d'après les méthodes les plus récentes, à la lumière du droit comparé. Le point de départ de ce travail doit être, à notre sens, la séparation de la partie religieuse et de la partie temporelle du Droit Musulman. La partie religieuse qui échappe à notre examen doit rester le monopole des théologiens musulmans — et, en ce qui concerne la partie temporelle, il y a lieu d'établir une distinction entre la règle *stable* et la règle *variable*.

La règle stable, c'est le principe qui est fondé sur des causes permanentes se présentant dans tous les temps et dans tous les lieux. La règle variable est une règle qui s'inspire de l'état de civilisation d'un milieu et d'une époque déterminés. Tandis que la règle *stable* est *permanente* et *universelle*, la règle variable est temporaire et particulière.

Il ne faut pas oublier, par ailleurs, que parmi les quatre sources du Droit Musulman, se trouve le Consensus qui peut être considéré comme la clef de l'évolution de l'Islam, c'est le Consensus qui lui assure une souplesse et une malléabilité susceptibles de l'adapter aux civilisations les plus modernes.

Le premier besoin auquel devrait répondre ce principe était de donner une place parmi les sources du droit à la coutume. En effet, Malek Ibn Anas, l'un des fondateurs d'écoles, pour attribuer à la coutume des habitants de Médine un caractère obligatoire, justifia ce caractère par le Consensus, dont on liait l'autorité à celle de la Sounnah, en faisant valoir que les médinois s'étaient toujours conformés à l'exemple du Prophète. Dans une deuxième étape, le Consensus a servi à sanctionner juridiquement les décisions résultant de l'accord des compagnons du prophète. Enfin dans une troisième étape il a donné force obligatoire aux solutions juridiques élaborées scientifiquement par la majorité des jurisconsultes, relativement à des problèmes nouveaux qui n'avaient pas été résolus par une prescription du Coran ou de la Tradition.

Dans ces deux dernières fonctions la théorie du Consensus a été utilisée pour consacrer un accord conscient d'opinion tandis que la première

a servi à sanctionner la coutume qui se développe mécaniquement avec le temps.

Le Consensus s'est donc élevé de la consécration de l'accord inconscient à celle de l'accord conscient. Pour mener son évolution à son terme naturel, il nous semble qu'il faudrait maintenant franchir une quatrième étape : organiser le fonctionnement pratique de l'accord délibérant. Nous arriverons ainsi à adapter facilement le Droit Musulman à toutes les exigences des temps modernes.

LE DROIT MUSULMAN PEUT SERVIR, MÊME DANS SON ÉTAT ACTUEL, COMME SOURCE DE LÉGISLATION

Bien que le Droit Musulman ait besoin d'une présentation plus scientifique, il pourrait quand même constituer dans son état actuel une source féconde pour la refonte du Code Civil Egyptien.

D'ailleurs, le législateur n'a-t-il pas déjà consacré dans notre Code Civil plusieurs de ses règles, que nos tribunaux nationaux et mixtes — sans parler des *Mehkémeh Char'ieh* — appliquent tous les jours, en matière de Wakf, de préemption, etc. ? Ces principes ne sont-ils pas appliqués également aux égyptiens et aux étrangers ? Quelqu'un a-t-il donc jamais soutenu qu'ils étaient inférieurs aux principes des législations modernes ?

Le législateur n'a-t-il pas aussi codifié une grande partie des règles du Droit Musulman en matière de préemption et particulièrement de statut personnel ? Nos lois se sont-elles trouvées, pour cela, plus mauvaises ? Ne constituent-elles pas une preuve éclatante de l'aptitude du Droit Musulman à la codification ?

Pourquoi donc ne pas suivre la route tracée par notre législateur depuis près d'un demi-siècle et, après avoir relevé les règles de notre législation actuelle qui sont puisées dans le Droit Musulman, montrer ce qui en serait encore susceptible d'être codifié ?

EXPOSÉ DES RÈGLES EMPRUNTÉES PAR LE CODE CIVIL EGYPTIEN AU DROIT MUSULMAN

Le législateur égyptien a emprunté au Droit Musulman non seulement toutes les règles du statut personnel, qui forment à elles seules la moitié du Droit Civil, ainsi qu'une bonne partie des règles frontières entre le statut personnel et les contrats ; il y a également puisé plusieurs principes régissant les contrats proprement dits, comme la préemption et d'autres règles secondaires que nous citerons plus loin. Ces règles ont été appliquées sans distinction aux musulmans et non-musulmans, aux égyptiens et aux étrangers sans qu'aucune plainte ait été formulée de la part de ces derniers.

Les règles empruntées au Droit Musulman se rapportent principalement aux servitudes, à la vente, à la cession de créances, au louage et au cautionnement.

Droits de servitude. — Le législateur a emprunté au Droit Musulman les règles concernant les droits et les obligations des propriétaires d'étages superposés. En effet le Code Civil français ne comprend en cette matière qu'un article fort succinct, l'article 664, tandis que le Code Civil Egyptien, malgré sa concision, traite le sujet en 4 articles (art. 34 à 37 du Code Civil national et art. 55 à 58 du Code Civil mixte). Si l'on compare les règles consacrées par le Code Civil Egyptien à celles du Droit Musulman (art. 64 à 68 du *Mourchid El Hairan*, « Le Guide de l'Indécis »), on pourrait relever une grande ressemblance,

Les règles concernant le mur mitoyen (art. 38 du Code Civil national) diffèrent en cette matière de celles consacrées par l'article 653 du Code Civil français et sont au contraire conformes à celles établies par le Droit Musulman (art. 69 du *Mourchid*).

Enfin et en troisième lieu le législateur égyptien commence le Chapitre 4 du Code Civil qui traite des servitudes, par un article 30 stipulant que « les servitudes sont réglées d'après le titre de leur constitution et d'après les usages locaux ». Or ces usages locaux sont constitués par le Droit Musulman. C'est ainsi d'ailleurs que cette expression a été interprétée par la jurisprudence.

Moyens d'acquisition de la propriété. — Le législateur égyptien a introduit dans ce chapitre un moyen d'acquisition de la propriété qui n'existe pas en Droit français : la préemption, dont il a emprunté les règles au Droit Musulman. Il est vrai que ces règles ont été modifiées (par la loi du 26 mars 1900 pour les tribunaux mixtes et celle du 23 mars 1901 pour les tribunaux nationaux), mais cette modification n'a pas dépassé le cadre du Droit Musulman.

En matière de prescription, le législateur égyptien s'est également conformé aux délais établis par le Droit Musulman qui diffère sur ce point du Droit français. En effet, il a réduit le plus long délai de prescription à 15 ans alors qu'en Droit français il est de 30 ans. Le délai minimum a été conséquemment réduit à 5 ans.

En matière de Wakf et de succession les tribunaux appliquent également la prescription de Droit Musulman qui est de 33 ans. Il faut toutefois reconnaître que l'effet de la prescription a été emprunté par le législateur égyptien au Droit français qui en fait un moyen d'acquisition ou de perte de la propriété, alors que le Droit Musulman ne le considère que comme une exception propre à repousser l'action.

Le Contrat de Vente. — Ici également le législateur a puisé au Droit Musulman les règles concernant :

1) Le « droit de vision » ou droit de l'acheteur de voir la chose achetée (art. 250, 253 et 318 du Code Civil national et art. 356 du Code Civil mixte) ;

2) La vente faite durant la dernière maladie qu'il a assimilée au testament (art. 254, 256 et 323 du Code Civil national et art. 320 du Code Civil mixte).

De même encore, mais ici, seul le législateur mixte s'y est conformé, en :

1) N'autorisant point la vente par anticipation des fruits d'un arbre, quand ils n'ont pas encore poussé, ou d'une récolte qui n'est pas encore sortie de terre : art. 330 et 331 ;

2) En refusant au vendeur le droit de rétention au cas où il aurait cédé le prix de l'objet vendu en totalité ou en partie à un tiers.

En effet, l'article 362 du Code Civil mixte stipule que le vendeur ne peut refuser la livraison quand il a donné une « assignation » sur l'acheteur, pour le montant du tout ou partie du prix. Le Code Civil national ne contient pas une pareille stipulation qui est d'ailleurs conforme au Droit Musulman (art. 456 et 511 du *Mourchid el Hairan*).

D'autre part, une des principales règles de la vente a été empruntée au Droit Musulman qui diffère en cela du Droit français. Il s'agit de la perte, avant la tradition, de la chose vendue, au cas où cette chose a été individualisée. En effet, les Codes Civils national et mixte stipulent que « si la chose vendue périt avant la livraison, même sans la faute ou la négligence du vendeur, la vente sera résolue et le prix restitué, s'il y a lieu, à moins que l'acheteur n'ait été mis en demeure de prendre livraison par une sommation ou tout autre acte équivalent, ou par la convention même ».

C'est la règle consacrée par le Droit Musulman qui est certainement plus conforme aux règles générales que le Droit Français qui fait supporter les risques à l'acheteur, puisque le vendeur se trouve dans l'impossibilité d'accomplir une des principales obligations auxquelles il était assujéti : la livraison.

De même encore, en matière de garantie des vices cachés, dans la vente de plusieurs objets certains, le législateur égyptien, conformément au Droit Musulman (voir art. 533 et 534 du *Mourchid El Hairan*), stipule dans les articles 316/390 et 317/391 et 392 que :

« Dans le cas où l'acheteur a le droit de résilier, s'il s'agit d'une vente de plusieurs objets certains, et que le vice découvert avant la livraison n'affecte qu'un certain nombre de ces objets, l'acheteur ne peut résilier la vente que pour le tout. »

Par contre, « si le vice est découvert après la livraison, l'acheteur peut résoudre la vente pour les objets viciés seulement, pourvu que la division ne soit pas préjudiciable ». Il n'existe point de texte analogue dans le Code Civil français.

Le législateur mixte (art. 399 et 401) a également adopté la solution du Droit Musulman (art. 537 et 538 du *Mourchid El Hairan*) au cas où il apparaîtrait un vice nouveau, dans un objet déjà affecté d'un vice ancien.

Voici le texte de ces deux articles :

« S'il survient, par cas fortuit, un vice nouveau après la vente dans le premier cas de l'article précédent, et après la livraison dans le second cas de l'article, ou si la chose livrée a été modifiée par l'acheteur ou par tout autre, l'acheteur n'a plus le droit de résilier la vente, à moins que le vice nouveau n'ait disparu ou que le vendeur ne déclare consentir à reprendre la chose avec le vice nouveau ; mais l'acheteur peut demander la diminution du prix, qui est calculée comme il est dit ci-dessus, sans tenir compte, toutefois, du vice nouveau ou de la modification survenue. »

« Si la chose affectée d'un vice ancien périt entièrement par suite du vice nouveau ou par cas fortuit, la perte est également au vendeur, pourvu que la preuve du vice ancien soit faite et que l'estimation de la diminution du prix soit possible dans le cas où il y aurait lieu à cette diminution. »

Le Code Civil français ne contient pas de règles semblables.

Les Codes égyptiens ont encore emprunté à la législation islamique (art. 539 du *Mourchid El-Hairan*) le critérium pour l'évaluation de la diminution du prix de la chose vendue, au cas du recours en garantie pour vices cachés, alors que le Droit français a recours pour cela aux experts. Ainsi les articles 319 du Code Civil national et 394 du Code Civil mixte stipulent que « la diminution proportionnelle du prix est calculée en appréciant la valeur réelle de la chose à l'état sain et la valeur réelle à l'état où elle est, et en faisant application de la proportion de ces deux valeurs au prix convenu. »

De même en matière de lésion, le législateur égyptien adopte, en général, la règle du Droit Musulman ; en effet il ne reconnaît l'action en supplément du prix de la vente pour cause de lésion qu'au mineur qui a été lésé pour plus d'un cinquième. Les articles 336 du Code Civil national et 419 du Code Civil mixte stipulent que « la lésion de plus d'un cinquième en matière de vente immobilière ne donne lieu au profit du vendeur qu'à une action en supplément du prix et seulement au profit des vendeurs qui sont mineurs ». Toutefois, les législations égyptienne et française diffèrent ici du Droit Musulman en ce qu'elles ne reconnaissent cette action qu'au profit de celui qui a été lésé dans une vente immobilière afin de parfaire le prix, alors que le Droit Musulman l'accorde indistinctement au vendeur d'un objet immobilier ou mobilier, et à l'effet d'annuler la vente.

La Cession de Créance. — Le Code National exige pour la cession de créance le consentement du débiteur (art. 349 du Code Civil national). Cette solution est conforme à l'article 882 du *Mourchid*.

Le Louage. — Le bailleur, d'après les articles 369 du Code Civil national et 452 du Code Civil mixte, n'est tenu à livrer la chose louée que dans l'état où elle se trouve à l'époque fixée pour l'entrée en jouissance (pourvu qu'elle n'ait pas été détériorée depuis le contrat par le fait du bailleur ou de son ayant droit). De même il n'est tenu à faire aucune réparation, à moins de stipulation contraire (art. 370 du Code Civil national et 453 du Code Civil mixte).

Ces solutions ont été puisées aux articles 642 et 645 du *Mourchid* et diffèrent de celles consacrées par le Code Civil français qui astreint le bailleur à livrer la chose louée en bon état de réparations de toute espèce, et à faire pendant la durée du bail les réparations qui peuvent devenir nécessaires (art. 1720).

Le législateur égyptien a également puisé dans le Droit Musulman la solution du litige né de la plantation d'arbres dans un bien pris à ferme. Le preneur ne pourra les enlever, à moins qu'il ne s'agisse de pépinières ; le bailleur aura le choix ou de faire enlever aux frais du preneur les arbres plantés sans son consentement, ou de les conserver en payant l'estimation (art. 394 du Code Civil national et 481 du Code Civil mixte). Dans le cas

où il les ferait enlever, il devra attendre l'époque où ils pourront être transplantés (art. 395 du Code Civil national et 482 du Code Civil mixte).

Le Droit français ne contient pas de semblables solutions.

Le Cautionnement. — Le législateur égyptien admet dans l'article 508 Code Civil que l'on se porte caution de présenter le débiteur le jour de l'échéance. Le Droit Musulman (art. 841-851 du *Mourchid*) admettait déjà cette forme de cautionnement à la différence du Droit français.

PRINCIPES QUE L'ON POURRAIT PUISER DANS LE DROIT MUSULMAN EN REVISANT LE CODE CIVIL

On peut puiser dans le Droit Musulman des principes beaucoup plus importants que ceux qui ont été déjà codifiés.

Toutefois, une méthode s'impose. Nous pensons que le recours au Droit Musulman doit avoir pour but :

- 1° De perfectionner les bases fondamentales de notre législation ;
- 2° De combler les lacunes existantes.

Le premier but serait atteint :

- a) Par l'adoption de certains principes généraux du Droit Musulman.

Ce Droit contient, en effet, des principes que consacrent aujourd'hui les législations les plus récentes. Nous devrions donc les adopter sans aucune hésitation, non parce qu'ils sont déjà consacrés par les législations modernes (ces dernières peuvent, en effet, élaborer des théories et créer des institutions qui seraient efficaces dans leur propre pays et conformes à ses besoins et qui, transplantées chez nous, ne seraient plus d'une même utilité), mais parce qu'ils sont consacrés par le Droit Musulman qui fut et demeure encore, en partie, le droit du pays, et parce qu'ils sont, par suite, conformes à nos traditions juridiques.

b) Il existe, par ailleurs, d'autres principes juridiques moins généraux que les théories précitées et qui commencent à apparaître dans certaines législations modernes. Ils demeurent toutefois sujet à discussion, et le législateur égyptien ne laisse pas d'être quelque peu embarrassé en leur présence. Les adoptera-t-il ou les laissera-t-il de côté ? Il peut s'aider de la législation islamique pour décider de son attitude à leur égard. Il pourra les adopter s'il leur trouve une origine dans cette législation.

Quant aux lacunes existantes, elles pourraient être comblées de deux manières :

a) Il y a des dispositions qui manquent à notre législation et auxquelles la jurisprudence n'a pas suppléé. Nous ferions bien de combler ces lacunes en nous inspirant du Droit Musulman parce que ses principes sont plus conformes à notre tradition et se trouvent d'ailleurs en harmonie avec les principes juridiques modernes ; peut-être même leur sont-ils supérieurs ;

b) D'autres lacunes ont été déjà comblées par la jurisprudence dont les principes se trouvent être conformes aux prescriptions du droit islamique. Nous n'aurons donc qu'à consacrer ces principes dans notre législation en nous basant à la fois sur la jurisprudence et sur le Droit Musulman.

Le cadre de cette étude ne nous permet évidemment pas d'exposer toutes les théories et tous les principes de Droit Musulman que nous estimons devoir adopter. Nous en citerons toutefois quelques-uns à titre d'exemple.

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Parmi les tendances générales du Droit Musulman nous nous contenterons de signaler, d'une part, son caractère objectif et, d'autre part, la théorie générale de l'abus du droit.

Objectivité du Droit Musulman. — On peut diviser les législations, au point de vue de leurs tendances, en législations subjectives — comme les législations d'origine latine en général — et en législations objectives — comme les législations allemande et anglaise.

Ces deux catégories de législations considèrent les institutions juridiques sous des jours bien différents. Les premières, en effet, font prévaloir dans un contrat l'élément personnel et la volonté des parties plutôt que sa lettre. Et quand un critérium d'interprétation y est nécessaire, on recourt de préférence à un critérium psychologique ; on prend en considération l'intention présumée des parties et non les us et coutumes du pays. L'objectivité, toutefois, est une preuve de progrès des législations et révèle leur tendance à la stabilisation des transactions.

Si nous voulons donc ranger dans l'une ou dans l'autre de ces tendances générales la législation islamique, ce sera parmi les législations à tendance objective. Il est vrai qu'elle prend en considération l'esprit et non la lettre des contrats, mais elle déduit cet esprit de la lettre. C'est donc la *volonté apparente* qu'elle sanctionne et non l'*intention présumée*. C'est pourquoi un grand nombre d'auteurs musulmans se sont attachés à étudier les termes que pouvaient employer les contractants et à en spécifier le sens et la portée. D'aucuns ont prétendu qu'ils sacrifiaient l'intention à la lettre ; bien au contraire, ces auteurs cherchaient à fixer, d'après les termes employés, la volonté apparente des parties et ce afin d'asseoir les transactions sur une base solide et stable. Ils n'ont point essayé de déduire l'intention présumée sur laquelle on ne peut asseoir aucune transaction à portée certaine.

Il en est de même pour les critères du Droit Musulman. Ce sont, en effet, des critères objectifs, fondés sur les coutumes et usages. C'est ce qui va nous apparaître d'ailleurs plus clairement dans l'exposé des théories qui vont suivre.

Notre législation civile gagnerait certainement beaucoup si elle empruntait au Droit Musulman une part de son objectivité qui, alliée au caractère subjectif qu'elle a acquis du Droit français, donnerait à ses dispositions plus d'équilibre et de précision.

Théorie de l'abus du droit. — Le Code Civil égyptien n'a pas sanctionné la théorie de l'abus du droit consacrée par la plupart des législations étrangères. Aussi doit-il combler cette lacune.

Or, si nous examinons le Droit Musulman, nous y trouverons cette théorie bien plus développée que partout ailleurs.

En effet le Droit Musulman fonde l'abus du droit non point uniquement sur un critérium subjectif, comme l'on fait la majeure partie des législations étrangères, mais sur un double critérium subjectif et objectif. Il limite l'exercice des divers droits aux objets sociaux et économiques pour lesquels ils ont été institués. Il serait donc souhaitable que notre législation s'inspirât de ce droit et adoptât son critérium.

D'ailleurs le Droit Musulman fait de nombreuses applications de cette théorie, applications qui méritent incontestablement d'être prises en considération et codifiées par notre législateur.

Nous citerons à titre d'exemple :

Les droits de voisinage. — Une des plus importantes applications de la théorie.

Il s'agit ici de l'abus du droit de propriété. Notre législation civile ne contient aucune disposition à ce sujet. Quant à la jurisprudence, elle a franchement adopté les solutions consacrées par le Droit Musulman

Voici ce que prescrit *Mourchid El Hairan* :

1) Toute personne peut user, comme il lui convient, des biens dont elle a l'entière propriété et élever toute construction qu'elle désire, à moins que l'usage de ce droit n'occasionne aux voisins un préjudice grave (art. 57).

2) Est considéré comme gravement préjudiciable l'acte qui porte atteinte à la solidité d'un édifice ou qui empêche d'en retirer les avantages essentiels. L'acte qui empêche de retirer d'un édifice les avantages qui ne sont pas essentiels ne donne pas naissance à un préjudice grave (art. 59).

3) La cause d'un préjudice grave doit disparaître, qu'elle soit ancienne ou nouvelle (art. 60).

4) Le fait d'empêcher la lumière d'arriver à son voisin porte à celui-ci un préjudice grave. Nul ne peut, en conséquence, en élevant une construction, boucher les fenêtres de son voisin de manière à empêcher la lumière de passer. S'il le fait le voisin aura le droit de l'obliger à faire disparaître cette partie gênante de la construction (art. 61).

5) La vue sur l'appartement destiné à l'habitation des femmes constitue un préjudice grave. Nul ne peut, en conséquence, ouvrir une fenêtre donnant sur l'appartement des femmes de ses voisins, à moins que cette fenêtre ne soit plus élevée que la hauteur de l'homme. Le contrevenant peut être contraint à boucher cette fenêtre ou à établir un mur qui empêche la vue (art. 62).

6) Celui qui construit une maison nouvelle n'a pas le droit de se plaindre de ce que les fenêtres de la maison voisine, plus ancienne, donnent sur l'appartement de ses femmes. C'est à lui d'éviter ce préjudice (art. 63).

Ces dispositions sont conformes à l'esprit des législations les plus modernes en cette matière.

L'exécution sur les biens du débiteur. — Le Code Civil français impose aux créanciers certains ménagements envers leurs débiteurs. Ainsi, le créancier doit mettre en discussion le mobilier, préalablement à la mise

en vente des immeubles, si le débiteur est un mineur, même non émancipé, ou interdit (art. 2206). Les créanciers ne peuvent pas non plus mettre en vente la part indivise d'un cohéritier même majeur, avant le partage ou la licitation (art. 2205). De même encore le créancier ne peut poursuivre la vente des immeubles, qui ne lui sont pas hypothéqués, que dans le cas d'insuffisance des biens qui lui sont hypothéqués (art. 2209).

Enfin si le débiteur justifie, par baux authentiques, que le revenu net et libre de ses immeubles pendant une année suffit pour le paiement de la dette en capital, intérêts et frais, et s'il en offre la délégation au créancier, la poursuite peut être suspendue par les juges... (art. 2212).

Le Code Civil égyptien ne contient pas de pareilles prescriptions. Il est toutefois nécessaire que les créanciers aient certains ménagements envers le débiteur et qu'ils n'outrepassent point les limites raisonnables dans l'exécution sur ses biens ; autrement, ils commettraient un abus du droit. C'est d'ailleurs là le principe admis par le Droit Musulman. En effet, l'article 164 du *Mourchid* stipule que « lorsqu'une personne a des dettes judiciairement constatées et qu'elle n'a pas de biens de la même espèce que ceux qu'elle doit, il est permis de l'exproprier des biens qu'elle possède. Ces biens sont vendus par la justice, à moins qu'elle ne préfère les vendre elle-même et payer ses dettes sur le prix.

La vente doit toujours commencer par les choses les moins utiles au débiteur et on ne peut, dans aucun cas, vendre les choses qui lui sont indispensables pour vivre, telle que par exemple sa maison d'habitation ».

Il serait donc convenable que notre législateur s'inspirât de cette disposition pour assurer les ménagements indispensables envers le débiteur. Il se conformerait ainsi aux principes juridiques contemporains sans compter qu'il serait en harmonie avec le droit islamique.

THÉORIES CONTROVERSÉES

Nous dirons brièvement un mot sur quelques-unes des théories qui forment encore sujet à controverse, comme la responsabilité des incapables, la théorie des risques, la cession de créance et la théorie de l'imprévision.

Responsabilité des incapables. — Les législations latines fondent la responsabilité délictuelle sur un élément psychologique, la faute. Dès lors, le mineur, le fou et, en général, tous ceux qui ne jouissent point de leur raison et de leur volonté, ne peuvent être tenus responsables de leurs actes. C'est pourquoi le législateur français et, après lui, le législateur égyptien, exemptent les incapables de toute responsabilité pénale. Ils en font tomber la charge sur ceux qui en ont la surveillance.

Toutefois, des législations récentes et particulièrement la législation allemande ont rejeté l'élément psychologique de la faute comme base de la responsabilité des actes préjudiciables et ont soumis les incapables à une responsabilité limitée. Elles justifient leur attitude par ce fait que les rapports de droit civil ne sont pas les mêmes que ceux de droit pénal. En effet, disent-elles, si l'on comprend aisément que l'on ne puisse punir que

ceux qui jouissent de leur pleine volonté parce que c'est cette volonté qui explique la responsabilité pénale, on ne comprend plus qu'une personne qui a porté préjudice aux biens d'un tiers ne soit pas obligée à réparer ce préjudice parce qu'incapable ; car les rapports de droit civil existent entre un bien et un autre, non entre les personnes elles-mêmes. Il serait donc plus rationnel d'exiger une réparation là où il y a préjudice, et de fonder la responsabilité civile sur l'élément de causalité plutôt que sur l'idée de faute.

C'est ainsi que le Droit Civil allemand stipule à l'article 829 que l'incapable, irresponsable du dommage par lui causé, doit cependant, si la réparation du dommage ne peut être obtenue d'un tiers chargé de la surveillance, le réparer, lorsque d'après les circonstances, notamment d'après les rapports existant entre les intéressés, l'équité exige une réparation et qu'il possède des ressources suffisantes pour lui permettre à la fois de subvenir à son entretien d'une manière convenable et de remplir les obligations alimentaires qui lui sont imposées par la loi. De même, le Code des obligations suisse stipule à l'article 54 :

« Si l'équité l'exige, le juge peut condamner une personne même incapable de discernement à la réparation totale ou partielle du dommage qu'elle a causé. »

D'autre part, le projet franco-italien des Obligations stipule également à l'article 76 que le juge peut condamner une personne incapable de discernement à une réparation équitable du dommage qu'elle a causé. De même encore, le Code Civil soviétique autorise le juge à condamner l'incapable à une réparation selon son degré de fortune et celui de la victime. Enfin l'article 29 du Projet du Code Civil polonais autorise également le juge à condamner les incapables à la réparation du préjudice qu'ils ont causé, si les circonstances l'exigent.

Ces différentes dispositions consacrent avec quelque réserve la responsabilité des incapables. Que sera donc l'attitude de notre législateur ? Conservera-t-il la théorie subjective empruntée au Droit français ou la rejettera-t-il pour consacrer la théorie objective de la responsabilité, comme la loi allemande et les codifications récentes en général ?

Si nous recourons au Droit Musulman, nous le verrons consacrer sans aucune réserve la théorie objective. Il astreint, en effet, le mineur, même non émancipé, à la réparation du préjudice qu'il a causé ; car, s'il est en principe incapable et ne peut s'obliger par ses paroles, il ne peut pas être exempté de la réparation du dommage qu'il a causé. Au cas où ses biens seraient insuffisants pour la réparation du préjudice, il en restera tenu jusqu'à plus grande aisance.

C'est ainsi qu'un nouveau-né est tenu à réparation si, en venant au monde, il porte préjudice au bien d'autrui. Il en est de même pour le fou qui déchirerait les vêtements d'un tiers.

La théorie des risques. — Le critérium objectif a gagné un si grand terrain en matière de responsabilité que certains auteurs voudraient supprimer entièrement de ce domaine l'idée de faute et opposer les risques aux profits. Celui qui, par son activité économique, dont il tire profit, porte

préjudice à autrui, devrait supporter les risques de l'activité dont par ailleurs il bénéficie, même si le préjudice a pour cause initiale un événement fortuit. C'est en cela que consiste la théorie des risques que consacrent aujourd'hui les législations récentes surtout en matière d'accidents du travail et d'entreprises de transport.

Cette théorie est inconnue du Droit égyptien qui fonde la responsabilité sur une faute prouvée. D'autre part, la jurisprudence égyptienne n'admet la présomption de faute établie par la législation française que dans des cas bien déterminés. Or, ce dont on se plaint le plus en Egypte ce sont les dommages subis par le fait des entreprises de transport. Ces moyens, devenus rapides et dangereux, font tous les jours de nombreuses victimes qui ne peuvent obtenir une réparation du préjudice subi que si elles prouvent une faute à la charge de l'entrepreneur, ce qui leur est excessivement difficile.

Quel sera donc l'attitude de notre législateur ? Confirmera-t-il la jurisprudence de certains tribunaux en adoptant la théorie des risques et en se conformant ainsi aux législations modernes ? S'il le fait, il trouvera un appui dans le Droit Musulman. En effet, il est de règle générale en Droit Musulman que « la responsabilité en matière de préjudice direct n'exige pas l'existence d'un élément intentionnel ». Ainsi, si une personne glisse involontairement et détériore en tombant un objet appartenant à autrui, elle est obligée de réparer le dommage ainsi causé ; car le préjudice est direct et, dans ce cas, comme nous venons de le dire, aucun élément intentionnel n'est nécessaire. De même un cavalier dont la monture détériore l'objet d'un tiers, en passant dessus, sera considéré comme étant l'auteur direct du préjudice ; il sera par suite astreint à réparation sans qu'il soit nécessaire de démontrer une faute à sa charge. Il en est de même pour un conducteur. Si nous appliquons donc ces règles aux moyens de transport modernes : automobiles, navires, locomotives, avions, etc., nous aurons puisé dans le Droit Musulman la théorie des risques.

La cession de créance. — Les législations latines et la législation égyptienne à leur suite autorisent la cession de créance, et non la cession de dette. Par suite celui qui voudrait céder une dette devrait avoir recours à la novation. Or, cette solution a été l'objet de vives critiques ; car, si l'on considère l'obligation comme un rapport entre deux personnes, il faut reconnaître la cession de créance aussi bien que la cession de dette ; si, au contraire, l'obligation est envisagée comme représentant une valeur pécuniaire, il faut autoriser les deux cessions.

Mais il paraît inadmissible d'autoriser la cession de créance et non la cession de dette. On ne peut pas objecter que la cession de dette serait de nature à porter préjudice au créancier ; car elle ne peut avoir lieu sans son consentement. S'il prévoit donc un préjudice possible il n'aura qu'à s'opposer à la cession.

D'ailleurs des législations récentes à tendance objective ont autorisé la cession de dette. D'autre part, d'éminents auteurs français vont même jusqu'à reconnaître dans la législation française actuelle, la possibilité d'une pareille cession, en invoquant qu'elle n'est pas en contradiction avec les principes généraux.

Par conséquent si notre législateur veut être rationnel et se conformer aux nécessités économiques qui exigent la plus grande facilité dans la circulation des richesses, qu'elles soient constituées par des biens proprement dits ou par des obligations, il devra autoriser la cession de dettes. Il trouvera, d'ailleurs, cette règle consacrée par le Droit Musulman à l'instar des différentes législations objectives. En effet, l'article 896 du *Mourchid El Hairan* stipule que :

« La dette du délégant ne change pas de qualité en se transférant au tiers délégué. C'est ainsi que celui-ci devra payer immédiatement la dette qu'il a été chargé de payer, si cette dette n'est soumise à aucun terme ni condition.

« Si la dette est à terme, le tiers délégué ne devra la payer qu'à l'échéance du terme convenu, même si le délégant mourait avant cette date.

« Mais si le tiers délégué mourait avant l'échéance, la dette deviendra pure et simple et devra être payée immédiatement par sa succession si celle-ci comprend un actif suffisant.

« Si l'actif est insuffisant, le créancier pourra revenir contre son ancien débiteur et lui faire payer toute la créance ou ce qui lui reste dû, à l'échéance du terme fixé. »

Théorie de l'imprévision. — Cette récente théorie a été créée par la jurisprudence administrative française pour atténuer les effets trop rigoureux du cas de force majeure.

D'après cette théorie, si l'exécution du contrat devient une trop lourde charge pour le débiteur, à la suite de circonstances justificatives qu'il ne pouvait prévoir au moment du contrat, il aura le droit de solliciter une décharge partielle de ses prestations ; l'obligation du débiteur ne s'éteindra donc pas par la force majeure, du moment que l'exécution est partiellement possible, mais elle pourra être allégée.

Cette théorie s'est formée à la suite des troubles économiques qui ont surgi après la grande guerre. Le contentieux administratif l'applique particulièrement aux contrats à long terme, au cours desquels les circonstances peuvent facilement changer et des cas fortuits survenir faisant ainsi perdre au contrat son équilibre économique.

La jurisprudence civile française, liée par les textes écrits, n'a pas pu adopter la théorie de l'imprévision. Il en a été de même pour la jurisprudence égyptienne.

La théorie de l'imprévision est pourtant fort équitable, et il conviendrait que notre législateur la consacrât dans le nouveau Code Civil. Il trouverait, encore là, un appui dans la « théorie de la nécessité » du Droit Musulman. Cette dernière est d'une portée très générale ; elle a déjà reçu de multiples applications et elle servirait aisément de véhicule à la théorie de l'imprévision.

D'ailleurs la théorie de la nécessité est devenue l'une des bases fondamentales du Droit Musulman et, comme l'a fort bien remarqué M. le Professeur Lambert au Congrès de Droit Comparé tenu à La Haye en 1932, « elle se présente comme l'expression plus catégorique et plus générale

d'une idée qui est en germe dans la clause *rebus sic stantibus* du droit international public, la théorie de l'imprévision de la jurisprudence administrative française, les assouplissements imprimés à la notion de l'impossibilité d'exécution par la jurisprudence anglaise sous la pression des conséquences économiques de la guerre, ou le chapitre de la jurisprudence constitutionnelle américaine sur l'*emergency* ».

LACUNES QUE LA JURISPRUDENCE N'A PAS COMBLÉES

Nous citerons ici les cas de perte de récolte dans un bien pris à ferme, la résiliation du bail pour cause de décès du locataire, sa résiliation par cas fortuit et la remise de dette.

Perte de la récolte dans un bien pris à ferme. — Le Code Civil français stipule aux articles 1769 à 1773 que si, pendant la durée du bail, la totalité ou la moitié d'une récolte au moins est enlevée par des cas fortuits, le fermier peut demander une remise du prix de sa location... Le Code des Obligations suisse contient un article plus souple que ceux du Droit français ; il stipule, en effet, à l'article 287, que « le preneur d'un bien rural peut exiger une remise proportionnelle du fermage si, par suite d'accidents ou calamités extraordinaires, le rapport habituel du bien est notablement diminué ».

Les Codes Civils égyptiens sont, par contre, trop sévères pour le preneur. En effet, les articles 392 du Code Civil national et 479 du Code Civil mixte, stipulent qu'en matière de bail de biens ruraux, le preneur ne peut demander une diminution de loyer, si la récolte est perdue par cas fortuit. La jurisprudence s'est conformée au texte.

Il serait donc souhaitable que notre législateur modifiât cette prescription et fit supporter au bailleur une partie de la perte. Il se conformerait ainsi, non seulement aux récentes codifications, mais au Droit Musulman lui-même. En effet, l'article 675 du *Mourchid* stipule que :

« Si la récolte est perdue par cas fortuit, le locataire devra payer une part du loyer pour la période écoulée avant la survenance de ce cas.

« Il ne devra payer le loyer de la période postérieure que s'il est encore en son pouvoir de semer de nouveau la terre, même lorsque la nouvelle récolte ne doit pas être aussi riche que la récolte perdue. »

Ce texte met le risque de cette perte à la charge du bailleur en le privant du prix de location pour la période durant laquelle le preneur n'a pas pu jouir du bien pris à ferme ; il ne lui impose pas une diminution de fermage proportionnelle à la perte subie. Ce qui est conforme aux prescriptions de l'Ecole Hanafite ; Malek, allant plus loin, fait subir au bailleur la perte de la totalité du prix de location.

Extinction du contrat de louage pour cause de décès du locataire. — Le Code Civil égyptien stipule que : « Le bail n'est pas résolu par la mort du bailleur ni par celle du preneur, à moins que la location n'ait été faite à ce dernier en raison de son industrie et de sa capacité personnelle » (art. 391 du Code Civil national et 378 du Code Civil mixte).

Cette solution n'est guère équitable. En effet, peut-on concevoir que les héritiers d'un haut fonctionnaire qui touche des traitements élevés et paye un loyer proportionnel, soient obligés, à sa mort, de payer en loyer la totalité ou tout au moins une grande partie de la pension qui leur est allouée, cette dernière pouvant être fort réduite ?

En réalité, le Droit Musulman est beaucoup plus équitable. Il stipule, en effet, que le contrat de louage s'éteint par la mort du locataire. Il conviendrait donc que le législateur égyptien s'inspirât de lui pour donner aux héritiers la faculté de continuer l'exécution du contrat ou de le résilier. C'est là d'ailleurs la solution adoptée par les Droits allemand (art. 569), suisse (art. 270 et 297) et par le projet franco-italien du Code des Obligations (art. 440). Le Droit Musulman est donc plus en harmonie que le Droit égyptien actuel avec les législations récentes.

Extinction du contrat de louage au cas de survenance d'une circonstance justificative. — C'est là une application de la théorie de la nécessité, faite par l'Ecole Hanafite. Elle consiste à résilier le contrat de louage au cas de survenance d'une circonstance justificative ; car, dit-elle, si le contrat n'était pas résilié en pareil cas, la partie qui se trouverait dans ces circonstances aurait à supporter un préjudice qu'elle n'avait point assumé en s'obligeant par ledit contrat. La résiliation est donc envisagée comme un moyen nécessaire d'éviter la surcharge d'un tel préjudice.

Cette circonstance justificative peut se rapporter :

1° Soit à la *chose louée*, comme par exemple si, après prise en location d'un bain public, dans une province, pour un temps déterminé, les habitants désertaient cette province. Le preneur est libéré à partir de ce moment du prix de location.

2° Soit à la *personne du bailleur*, par exemple, s'il se trouve obligé de payer une forte dette et qu'il ne puisse le faire qu'avec le prix du bien loué. Il est autorisé dans ce cas à résilier le contrat.

Le bailleur est également autorisé à résilier le contrat au cas où, après avoir acheté et loué un objet, il y découvre un vice caché, et ce afin de pouvoir le rendre au vendeur.

3° *Au preneur* : par exemple si le locataire tombe en faillite, ou s'il doit transférer sa résidence dans une ville voisine ou un pays étranger. Il en sera de même s'il change de métier et de commerçant devient agriculteur, ou inversement, etc., etc. Enfin le locataire peut encore résilier le contrat s'il a été conclu dans un but déterminé et que ce but ne puisse plus être atteint.

La doctrine musulmane a d'ailleurs posé un critérium très souple pour l'appréciation des faits, qui constitueraient des circonstances justificatives ; c'est ainsi qu'Ibn Abdine pose en principe que :

« Toute personne qui, par cas fortuit, ne pourrait exécuter une prestation sans subir un préjudice dans sa personne ou dans ses biens, aura le droit de demander la résiliation du contrat. »

On peut en tous cas résumer les règles posées en cette matière comme suit :

1° On ne peut pas résilier un contrat, pour cause de circonstance justi-

ficative, si le demandeur cherche à obtenir par cette résiliation un avantage qu'il ne pourrait obtenir autrement ;

2° On ne peut également résilier le contrat si le préjudice que doit subir le demandeur n'est pas plus grave que celui qui serait subi par le bailleur à la suite de la résiliation ;

3° On peut accorder, au contraire, la susdite résiliation au cas où le préjudice encouru par le demandeur est bien plus grave que celui qui naîtrait de la résiliation.

La théorie de la résiliation du contrat de louage pour cause de circonstance justificative mérite d'être adoptée par le législateur égyptien. C'est une des nombreuses théories du Droit Musulman qui constituent une manifestation éclatante de sa souplesse et de son aptitude à s'adapter à toutes les circonstances. Elle est conforme aux législations les plus récentes. C'est ainsi que le Code Civil des Obligations suisse stipule que :

« Si le bail est fait pour un certain nombre d'années, et qu'il survienne des circonstances graves qui en rendent, dès le début ou en cours de bail, l'exécution intolérable à l'une des parties, celle-ci peut donner congé avant l'expiration du temps convenu... » (art. 251).

Cette théorie n'est d'ailleurs qu'une application de la théorie de l'imprévision au contrat de louage.

La remise de dettes. — La remise de dettes est considérée par notre Droit, à l'instar du Droit français, comme un contrat bilatéral, ne pouvant être conclu que par l'accord de deux volontés, alors qu'elle constitue en Droit Musulman un acte unilatéral. L'article 235 du *Mourchid* stipule que :

« Il n'est pas nécessaire que la remise soit acceptée formellement par le débiteur ; mais il peut la refuser s'il ne l'a pas encore acceptée. »

Nous préférons la conception juridique du Droit Musulman pour deux raisons : l'une rationnelle, l'autre pratique. En effet, le créancier qui fait une remise de dette à son débiteur, abandonne un droit lui appartenant, ce qu'il doit pouvoir faire par sa seule volonté. D'ailleurs du moment que la renonciation à un droit réel est parfaite par la seule volonté unilatérale, pourquoi la renonciation à une créance ne serait-elle pas également parfaite par voie unilatérale ? Nous avons répondu à cette question dans notre ouvrage sur « Les Obligations » en ces termes : « On peut renoncer à un droit réel par voie unilatérale, car il n'y a point de lien direct entre le renonçant et une personne individuellement déterminée avec laquelle il doive s'entendre pour effectuer cette renonciation. Tandis que l'abandon d'une créance ne peut avoir lieu que par l'accord du créancier et du débiteur ; car elle constitue un lien direct entre eux, qui ne peut disparaître que par leur consentement ».

C'est la seule explication que l'on puisse donner à cette distinction entre la renonciation et la remise de dette. Cette explication est toutefois basée sur une conception trop étroite du droit de créance, envisagé comme un rapport personnel, et non comme une valeur pécuniaire. Or, si nous adoptons la conception objective de l'obligation qui fait du droit de créance comme du droit réel une valeur pécuniaire, nous devrions admettre, à l'instar du Droit Musulman, la renonciation par voie unilatérale, aux deux catégories de droits.

Une raison pratique milite, par ailleurs, en faveur de cette dernière solution. En effet, si l'on considère que la remise de dette ne peut avoir lieu que par un acte bilatéral, les héritiers du débiteur décédé avant l'acceptation et après l'offre de remise, ne pourraient en bénéficier, solution qui n'est guère équitable. On ne pourrait, par ailleurs, tenir compte de leur acceptation en appliquant, par analogie, l'article 51 du Code Civil national qui stipule que « l'acceptation (des donations) peut être faite par les héritiers du donataire décédé », cet article étant exceptionnel et de droit strict. Tandis que si nous adoptons la solution objective du Droit Musulman qui fait de la remise de dette un acte unilatéral, cette remise serait parfaite, alors même que le débiteur décéderait avant l'acceptation et sans en avoir eu connaissance. C'est d'ailleurs là la solution consacrée par l'article 235 du *Mourchid El Hairan*.

LACUNES COMBLÉES PAR LA JURISPRUDENCE
CONFORMÉMENT AUX PRESCRIPTIONS DU DROIT MUSULMAN

La jurisprudence égyptienne a posé des principes relatifs à :

- 1° La propriété indivise ;
- 2° Aux droits de servitude ;
- 3° Aux obligations du bailleur ;
- 4° A la location des terrains de culture ;
- 5° A l'obligation de garantie de l'emprunteur dans le prêt à usage ;
- 6° A l'action paulienne ;
- 7° A la rescision pour lésion en matière de partage.

Propriété indivise. — Les Codes égyptiens ne contiennent que de fort rares dispositions en cette matière, alors que le Droit Musulman a régi la propriété indivise par de nombreuses prescriptions rationnelles et, de plus, conformes aux mœurs et coutumes de ce pays. Ainsi le *Mourchid* stipule à l'article 12 que : « Lorsque la propriété du même bien appartient à deux ou plusieurs personnes, chacune d'elles a le droit de jouir de sa part et d'en disposer à la condition de ne pas porter préjudice à ses copropriétaires. Elle peut, sans leur autorisation, vendre ou louer sa part indivise, si elle est déterminée ».

Les articles 745 à 753 traitent de l'usage et de la vente du bien indivis, les articles 755 à 757 du droit d'habitation des associés, les articles 758 à 762 de la jouissance dudit bien, l'article 763 de la perte du bien, les articles 714 à 772 des réparations du bien indivis, etc.

Le législateur égyptien pourra incontestablement trouver parmi ces nombreuses dispositions des principes conformes à ceux que les arrêts antérieurs de la jurisprudence avaient déjà consacrés.

Les droits de servitude. — Il en est de même pour les droits de servitude. Notre législateur pourra aisément puiser dans le Droit islamique des règles conformes à la jurisprudence antérieure. Ainsi cette dernière a complété les articles 37 du Code Civil national et 58 du Code Civil mixte qui stipulent que : « Si la construction vient à tomber, le propriétaire de

l'étage inférieur est obligé de reconstruire son étage, faute de quoi sa propriété pourra être vendue en justice », en autorisant le propriétaire de l'étage supérieur à construire la partie détruite puis à se retourner contre le propriétaire de l'étage inférieur. En consacrant législativement cette jurisprudence, le législateur égyptien trouverait un appui dans les articles 66 et 67 du *Mourchid*.

Ces derniers stipulent en effet que :

1° « Si le propriétaire de l'étage inférieur démolit volontairement et de mauvaise foi sa construction, il devra être contraint à la réédifier » (art. 66) ;

2° Si la construction de l'étage inférieur tombe d'elle-même, le propriétaire de cet étage doit la réédifier, mais on ne peut l'y contraindre par la force.

S'il refuse de la faire lui-même mais autorise le propriétaire de l'étage supérieur à le faire, il devra lui rembourser tous les frais. Il en est de même si celui-ci obtient l'autorisation du juge.

Si le propriétaire de l'étage supérieur reconstruit l'étage inférieur sans être autorisé par le juge ou par le propriétaire, il ne pourra réclamer à celui-ci que la valeur de la construction. Cette valeur devra être estimée par les experts en tenant compte du temps où elle a été faite et non du temps du procès.

Dans les deux cas, le propriétaire de l'étage supérieur aura le droit d'empêcher le propriétaire de l'étage inférieur d'habiter cet étage ou d'en profiter jusqu'à ce qu'il ait remboursé le montant de sa créance. Il pourra aussi obtenir du juge l'autorisation de louer cet étage et de se rembourser sur le prix de la location ».

Il existe, par ailleurs, de nombreuses autres dispositions dans le *Mourchid* auxquelles notre législateur pourrait avoir recours pour régir la propriété indivise et le mur mitoyen, comme les articles 64, 65, 68, 70, 80 et 81.

Obligations du bailleur. — Le bailleur, d'après le Code Civil français, est astreint à délivrer la chose en bon état de réparation de toute espèce et à faire pendant la durée du bail celles qui peuvent devenir nécessaires, autres que les locatives (art. 1720); il est astreint également à garantir au preneur tous les vices cachés.

Mais d'après les Codes Civils égyptiens, le bailleur n'est astreint à livrer la chose louée que dans l'état où elle se trouve à l'époque fixée pour l'entrée en jouissance, sans être tenu d'aucune réparation (art. 369 et 370 du Code Civil national, 452 et 453 du Code Civil mixte). Il n'est également pas soumis à la garantie pour vices cachés.

La législation française est incontestablement plus équitable en cette matière que le Code Civil égyptien. Il conviendrait donc de modifier notre Code Civil en ce sens. Ce qui nous serait aisé en recourant au Droit Musulman.

En effet, l'obligation du bailleur de livrer une chose louée dans l'état où elle se trouve (art. 319 et 452 des Codes Civils égyptiens), bien que puisée dans le Droit Musulman, peut être modifiée par ce droit lui-même, dans le sens de la législation française. Car :

1) Il est de règle générale en Droit Musulman que la chose louée doit être livrée dans un état qui permette d'en obtenir la jouissance désirée (Badayâ, t. IV, p. 187). C'est ce que décide d'ailleurs la jurisprudence égyptienne (V. Cour d'appel mixte, 26 juin 1929, *Gaz. des Tribunaux mixtes*, XIII, p. 173, n° 304).

2) Il faut également livrer la chose louée libre de tout ce qui pourrait entraver la jouissance du preneur. Le bailleur doit donc vider les lieux des choses et des personnes qui l'occupent et assurer au preneur la jouissance du bien en repoussant toute entrave et tout trouble (V. Badayâ, t. IV, p. 179).

Il est vrai que le bailleur n'est obligé à livrer la chose que dans l'état où elle se trouve au moment de l'entrée en jouissance, mais si par son fait ou par le fait d'un tiers, la chose subit, avant la tradition, un changement qui en diminue la jouissance, le bailleur ne pourra plus livrer la chose *dans l'état où elle se trouve* (V. *Mourchid*, art. 642).

Quant aux réparations nécessaires, elles ont été également régies dans le Code Civil égyptien par des règles inspirées du Droit Musulman. En effet l'article 645 du *Mourchid* stipule que : « La reconstruction et la réparation de la maison louée et de ses égouts sont à la charge du propriétaire ; mais celui-ci ne peut pas être contraint à le faire. Le locataire, en cas de refus du propriétaire, a le droit de résilier le contrat à moins qu'il n'ait loué la maison dans cet état ».

Mais on peut encore ici, comme dans l'exemple précédent, modifier ces règles en recourant au Droit Musulman.

En effet, si le propriétaire n'est pas obligé de faire les réparations nécessaires, le preneur peut d'autre part résilier le contrat de louage. Ibn Abdine dit au tome V, pp. 66 et 67 : « La reconstruction et le crépissage de la maison ainsi que la réparation des égouts et de tout ce qui pourrait troubler la jouissance sont à la charge du propriétaire. En cas de refus du propriétaire, le locataire pourra — à moins qu'il n'ait accepté de louer la maison dans l'état où elle se trouve et qu'il l'ait vue — résilier le contrat de louage sans avoir besoin de recourir pour cela en justice. En tous cas si les réparations nécessaires sont faites par le propriétaire elles restent à sa charge ».

Par ailleurs on peut trouver un certain nombre d'auteurs de Droit Musulman qui reconnaissent aux preneurs le droit d'obliger effectivement le propriétaire à faire les réparations nécessaires et non plus uniquement sous la menace indirecte de la résiliation. C'est ainsi que nous lisons dans l'ouvrage du Professeur Makhlouf, p. 234 : « Parmi les adeptes de l'école malékite, Ibn El Kassem professe que le propriétaire ne peut être astreint à réparer la maison au profit du preneur même si l'état actuel des lieux lui porte préjudice et quelle que soit l'époque où le dommage est survenu, avant ou après la passation du contrat.

« Tandis que Ibn Habib soutient au contraire, à l'instar de Ibn Abdel Salam, que le propriétaire peut être obligé de faire les réparations et que c'est là l'opinion dominante. Toutefois cette divergence d'opinions concerne les petites réparations. Pour les réparations plus importantes, les auteurs sont d'accord pour ne pas obliger le propriétaire à les faire... » Donc

l'obligation pour le propriétaire de faire les réparations nécessaires est conforme d'après Ibn Habib aux prescriptions de l'Ecole Hanafite, à condition que ce soit de petites réparations.

Enfin, en matière de garantie des vices cachés, si notre Code Civil ne contient pas de texte régissant la matière, le Droit Musulman contient des dispositions formelles en ce sens, qui lui ont été d'ailleurs empruntées par la jurisprudence. Si notre législateur lui empruntait, à son tour, ces dispositions, il s'approcherait sensiblement du Code Civil français. En effet, Ibn Abdine dit au tome V, p. 64 : « Le preneur a la faculté de résilier le contrat de louage pour cause de vice, que ce vice soit antérieur ou postérieur à la passation du contrat, antérieur ou postérieur à la tradition.

« Mais, le preneur ne peut utiliser son droit de résiliation si, le vice étant antérieur à la passation du contrat, il en avait eu connaissance, car, dans ce cas, il est présumé l'avoir accepté » (Voir également Charh El Enaya Ala Elhedaya, tome VII, p. 220, et Al Badayâ, t. IV, pp. 195 à 197).

Location de terrains de culture. — Les articles 287 du Code Civil national et 472 du Code Civil mixte stipulent que « le locataire sortant est obligé, autant qu'il n'en éprouve pas de préjudice, de permettre au locataire entrant de préparer les terres et de faire les semences ». Mais il n'existe point de texte pour le cas contraire, c'est-à-dire pour le cas où la semence ne serait pas encore récoltée.

Toutefois la jurisprudence décide que si le bail est terminé et que la semence n'est pas encore récoltée, de telle sorte que le preneur soit obligé de livrer la terre et la semence, il aura le droit de se retourner contre le bailleur et le nouveau preneur pour obtenir réparation du dommage qui lui est ainsi causé (C. d'Appel nationale, 30 janvier 1906, Al Istekal, V, p. 189 ; C. d'Appel mixte, 9 décembre 1924, B. L. J., XXXVII, p. 37).

Cette jurisprudence est équitable et notre législateur pourrait aisément la consacrer en s'appuyant sur les textes du Droit Musulman qui offrent même au preneur une plus grande protection. En effet, les articles 678 et 679 du *Mourchid* stipulent :

« Si, à l'expiration du terme fixé pour la location, les arbres portent des fruits, le bailleur devra laisser la terre au locataire, jusqu'à la maturité de ces fruits, moyennant paiement d'un loyer égal à ce qui est payé pour les terres semblables » (art. 678).

Il en est de même lorsque la récolte qui se trouve sur la terre n'est pas encore arrivée à maturité (art. 679).

L'obligation de garantie de l'emprunteur dans le prêt à usage. — En matière de prêt à usage, le Code Civil français oblige l'emprunteur à garantir, dans les cas fortuits, la chose à lui prêtée même en sacrifiant la sienne propre. Les Codes Civils égyptiens ne contiennent pas de dispositions semblables mais ils pourraient la consacrer en s'appuyant également sur le Droit Musulman qui prescrit en effet que : « L'emprunteur sera responsable de la détérioration de la chose prêtée si, pouvant empêcher cette détérioration par quelque moyen que ce soit, il ne l'a pas fait ».

L'action paulienne. — Il est de règle générale, que les créanciers ne

peuvent tenir leur débiteur responsable du paiement qu'il a effectué par préférence à l'un d'entre eux. Car, le créancier payé ne fait autre chose que récupérer une créance à son actif dans le patrimoine du débiteur. On ne pourrait donc soutenir que de connivence avec ce dernier il a voulu frustrer les autres créanciers.

Cette règle existe d'ailleurs en Droit Musulman. L'article 210 du *Mourchid* stipule en effet que « le débiteur dont l'actif ne suffit pas à désintéresser tous les créanciers a le droit de payer intégralement et par préférence celui d'entre eux qu'il lui plaît. Les autres créanciers n'auront, dans ce cas, aucun recours à exercer contre le créancier qui a été désintéressé ».

Il conviendrait donc que notre législateur consacrat cette règle dans le nouveau Code Civil.

De la rescision pour lésion en matière de partage. — Le Code Civil français autorise la rescision pour lésion de plus du quart en matière de partage. Les Codes Civils égyptiens ne contiennent pas de pareille stipulation, malgré cela la jurisprudence autorise la rescision soit en la soumettant à une lésion de plus du quart à l'exemple du Code Civil français, soit en donnant, en l'absence des textes, toute liberté d'appréciation aux tribunaux.

Il serait, sans aucun doute, préférable que cette jurisprudence puisse s'appuyer sur un texte législatif qu'on pourrait emprunter au droit islamique. En effet nous lisons dans *Charh El Maggalah* que les auteurs sont unanimes pour annuler, en cas de lésion grave, le partage judiciaire, car les actes du juge doivent être équitables et l'équité en pareille circonstance fait défaut ; quant au partage contractuel, il doit être également annulé selon la meilleure opinion, car pour le sanctionner il faut qu'il soit équitable et par hypothèse il ne l'est point.

Il ressort donc de ce petit aperçu que le Droit Musulman, même dans son état actuel, peut rendre de grands services à la législation égyptienne et lui donner un essor précisément au moment où elle en a le plus besoin. Combien plus efficace serait donc l'évolution qui suivrait la refonte de l'ensemble du Droit Islamique.

Il ne faut donc pas hésiter à lui emprunter dès aujourd'hui toutes les règles nécessaires pour combler les lacunes de notre législation et commencer si possible la mise au point proposée.

UN EXEMPLE DE LAICISATION DU DROIT MUSULMAN LE CODE CIVIL ALBANAIS

Par G.-H. BOUSQUET

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Alger

I

Le monument du *fiqh*, dont l'histoire des sources a été analysée par le Professeur Ed. Lambert dans des pages classiques (*La Fonction du Droit Civil comparé*), comprend non seulement l'étude casuistique du rituel musulman (Pureté rituelle, Prière, Pélerinage à La Mecque, etc.), mais aussi la réglementation de toute la vie juridique du croyant.

Cependant, il s'est fait en Islam, presque tout de suite, une distinction entre des matières juridiques qui n'ont été que peu ou pas du tout influencées par les spéculations du Docteur de la Loi musulmane (Ex. les obligations) et d'autres qui ont pris dans la conscience du croyant un aspect religieux très net et qui ont été réservées à la compétence du cadi, personnage ayant un caractère nettement religieux. Ces matières sont principalement le statut personnel ⁽¹⁾, le statut successoral et les fondations pieuses (*waqfs*).

La profonde évolution des peuples musulmans en particulier depuis la grande guerre, n'a pas manqué de se faire sentir aussi sur le système du droit musulman, en particulier sur le statut personnel et les institutions qui nous paraissent peu compatibles avec la civilisation actuelle (droit de *djebr*, ou de contrainte matrimoniale, polygamie, répudiation unilatérale prononcée par le mari). Cependant l'évolution n'a pas été la même partout. On peut distinguer en gros, à cet égard, au moins trois aspects des choses :

1° Il y a d'abord les pays où cette évolution ne s'est fait aucunement sentir et où les musulmans sont encore soumis au même statut juridique qu'il y a trente ans (ex. Maroc, Tripolitaine, Indes Néerlandaises, etc.).

2° Il y a des pays où, soit la jurisprudence, soit la loi, sont intervenues pour modifier quelques-unes des règles du droit traditionnel (ex. Algérie, Egypte, Yougoslavie, etc.).

3° Il y a enfin des pays, les moins nombreux, où tout le vieux système musulman a été purement et simplement renversé et où les musulmans sont

(1) Pourtant d'importantes régions musulmanes (par exemple en Afrique du Nord, aux Indes Néerlandaises), restent régies pour ces matières par leurs coutumes anté-islamiques.

désormais soumis à un statut purement laïc et moderne. Ces pays sont la Russie, la Turquie et l'Albanie.

a) La Russie s'est dotée d'un système de codes auxquels sont soumis tous ses habitants, les musulmans (environ 16 % de la population) y compris. Nous nous contentons de rappeler cette « soviétisation du droit » sans insister davantage.

b) Tout le monde sait aussi que la Turquie s'est donné une organisation juridique toute moderne. En ce qui concerne le statut personnel, comme d'ailleurs le droit civil en général, le droit turc se contente de reproduire le Code civil suisse. Les différences entre celui-ci et le Code turc étant insignifiantes : abaissement de l'âge du mariage et de la majorité, pension alimentaire versée à l'époux innocent durant un an seulement, régime matrimonial légal, séparation de biens.

c) Le troisième Etat qui a entièrement laïcisé son droit est l'Albanie; son cas est assez peu connu et mérite que l'on s'y arrête un instant.

L'Albanie est un petit pays qui compte environ 750.000 musulmans, contre 200.000 orthodoxes et 100.000 catholiques. Sous l'impulsion d'Ahmed Zogou, aujourd'hui Zog I, elle a procédé à une refonte totale de ses institutions ⁽²⁾. La communauté religieuse musulmane a perdu sa situation privilégiée, d'autre part un Code civil, un Code pénal, un Code de commerce ultra moderne ⁽³⁾, sont entrés en vigueur. C'est du Code civil albanais dont nous voudrions maintenant dire quelques mots, car si le but atteint est le même qu'en Turquie, le procédé est sensiblement différent.

II

Le Code civil albanais est une œuvre très curieuse et très intéressante et il constitue une œuvre bien plus originale que le Code civil turc. Ce dernier, en effet, sauf sur quelques points, d'ailleurs peu nombreux, et pas très importants, n'est que la reproduction du Code civil suisse, simplement traduit, tandis que le législateur albanais, par la multiplicité et la variété de ses emprunts, a fait une œuvre presque personnelle, sans compter qu'il figure dans ce code un certain nombre de dispositions purement albanaises.

Les emprunts les plus nombreux ont pour source le Code civil français (éditions de 1925 et 1926), soit qu'ils aient été directement transcrits de notre Code, soit qu'ils en proviennent par l'intermédiaire du Code italien, qui constitue par lui-même la seconde source principale du code albanais. Les emprunts à la législation civile suisse, et surtout allemande, sont d'ordre secondaire. A côté de ces sources, il faut citer encore un décret égyptien au sujet de la chouf'a, la loi française de 1902 sur le bail emphytéotique, et d'autres encore, comme nous allons le voir.

Art. 1 à 11. Dispositions préliminaires, interprétation, application des lois (Source : C. Italien).

Art. 12 à 21. Jouissance des droits civils (C. Italien). — Art. 22 à 75. Actes de l'état-civil (surtout Code civil français). — Art. 76 à 79. Domicile

(2) Pour plus de détails, nous renvoyons à notre note parue dans la *Revue des Etudes Islamiques*, 1936.

(3) Le C. de Com. a pour base le projet de C. Com. italien du professeur Vivante.

et résidence (C. Italien). — Art. 85 à 106. Absence (C. Italien et art. 102 C. Suisse).

Art. 107 à 113. Parenté et alliance (C. Italien).

Art. 114 à 119. Des fiançailles. La législation relative aux fiançailles est empruntée au Code Suisse, mais avec une très curieuse adjonction albanaise relative à la vendetta qui suit souvent les ruptures de fiançailles (art. 116). « Quand une des parties veut rompre les fiançailles, elle devra faire part de son intention à l'autre, par l'intermédiaire d'une personne de confiance, parent ou ami de l'autre partie. Si cette dernière ne considère pas comme sérieux les motifs de rupture et se juge lésée, la question sera portée devant une commission d'arbitrage de parents et d'amis des deux parties, composée de 4 ou de 6 membres, qui peuvent s'adjoindre un sur-arbitre. Cette commission a un rôle de conciliation. Si elle constate que celle-ci est impossible, elle rédige un procès-verbal sur papier libre, qui est délivré à la partie intéressée.

Quand une des parties ne se conforme pas à cette procédure, sa conduite pourra être prise en considération, au cas où l'affaire serait portée devant les tribunaux, à la suite d'une action en dommages-intérêts intentée par l'autre partie, comme il est prévu ci-après. » En somme on a voulu passer du vieux système coutumier au système suisse par l'étape intermédiaire d'un arbitrage familial d'honneur.

Art. 120-136. Du mariage, qualités et conditions requises (C. Civil français). — Art. 137 à 152. Formalités, célébration (Code Civil français); l'article 152 prévoit des pénalités contre le ministre du culte qui procéderait à la célébration du mariage religieux avant la cérémonie civile. — Art. 153 à 156. Mariages des Albanais à l'étranger (C. C. et C. I.). — Art. 157 à 164. Oppositions (C. C. et C. I.) — Art. 165 à 179. Annulations (Codes suisse, français et italien). — Art. 180 à 185. Preuves (C. C. et C. I.). — Art. 186. Dispositions pénales (art. 23 C. I.).

Art. 187 à 191. Droits et obligations mutuels des époux (C. I.). L'article 191 est purement albanais. « La femme jouit de sa pleine capacité juridique, sauf à obtenir l'autorisation de son mari pour exercer une profession. A défaut de celle-ci, l'autorisation est accordée par le juge de paix s'il estime que ce travail est dans l'intérêt de la famille. »

Art. 192 à 201. Droits et obligations des époux à l'égard des enfants (C. C. et C. I.).

Art. 202. Dissolution du mariage. — Art. 203 à 210. Causes du divorce (Code suisse, sauf article 209 qui est original) : « Chacun des deux époux peut demander le divorce lorsqu'il n'a pas d'enfants vivants et si, par des moyens scientifiques, il prouve que l'autre époux est atteint de stérilité naturelle, ou due à la maladie ou à un accident incurable rendant toute naissance impossible, le demandeur étant physiquement capable de procréer ». La commission s'est vue imposer par l'opinion publique le divorce pour cause de stérilité de la femme, conforme aux mœurs du pays; mais elle l'a transformé en le rendant en droit accessible aux deux époux; en fait, la preuve de stérilité est à peu près impossible à administrer, comme elle le désirerait elle-même. — Art. 210 à 219. Effets du divorce (C. C. et C. Suisse). — Art. 220 à 224. Séparation de corps (C. C. et C. I.).

Art. 225 à 256. Filiation (C. C. et, pour la reconnaissance des enfants

naturels, les art. 183 à 185 du C. I.). — Art. 257 à 274. Adoption (C. C. texte de 1924).

Art. 275 à 276. Droit au nom (C. Suisse).

Art. 277 à 409. Puissance paternelle, minorités, tutelles, interdictions, etc. (C. I.).

Art. 410 à 453. Personnes morales, fondations, etc. (Code suisse et Code civil allemand).

Art. 454 à 773. Statut successoral (Source à peu près unique : C. I.).

Art. 774 à 1.067. De la propriété et de ses modifications (C. I. en général, sauf Chouf'a : décret égyptien du 29 mars 1900).

Art. 1.067 à 1.074. Modes d'acquérir, occupation (C. I.). — Art. 1.076 à 1.320. Obligations et contrats (Ces articles sont la reproduction des articles 1 à 234 et 260-270 du Projet de code commun des obligations franco-italien). — Art. 1.321 à 1.389. Contrats de mariage (C. I.). — Art. 1.390 à 1.482. Ventes, échanges, etc. (Projet franco-italien, art. 323 à 415). — Art. 1.483 à 1.529. Donations (C. I.). — Art. 1.530 à 1.544. Bail emphytéotique (loi française de 1902). — Art. 1.545 à 1.865. Autres contrats (projet franco-italien, art. 416 à 739).

Art. 1.864 à 2.008. Transcriptions, privilèges, hypothèques, etc. (C. I.).

— Art. 2.009 à 2.047. Prescriptions (C. I.).

Telles sont, sommairement esquissées, la disposition et les sources du Code civil albanais. On voit de quelle œuvre curieuse il s'agit; c'est une sorte de mosaïque de législations préexistantes avec adjonction de certaines dispositions nationales. Pourtant, il semble que ces dispositions ne sont pas contradictoires entre elles et qu'elles forment un tout harmonieux. Par contre, on a bien voulu reconnaître devant moi que le fait d'appliquer des textes qui n'ont pas encore été mis en vigueur ailleurs (Projet franco-italien) est parfois gênant par suite de l'inexistence de toute jurisprudence.

Il est sans doute très difficile pour l'étranger de se faire sur ce point une opinion très nette. Notre impression a cependant été que le gouvernement s'efforçait avec vigueur de faire observer les formalités qu'il impose maintenant aux citoyens, en matière de mariage, de filiation; mais au point de vue des mœurs, l'évolution est beaucoup plus lente qu'en matière juridique.

Quoi qu'il en soit, le vieux système du *fiqh* et le statut personnel musulman ont disparu en Albanie et on peut, sans crainte de se tromper beaucoup, penser que c'est à titre définitif.

CHAPITRE III

LES DIFFICULTES DE LA RECEPTION DES DROITS

En ce qui concerne les DIFFICULTÉS RÉSULTANT POUR L'ÉVOLUTION DU DROIT ET DE LA JURISPRUDENCE AUX ÉTATS-UNIS DE LA « RÉCEPTION » DU COMMON LAW, cf. les contributions de MM. JAFFIN, LES MODES D'INTRODUCTION DU CONTRÔLE JUDICIAIRE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS AUX ÉTATS-UNIS, placée ci-dessus dans la Troisième Partie, Titre III, Chapitre IV, Section III § 88, et BONNET, LA DOCTRINE DE LA « CONSPIRATION » ET LES ORIGINES DE « L'INJONCTION DU TRAVAIL » AUX ÉTATS-UNIS, reproduite dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre VII, Chapitre II, Section IV, § 170.

SECTION I

LE HEURT ENTRE UN DROIT IMMIGRANT ET LE DROIT RELIGIEUX LOCAL

AOUAD, *L'attachement du peuple Marounite au Statut Personnel de sa communauté.*

On trouvera d'autres éléments sur le PROBLÈME ÉVOQUÉ DANS CETTE SECTION dans les études publiées dans le Chapitre précédent, §§ 112 à 114.

L'ATTACHEMENT DU PEUPLE MAROUNITE AU STATUT PERSONNEL DE SA COMMUNAUTE

Par IBRAHIM AOUAD

Docteur en Droit, Avocat à la Cour, Beyrouth

On entend par Statut Personnel, au Liban, l'ensemble des droits, des privilèges et immunités dont jouissent les ministres d'un culte dans une communauté religieuse.

Le Statut Personnel d'une communauté comprend ordinairement les privilèges personnels et réels reconnus aux différents membres du clergé, chrétiens ou musulmans, les immunités douanières accordées aux temples, aux mosquées et aux établissements de bienfaisance, la faculté pour les chefs religieux d'avoir des écoles sans l'autorisation de l'autorité civile, le droit d'asile dont jouissent tous les lieux sacrés, enfin tous les droits législatifs, administratifs, judiciaires et exécutifs reconnus aux chefs religieux et aux tribunaux de cette communauté.

Le Statut Personnel varie d'une communauté religieuse à une autre : il y en a autant que de rites différents. Il évolue avec le temps et les circonstances sociales ou politiques en s'élargissant ou en se rétrécissant.

L'histoire du Liban nous en fournit un exemple frappant. De toutes les nations qui l'ont habité, la nation marounite, la plus ancienne, la plus nombreuse et la plus importante est aussi la plus attachée à son Statut Personnel. Grâce aux hautes montagnes du Liban, à sa communion avec l'Eglise romaine et à son amitié séculaire avec la France, elle a pu sauvegarder, au cours des siècles, son caractère chrétien et catholique, sa foi, son honneur, sa fierté et une âme saine et forte.

Le peuple marounite forme un seul bloc dans les montagnes du Liban. Il a une même foi catholique. Il ne comprend point deux fractions, comme les grecs, les syriaques ou les chaldéens, l'une catholique et l'autre schismatique ou hérétique. Il a une seule origine : les Marounites qu'ils soient syriens, phéniciens, mardaïtes, ou descendants des anciens croisés, clercs ou laïcs, sont tous les fils spirituels de leur fondateur Saint Maroun.

En effet, notre vie sociale, à nous Marounites, est intimement liée à notre vie spirituelle. Nos luttes religieuses et politiques provoquées par nos voisins et facilitées par la position géographique de notre pays qui forme le seul Etat chrétien dans l'Orient musulman et nos relations d'amitié avec l'Europe catholique, nous ont forcé à nous unir très étroitement autour de notre clergé. Notre Patriarche qui est pour nous le symbole de notre unité.

de notre force, de notre foi, de notre patriotisme et de notre vitalité, demeura longtemps le chef absolu de notre nation. Ses pouvoirs étaient aussi illimités que la confiance de ses fidèles en lui. Les archevêques et les évêques n'étaient que ses représentants directs ; c'étaient lui et ses évêques qui élisaient à vie, à Jobail, parmi les Mouququaddaminns (seigneurs féodaux) du pays, l'émir suprême des Marounites ⁽¹⁾. Notre Patriarche avait une autorité telle qu'avant de mourir, il réunissait son clergé et lui désignait son successeur. Ainsi en 939 notre Patriarche Jean, choisit pour lui succéder un autre Patriarche de même nom que lui, du village de Damalsa dans le caza de Kesrouan ⁽²⁾. Aux ^{xiv}^e, ^{xv}^e, ^{xvi}^e siècles, les Marounites furent gouvernés directement par des Mouququaddaminns qui étaient revêtus de la dignité du sous-diaconat pour marquer leur soumission au Patriarche.

Durant toutes ces périodes, c'est-à-dire à partir du ^{vii}^e jusqu'au ^{xvi}^e siècle, le Patriarche et le clergé avaient un pouvoir juridictionnel illimité sur le peuple. Le Statut Personnel de la communauté marounite conférait alors au clergé, en matière civile et religieuse, une autorité législative, judiciaire et exécutive absolue. Mais jamais et dans nul pays du monde, le clergé ne fut aussi dévoué, aussi vénérable et aussi obéi qu'il ne l'était au Liban dans ces siècles héroïques de luttes religieuses, de persécutions et de Croisades. Leur livre de loi était Kitab Al-Houda, ou le livre de la Direction, traduit du syriaque en arabe en 1059 par l'évêque marounite David.

Au temps des Croisades, les Marounites, qui furent les alliés les plus sûrs et les plus courageux des Francs, ont joui de plusieurs prérogatives. D'après E. Rey, les Marounites « ...tenaient donc le premier rang parmi les indigènes... Ils obtinrent, en outre, d'être administrés par un magistrat spécial, nommé « rais », dont les attributions furent identiques à celles du vicomte » ⁽³⁾. D'après nos historiens, les Marounites, à l'époque des Croisades, jouissaient des mêmes droits que les Francs.

Le Statut Personnel de la communauté marounite subit quelques modifications vers la fin du ^{xvi}^e siècle. Les gouverneurs du Liban : les émirs Mâns et Chihabs, tout en se réservant les questions criminelles, laissèrent au Patriarche et à son clergé, leur ancien droit de juger les Marounites selon leurs propres lois en matière religieuse et civile. Ceci a été constaté par tous nos historiens et par les missionnaires et les voyageurs qui ont visité notre pays à cette époque. Il est dit par exemple au témoignage du missionnaire français, Eugène Roger, qui a passé quelques années au Liban auprès de Fakhreddin II, que « le peuple marounite n'a point d'autres juges que le Patriarche et les Prélats devant lesquels sont terminés (sic) tous les différends. Ils font venir les parties devant eux pour les remettre en paix et ce qu'ils ordonnent est reçu comme s'il était prononcé de la bouche de Dieu » ⁽⁴⁾. L'entente la plus cordiale a toujours régné au Liban entre les émirs et l'autorité religieuse. Notre Patriarche mettait au service de l'Emir toute l'influence dont il disposait pour le bien de la Patrie et réciproquement. Notre clergé constituait alors un appui solide pour le Gouverneur du Liban.

(1) Cf. Douahi (E.), *Chronologie des Patriarches marounites*, Beyrouth 1902, p. 98.

(2) Cf. Mgr. Dib, *Dictionnaire de Théologie catholique*, V^e Marounite, p. 127.

(3) Cf. E. Rey : *Les Colonies franques de Syrie aux ^{xii}^e et ^{xiii}^e siècles*. Paris 1883, p. 78.

(4) Cf. Roger (E.-Eugène) : *La Terre Sainte*. Paris 1664, p. 436.

Il se montra à cette époque à la hauteur de sa situation et de sa tâche et il a su, par ses hautes qualités, gagner au catholicisme le plus célèbre des émirs Mâns et la plupart des émirs Chihabs.

Contrairement à tout ce que pensent les historiens du Statut Personnel des communautés chrétiennes, l'origine du Statut Personnel de la communauté marounite est tout à fait différente de l'origine du Statut Personnel des autres communautés. Notre communauté doit donc son Statut Personnel tout d'abord aux vertus éminentes de notre clergé et à son patriotisme; elle le doit ensuite à la tolérance et à la sagesse des Emirs gouverneurs du Liban. Ce n'est que dernièrement vers la seconde moitié du XIX^e siècle que les Marounites du Liban, après la chute de leurs émirs Chihab, et en présence des attaques faites à leur Statut Personnel, essayèrent de se prévaloir des firmans et bérats accordés par les Sultans ottomans, aux Marounites de la Syrie, au Patriarcat œcuménique et arménien, ou des capitulations et traités conclus entre la France ou les puissances européennes avec la Sublime Porte.

Les privilèges qui font actuellement partie du Statut Personnel des Marounites, et auxquels ils restent fortement attachés, sont les suivants :

Les tribunaux religieux marounites sont seuls compétents vis-à-vis de tous les Marounites, pour connaître de toutes les questions concernant le changement de rite ou de religion, les fiançailles, le mariage, le « mahr », la dot, le trousseau, la tutelle, la garde des enfants mineurs, la filiation légitime ou naturelle, l'adoption, l'absence, les aliénés, prodigues ou faibles d'esprit, le viol ou l'enlèvement avec promesse de mariage, le concubinage, le testament légalisé par eux, les funérailles religieuses et les successions spécialement celles des évêques et des moines. En cas de décès sans héritier, les biens vacants des archevêques, des évêques, des supérieurs des couvents, des curés, des moines et de tout individu marounite reviennent au Patriarche, le représentant de la communauté. Ils sont seuls compétents pour déterminer les obligations de pension alimentaire entre époux, entre ascendants et descendants ou frères et sœurs et pour déterminer l'indemnité en cas de rupture des fiançailles, d'annulation de mariage et du viol.

Les wakfs, les biens du culte, et les cimetières relèvent de la compétence exclusive des autorités religieuses marounites. En outre le palais patriarcal, les sièges épiscopaux, les couvents et les cimetières jouissent du droit d'asile. Nul ne peut y pénétrer pour chercher ou arrêter un coupable sans une autorisation préalable de l'autorité religieuse compétente.

Le Patriarche, les archevêques et leurs représentants, ainsi que les supérieurs des ordres religieux prêtent serment et donnent leur témoignage en matières civiles ou pénales, chez eux dans leur résidence. Tout membre du clergé appelé à témoigner par devant les tribunaux civils, prête serment devant son chef religieux et ne peut être cité que par lui.

Les membres du clergé sont exempts du service militaire et des impôts personnels; ils ne peuvent être emprisonnés que dans la résidence de leur chef religieux lorsqu'ils sont condamnés à une peine d'emprisonnement par les tribunaux civils. Pour voyager en dehors du pays, ils doivent obtenir une autorisation écrite de leurs chefs religieux.

Le Gouvernement civil doit faire exécuter tous jugements, décisions

ou arrêts rendus par les autorités religieuses dans les limites de leur compétence.

Sont exonérés des impôts, le palais patriarcal, les sièges épiscopaux, les églises, les couvents, les écoles, les cimetières et les établissements de bienfaisance. Les immunités douanières accordées à la communauté maronite, s'appliquent aux objets destinés personnellement au Patriarche et à ses évêques, tels que des vêtements, des aliments ou des biens meubles, aux objets affectés au service religieux, aux ornements des églises, aux matériaux de tous genres servant à la construction et à l'entretien des églises, des couvents et des établissements de bienfaisance.

C'est le Patriarche qui donne l'autorisation pour la construction des églises, des couvents ou des écoles. La personnalité morale est conférée par l'autorité religieuse aux congrégations et aux groupements culturels d'enseignements ou de bienfaisance.

Tels sont les principaux éléments du Statut Personnel maronite actuellement en vigueur.

Ce Statut Personnel a souvent été, dans ces derniers temps, l'objet de vives critiques de la part des irrégieux appartenant ou non à notre communauté.

Ce sont ordinairement les ennemis des Marounites, du Liban et de toute communauté chrétienne qui sont les plus acharnés à le détruire. Les individus mécontents d'avoir été condamnés par les tribunaux religieux imputent au clergé, l'ignorance, la tyrannie, le parti-pris et le fanatisme. Ce sont en général les maris condamnés à une pension alimentaire ou à qui on a refusé le divorce ou l'annulation de leur mariage; de pareilles personnes ne sont point fort à craindre parce qu'elles ne poursuivent que des buts personnels peu honorables.

Au contraire, d'autres adversaires plus redoutables sont recrutés malheureusement dans l'élite de notre jeunesse intellectuelle. En effet, certains de nos camarades qui ont fait leurs études en Europe ou dans les facultés européennes, sont imprégnés d'un esprit laïc propre à l'Occident. Ils réclament, plus dans leurs conversations que par écrit, le rajeunissement de toutes nos institutions politiques, sociales et familiales pour leur enlever tout caractère religieux. En étudiant les institutions des Etats européens modernes qui ont séparé la religion de l'Etat, souvent après de longues guerres civiles ou luttes intestines, on n'a pas marqué que cette séparation est le produit d'une évolution historique qui a duré plusieurs siècles, et qui a abouti à donner à la notion de l'Etat une ampleur absolument inconnue en Orient. Toute transposition d'un régime semblable, d'Occident en Orient, est absolument vaine, car on ne change pas à son gré les formes de discipline sociale; la destruction de la discipline religieuse — la seule que reconnaisse l'Orient — n'aboutirait qu'au chaos, et ne donnerait de satisfaction qu'aux adversaires de principe de toutes les idées religieuses, plus attentifs à leur fanatisme qu'aux conditions d'équilibre des sociétés.

Ils réclament vivement l'abolition des privilèges des clercs et la suppression de leurs juridictions sous le prétexte qu'ils abusent de leur pouvoir, qu'ils violent même les lois canoniques qu'ils ne sont soumis à aucun contrôle et qu'ils ont perdu enfin la confiance des justiciables. Ils nous proposent aussi le mariage mixte entre individus de religions différentes,

afin, disent-ils, de favoriser le rapprochement et la fusion des sectes et pour effriter la solidarité confessionnelle ⁽⁵⁾.

Chose étrange ! Aucun musulman même parmi ceux qui ont fait leurs études en Europe et obtenu leur doctorat, ne veut à aucun prix la fusion avec les chrétiens ni le remplacement des juridictions chérii par des juridictions civiles. Pourtant comme ils sont la majorité écrasante en Syrie, ils pourront, par le mariage, assimiler toutes les autres religions ou rites. Bien mieux en instituant des juridictions civiles pour les questions de Statut Personnel, ils pourront, d'ores et déjà, assurer la majorité aux magistrats musulmans, sinon l'unanimité.

Pour nous, Marounites, le mariage avec les musulmans, nous mènera directement à l'islamisme, à notre anéantissement et à la disparition de notre patrie, le Liban ; car d'après la loi musulmane, il n'est pas permis à une musulmane d'épouser un non-musulman ⁽⁶⁾. Donc un marounite ne peut jamais épouser une musulmane sans embrasser l'islamisme.

D'autre part, une chrétienne peut épouser un musulman, mais ses enfants doivent suivre la religion du mari ⁽⁷⁾. Aussi en remplaçant nos juridictions de Statut Personnel par des juridictions civiles, nous risquons de remettre nos sacrements, l'honneur de notre famille, le sort de nos enfants et les biens des incapables : mineurs, absents, aliénés ou faibles d'esprit, entre les mains profanes des magistrats musulmans qui ignorent tout de nos lois, de nos coutumes, de nos mœurs et de nos principes. Malheureusement les attaques répétées et irréfléchies de la part des chrétiens contre le Statut Personnel des communautés religieuses n'ont pas manqué de porter leurs fruits.

Le Haut-Commissaire de la République française au Liban et en Syrie a rendu, en date du 28 avril 1926, un arrêté n° 261 restreignant la compétence des juridictions du Statut Personnel de toutes les communautés aux seules questions matrimoniales. Cette législation n'a pu recevoir application que dans l'Etat des Alaouites.

Les protestations des musulmans étaient si énergiques qu'on n'osa plus par la suite attaquer leur Statut Personnel. En effet dans son Décret-Loi n° 6 du 3 février 1930, le Président du ministère libanais, M. E. Eddé, a pris soin de dire, dans l'art. 38, que : « les Juridictions musulmanes et druzes du Statut Personnel conserveront leur compétence actuelle à l'égard de leurs justiciables respectifs. »

Mais, par contre, on a étroitement limité la compétence des juridictions chrétiennes. Les juridictions marounites en ont été les plus atteintes.

On peut qualifier le Décret-Loi n° 6 du Président Eddé de lâche et d'injuste, car les chrétiens comme les musulmans sont tous les citoyens d'une même République. Pourquoi donc cette différence de traitement ? La responsabilité retombe en premier lieu sur le Haut-Commissariat de la République française au Liban et en Syrie.

En permettant l'établissement de l'inégalité entre les différentes communautés d'un même pays, la France a trahi ses principes fondamentaux

(5) Fouad Ammoun : *La Syrie criminelle*, Paris, 1929, p. 201.

(6) Abou-Hanifa : *Kitab Al Ahkam Acharia Fil Ahoil Achancia ou la loi de Statut Personnel musulman selon le rite de l'imam Abou Hanifa*, art. 122.

(7) Cf. Abou Hanifa, *op. cit.*, art. 124.

et ses traditions séculaires au Liban avec les Marounites. Deux exemples seulement tirés du Décret-Loi n° 6 suffisent pour montrer les lacunes de cette Législation.

D'après l'art. 34, al. 8, de ce Décret-Loi, la pension alimentaire entre conjoints et l'indemnité en cas de nullité du mariage sont allouées par les tribunaux marounites et fixées par les tribunaux civils. Ce qui n'existe point ni chez les musulmans, ni chez les druzes, qui ne sont pas pourtant mieux organisés que les marounites. La division de ce travail entre les deux tribunaux de nature différente surcharge les justiciables, la plupart des fois des femmes ou des incapables, de frais exorbitants, permet au coupable de s'enfuir ou de faire disparaître ses biens et dresse devant les requérants des barrières infranchissables.

Chez les Marounites, la condamnation à une pension alimentaire ou à une indemnité est très souvent un moyen de pression destiné à amener la réconciliation de deux époux ou de deux parties en cause et non une opération de calcul.

On fait souvent abstraction des capacités financières du mari et des besoins de sa femme et on le condamne à son profit à une pension ou à une indemnité dépassant sa capacité et ses moyens pécuniaires afin de l'obliger à quitter sa concubine ou sa vie déréglée et de le soumettre à ses devoirs envers Dieu et sa famille. Car notre famille est basée avant tout sur la piété, la charité et la probité.

Remarquons aussi qu'en dévoilant publiquement la situation financière de nos justiciables par devant les tribunaux civils et les juges étrangers, on leur causera de graves préjudices et on rendra par la suite la réconciliation impossible. Pire encore, l'art. 34 du même Décret-Loi qui, en enlevant à l'autorité marounite le droit de nommer le tuteur, ou de le destituer, et les questions de la garde des enfants mineurs en cas de désaccord entre les deux époux, a confié les enfants de notre communauté aux tribunaux civils composés parfois uniquement de juges non-marounites ou non-chrétiens, alors que ces mêmes questions sont, chez les druzes et les musulmans, de la compétence de leurs tribunaux religieux.

Enfin l'arrêté n° 6 L. R. du 13 mars 1936, fixant le Statut des communautés religieuses, n'a point réussi à apporter la solution adéquate. Au lieu d'établir, d'accord avec les chefs religieux et sur un pied d'égalité pour tous, un Statut Personnel propre à chaque communauté, l'arrêté n° 6, tout en consacrant l'inégalité établie par les lois précédentes, leur a demandé dans son art. 4 de soumettre à l'examen de l'autorité gouvernementale un statut tiré des textes qui les régissent.

Les communautés religieuses, pour toute réponse, n'ont présenté au Gouvernement que des observations et des protestations. Leurs critiques furent dirigées notamment contre l'art. 8 de l'arrêté n° 6 L. R. en question, en ce qui concerne l'autorisation indispensable du Gouvernement pour recevoir des libéralités ; contre l'art. 10 qui leur a enlevé la compétence sur leurs fidèles de nationalité étrangère ; contre l'art. 12 qui oblige les enfants mineurs de suivre la condition de leurs auteurs au cas où ces derniers embrassent une autre religion ; contre l'art. 13 qui autorise la scission au sein de la communauté et confère aux auteurs de cette scission les mêmes droits et prérogatives ; enfin contre l'art. 23 qui attribue à l'autorité administrative le droit de dissoudre une communauté.

Telle est la situation actuelle de la législation du Statut Personnel et tels sont les rapports entre le Gouvernement et les chefs religieux.

Nous voulons que les relations entre l'autorité civile et l'autorité religieuse soient plus intimes et plus solides pour mieux servir notre pays. Notre clergé constitue un rempart solide pour la défense de notre patrie, et notre Patriarche une forteresse imprenable. Au lieu de diminuer leurs attributions judiciaires ou autres, nous voulons les renforcer; ils connaissent, mieux que tous autres, les traditions, les mœurs et les besoins de notre peuple.

Affaiblir notre clergé en lui supprimant ses tribunaux ou ses privilèges, conduirait infailliblement à la perte de notre nationalité qui est formée avant tout de religion, de foi et de traditions vénérables.

Notre nationalité n'est constituée ni par la langue ni par la race, ni même par les intérêts économiques et matériels. Elle est constituée uniquement par nos traditions morales et religieuses. En se révoltant d'abord contre les chrétiens hérétiques, puis contre les musulmans fanatiques, nos aïeux ont déclaré leur indépendance et se sont retranchés dans les montagnes pour sauver uniquement leurs principes religieux. Comme eux nous tenons fermement à notre religion et à notre indépendance politique et religieuse. Notre clergé qui reste même dans ce siècle un modèle et qui a toujours sacrifié sa vie pour nous, fera même aujourd'hui tous les sacrifices possibles pour le bonheur du peuple.

Bien mieux, nous avons plus de confiance dans les autorités religieuses que dans les autorités civiles. Dans les questions civiles ou politiques les plus graves, et en face des circonstances critiques, le peuple n'a de recours qu'à ses chefs religieux, et c'est entre les mains de son Patriarche qu'il remet ses destinées. Leur caractère religieux leur donne le courage et l'esprit de dévouement et de sacrifice. Il en a été toujours ainsi : nos patriarches Houaïek et Arida n'ont fait que continuer la tradition de leurs prédécesseurs.

Dans les questions civiles les plus compliquées, les justiciables marounites du monde entier préfèrent même aujourd'hui recourir à l'arbitrage du Patriarche qu'aux tribunaux civils. On peut consulter à cet égard à Bkerké nombre d'affaires, notamment la fameuse affaire Abdéni et Martar, tranchée dernièrement. Notre clergé a, en effet, un caractère purement national; il provient en général du peuple et nos chefs religieux qui forment l'élite de notre nation, sont élus et ne sont point nommés par une autorité étrangère, même religieuse. Après la chute de nos émirs, la décadence de notre noblesse et la disparition de notre ancienne organisation féodale, notre clergé a formé le centre unique de notre ralliement national et il a protégé, seul et avec courage, le drapeau de notre indépendance.

Pour vivre et prospérer au milieu des peuples hostiles à notre existence et qui ont une conception de la vie tout à fait différente de la nôtre, il faut que notre clergé soit fort et aussi puissant sur le peuple que dans le passé. Enfin, les Marounites restent très attachés aux privilèges et aux droits de leur clergé parce qu'ils lui doivent tout, leur existence, leur indépendance, leur communion avec l'Eglise universelle et leur précieuse amitié avec la France.

Cette amitié de dix siècles, qui remonte au temps des Croisades, qui

nous a associés aux victoires des Francs, à leur défaite et à leur joie, doit être conservée.

Au temps des Croisades, nous étions les mieux traités par les Francs. « De tous les indigènes, dit E. Rey, ce sont les Marounites dont le législateur s'occupe le plus; ils sont toujours présents à sa pensée et ils en obtiennent une situation plus favorisée que toutes les autres populations indigènes » (8).

Actuellement nos juridictions sont maltraitées par la France, alors que les juridictions des musulmans du Liban, de la Syrie, de la Tunisie et du Maroc sont plus favorisées. Pourtant après la défaite des Croisés nous avons été soumis au même sort que les Francs. Une tristesse infinie planait au commencement du xiv^e siècle sur tous les pays des Marounites. Notre clergé fut le plus éprouvé et nos ennemis communs ne purent gagner la victoire sur nous qu'en s'emparant de notre dernière forteresse : le Patriarche.

D'après un manuscrit arabe de l'époque, les vainqueurs estimèrent cette capture comme une « grande conquête, plus importante que celle d'une forteresse considérable » (9).

Les Marounites qui ont subi pendant la guerre et durant des siècles des persécutions pénibles à cause de leur attachement à la France, s'attendaient, de ses représentants chez nous, à des récompenses éclatantes. Nous demandons tout simplement de la France, le maintien de notre Statut personnel, ou bien pour le moins, la reconnaissance à nos juridictions religieuses, d'une compétence égale à celle des tribunaux druzes ou musulmans, pour sauvegarder les bases de notre nation et ne point ébranler notre très vénérable « Forteresse ».

(8) E. Rey (E.) : *Les colonies franques de Syrie aux xii^e et xiii^e siècles*. Paris. 1883. p. 76.

(9) Cf. Pierre Dib : *L'Eglise Marounite*, Paris 1930, p. 206. V. *Histoire du Sultan et du Roi victorieux (qualaoûn)*. Ms. Arab. de la bibliothèque nationale de Paris v. 1704 et fol. 94 ro 95 ro.

SECTION II

HEURT ENTRE LE DROIT CIVIL ET LE COMMON-LAW

Lord MACMILLAN, *Deux Manières de Penser*.

(Cette contribution publiée ci-dessus, Troisième Partie, Titre I^{er}, Chapitre I^{er}, § 65).

MIGNAULT, *Les rapports entre le Droit Civil et la « Common Law » au Canada, spécialement dans la Province de Québec*.

IRELAND, *La Louisiane. Vue nouvelle de son système juridique*.

(Ces deux contributions publiées ci-dessus, Troisième Partie, Titre I^{er}, Chapitre III, §§ 72 à 73).

KENNEDY, *Législation en faveur des dépendants du testateur*.

(Cette contribution publiée ci-dessous, Chapitre V, Section I, § 117).

CHAPITRE IV

LE RAYONNEMENT RESPECTIF DES DROITS NATIONAUX

PERITCH, *L'influence du Droit Germanique sur le Droit Privé des peuples yougoslaves.*

Le RAYONNEMENT DU DROIT GERMANIQUE est aussi examiné dans les études de MM. BOEHMER, CONTRIBUTION A LA RÉFORME DU DROIT A LA RÉSERVE LÉGALE EN DROIT ALLEMAND, publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre III, § 156, BOUSQUET, UN EXEMPLE DE LAICISATION DU DROIT MUSULMAN : L'ALBANIE, publiée ci-dessus, Chapitre II, § 114, BOUTERON, L'UNIFICATION DU DROIT RELATIF AU CHÈQUE ET LE VOCABULAIRE DU DROIT UNIFORME, publiée ci-dessous, Titre II, Chapitre IV, Section II, § 129, et RUTTKE, LA LOI ALLEMANDE SUR LA PRÉVENTION DES TARÉS ET LA LÉGISLATION SCANDINAVE SUR LA STÉRILISATION, publiée ci-dessus, Troisième Partie, Titre III, Chapitre VI, Section II, § 100.

Ces articles, à l'exception de celui de M. Ruttke, comportent également des éléments sur le RAYONNEMENT DES DROITS LATINS. La contribution de M. KADEN, UN EXEMPLE DE PRATIQUE EXTRA-JUDICIAIRE EN ALLEMAGNE : LE CONTRAT DE BAIL UNIFORME, reproduit dans le Tome I, Première Partie, Titre IV, Chapitre VI, § 41, montre dans quelle mesure le nouveau contrat allemand de bail uniforme se rapproche des dispositions correspondantes du Code Civil Français.

★★

Une VUE D'ENSEMBLE SUR LE RAYONNEMENT DES DIVERS CERCLES DE DROIT se trouve dans les contributions de MM. RABEL, L'UNIFICATION DU DROIT DE LA VENTE INTERNATIONALE. SES RAPPORTS AVEC LES FORMULAIRES OU CONTRATS-TYPES DES DIVERS COMMERCEs, publiée ci-dessous, Titre II, Chapitre I^{er}, § 118, et de M. WIGMORE, L'AVENIR DU SYSTÈME JURIDIQUE ANGLO-AMÉRICAIN, reproduit ci-dessus, Troisième Partie, Titre I^{er}, Chapitre IV, § 74.

Le problème du RAYONNEMENT RESPECTIF DU COMMON LAW ET DU DROIT CIVIL ET LEURS FRONTIÈRES COMMUNES, sur lequel M. WIGMORE, dans l'article précité porte tout particulièrement son attention, est également étudié par MM. MIGNAULT. LES RAPPORTS DU DROIT CIVIL ET DE LA « COMMON LAW » AU CANADA, SPÉCIALEMENT DANS LA PROVINCE DE QUÉBEC, publié ci-des-

sus, Troisième Partie, Titre I^{er}, Chapitre III, § 72, et IRELAND, LA LOUISIANE. VUE NOUVELLE DE SON SYSTÈME JURIDIQUE, publié dans le même Chapitre comme § 73. On en rapprochera l'article, déjà rappelé, de M. BOUTERON, § 129.

★★

En ce qui concerne l'INFLUENCE DES CONCEPTIONS JURIDIQUES GERMANIQUES SUR LA DOCTRINE JURIDIQUE DES AUTRES PEUPLES, cf. la contribution de M. RICCOBONO, LE DROIT ROMAIN DANS LES ŒUVRES DE SES INTERPRÈTES, placée dans le Tome I, Première Partie, Titre II, Chapitre IV, Section IV, § 19.

★★

Voir aussi dans les Tables le mot « Rayonnement des Droits » et les renvois sous ce mot.

L'INFLUENCE DU DROIT GERMANIQUE SUR LE DROIT PRIVE DES PEUPLES YOUGOSLAVES

Par J. M. PERITCH

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Belgrade
Docteur honoris causa de l'Université de Lyon

§ 1. — Il n'y a pas à douter que le Droit comparé, au développement et à l'essor duquel notre maître et jubilaire, M. le Prof. Edouard Lambert, a contribué peut-être plus qu'aucun autre juriste, soit une discipline scientifique. En effet, le Droit comparé se caractérise par les mêmes traits que les autres sciences, c'est-à-dire qu'il recueille, dans le domaine juridique plus ou moins mondial, des faits dont ensuite il tire des conclusions générales ou, si on veut, des lois, d'une étendue de règne en rapport avec celle de l'espace sur lequel a porté ses investigations.

Mais en quoi consistent ces conclusions (lois) ? M. E. Lambert nous l'apprend : elles nous montrent que, malgré leur diversité, les Droits objectifs mondiaux contiennent néanmoins plus d'une règle qui leur sont communes. On pourrait même dire qu'ils possèdent une *base* identique. Ajoutons que ceci vaut surtout, en matière de Droit privé, pour le Droit de biens (*Vermögensrecht*), ce qui n'est pas difficile à comprendre, puisque les besoins matériels de l'homme qui font l'objet des normes de ce Droit sont partout plus ou moins les mêmes et spécialement chez les individus d'une certaine culture. Pour ce qui est du Droit de famille et de succession (et il y faut ajouter aussi le Droit de communautés de familles qui existe chez les Slaves du Sud — Bulgares, Croates, Serbes, et parmi ces derniers il faut comprendre également les Monténégrins —), les législations des différents peuples ne se rapprochent pas autant que lorsqu'il s'agit du Droit de biens : c'est que, dans lesdits Droits, l'élément national joue un rôle beaucoup plus important qu'en matière de Droit de biens. Plus on s'éloigne de choses, c'est-à-dire plus les rapports sociaux sont spirituels, moins les législations se ressemblent. Et, *vice-versa*, plus on se rapproche de la matière, plus les législations se rapprochent-elles aussi les unes des autres.

Une seconde conclusion qu'on peut tirer du Droit comparé, c'est le fait que les législations mondiales se ressemblent de plus en plus, ce que nous pouvons considérer comme le signe d'une évolution vers la paix universelle. Car, la lutte entre hommes et entre peuples provenant de leurs dissemblances, il en résulte que plus celles-ci diminueront, moins il y aura de causes de frictions et d'animosité entre eux : Il n'y a que ceux qui ne

se ressemblent pas qui pourraient se combattre (tels, par exemple, les maîtres et les esclaves : les premiers méprisant les seconds, ceux-ci haïssant les premiers), tandis que les égaux ne vivraient qu'en paix entre eux. Le *moi* ne saurait être ennemi du *moi*. Et en effet, dans les domaines juridiques, Droit public (y compris le droit pénal) et Droit privé (Droit de famille et Droit matériel, c'est-à-dire Droit de patrimoine), les législations des Etats montrent une tendance constante vers une unification et M. E. Lambert nous a fait connaître, dans sa magistrale étude : *Source du droit comparé ou supranational. Législation uniforme et jurisprudence comparative*. (Voir « Recueil d'études sur les sources du Droit en l'honneur de François Génys », t. III, librairie du Recueil, Sirey, Paris, 1935), bien des exemples de collaboration d'Etats en ce sens (entre autres, par exemple, le travail d'une commission franco-italienne concernant la rédaction d'un Projet de Droit des obligations européen ou même mondial). C'est précisément cette tendance d'unification juridique qui divise à présent les pays européens quant à leurs organisations étatiques, les uns s'efforçant à établir, sur notre Continent, un système de liberté spirituelle et les autres un système d'autorité ou, plus exactement, de dictature intellectuelle. Il n'y a pas à nier que la victoire soit de l'un soit de l'autre de ces deux systèmes amènerait une uniformité dans l'organisation politique de l'Europe et partant plus de paix qu'à ce moment où les Etats sont partagés en deux camps sous ce rapport. Qu'il nous soit permis d'ajouter que nous sommes pour le premier système, c'est-à-dire pour une organisation politique sur la base de liberté spirituelle et, par suite, nous sommes tolérants aussi envers d'autres systèmes juridiques, seulement nous ne pouvons faire de concessions en ce qui regarde les méthodes de luttes violentes (soit à l'intérieur soit à l'extérieur) employées pour assurer la victoire de l'une ou de l'autre idéologie : l'unique méthode dont on puisse, ici comme ailleurs, faire usage, c'est la méthode pacifique et de persuasion. Du moins nous autres chrétiens croyons-nous qu'une idée supérieure n'a pas besoin de méthodes païennes (antichrétiennes) pour triompher, c'est-à-dire qu'il n'y a que des idées qui ne le sont pas qui aient recours à de pareilles méthodes pour arriver au pouvoir.

§ 2. — La ressemblance entre les Droits de différentes nations peut d'abord être spontanée, c'est-à-dire sans une collaboration entre les peuples dans le but d'une unification législative, ce qui a spécialement lieu en matière de Droit de biens. Comme nous avons déjà fait remarquer plus haut, l'identité de besoins matériels (nourriture, vêtement, logements, etc.) entraîne aussi l'identité de réglementation juridique des rapports des hommes avec les objets corporels. Ainsi, chez tous les peuples existe le droit de propriété plus ou moins étendu : individuelle dans les Etats à type bourgeois, elle est collective dans une société communiste comme c'est le cas de la Russie soviétique ; mais même dans une société pleinement communiste (ce que la Russie soviétique n'est pas non plus et surtout depuis sa nouvelle Constitution de 1936) ⁽¹⁾, il y aura de la propriété individuelle notamment pour autant qu'il s'agira de la consommation de moyens de subsistance : pour qu'on puisse exister, il faudra bien manger, boire, habiter

(1) V. sur cette Constitution l'étude de M. le Professeur Mirkine-Guetzévitch dans *l'Europe Nouvelle*, n° du 1^{er} janvier 1937, Paris.

quelque part, même dans une organisation sociale communiste, et on ne peut y arriver sans devenir et être préalablement propriétaire de moyens de vivre, ainsi que de meubles nécessaires, etc... D'un autre côté, comme aucune société ne saurait exister et durer sans procréation d'enfants et que celle-ci est le mieux assurée par le mariage, tous les peuples civilisés possèdent cette institution et, en général, une institution familiale avec une réglementation semblable (la Russie soviétique l'a également avec certaines particularités dues à la forme communiste de l'Etat, par exemple, le droit de la société à l'éducation des enfants).

L'unification du Droit mondial peut aussi résulter d'emprunts législatifs qu'un Etat fait aux législations étrangères. Ces emprunts, si fréquents dans les temps modernes grâce à la naissance de jeunes pays qui, non assez avancés, étaient obligés d'y recourir, constituent eux aussi une preuve en ce sens que l'évolution juridique nationale, c'est-à-dire les coutumes juridiques, n'est pas la seule méthode de création du Droit : souvent, le législateur transpose chez lui des institutions étrangères qu'il trouve utiles pour son peuple sans attendre qu'elles se forment et se manifestent, au cours des temps plus ou moins longs, au sein de la masse nationale. Récemment, la nouvelle Turquie nous a fourni, à cet égard, un exemple intéressant et instructif par ses recours aux législations suisse (d'où elle a transféré chez elle le Code civil du 10 décembre 1907, ainsi que le Droit des obligations du 30 mars 1911) et italienne (l'introduction du Code pénal de 1930 en Turquie). Certainement, faisons-le observer, le législateur, lors de l'emploi de cette méthode, méthode rationaliste, doit-il ne pas trop aller contre l'esprit et la mentalité nationaux, car ceci serait de nature à susciter des mécontentements et des résistances de la part du peuple, de même qu'une modération dans l'emploi de cette méthode s'impose également lorsque le législateur, en avançant l'évolution juridique, édicte de nouvelles normes que lui inspire la raison même ; mais il reste acquis toujours que la méthode rationaliste peut, et beaucoup, aider et hâter l'unification législative dans le monde.

Ce travail d'unification est, ensuite, fréquemment le résultat d'une collaboration d'Etats, comme nous l'avons déjà mentionné plus haut. Les conventions internationales juridiques, telles que celles de La Haye relatives au Droit international privé, pour ne citer qu'elles, en sont une application. Et plus longuement les peuples vivent en paix, plus facilement on est disposé à se rapprocher par des législations uniformes et plus les peuples obéissent à des lois analogues ou identiques, plus la solidarité se développe entre eux (2). Or, développer la solidarité mondiale c'est augmenter les chances de la paix comme la durée de la paix augmente la solidarité des nations.

Mais outre ces cas d'unification volontaire et pacifique de législations

(2) V. à ce sujet nos monographies : Les codifications de droit civil et la solidarité européenne, publié par le *Bulletin mensuel de la Société de législation comparée*, Paris, 1909 ; L'influence de la codification civile nationale sur le progrès de l'unification juridique internationale (extrait de la *Revue de l'Institut de Droit comparé*, Bruxelles, 1910) ; L'influence de l'unité de la législation civile sur le développement de la solidarité parmi les hommes, mémoire présenté au 1^{er} Congrès de la Fédération Européenne, Rome, 1909 (extrait du *Compte rendu du Congrès*), Rome, 1910. Le même mémoire a été aussi publié dans la *Nouvelle Revue pratique de Droit international privé*, Paris, 1910.

mondiales, il en existe encore d'autres, c'est-à-dire des exemples d'unifications forcées. Nous pensons ici aux cas de conquêtes territoriales de la part d'un peuple civilisé. Ainsi, au début du XIX^e siècle, les armées victorieuses de Napoléon I^{er} n'avaient pas seulement diffusé les nouvelles idées politiques, celles de la Révolution française de 1789, mais aussi le Code civil de 1804. Sans doute, la France n'avait-elle pu se maintenir partout où Napoléon avait conduit la Grande Armée, mais le Droit français s'est conservé dans plus d'un pays où il avait été introduit par les Français : il suffit de lire dans le recueil : « Le Code civil 1804-1904, livre du Centenaire » (publié par la Société d'études législatives, Paris, 1904) la « Troisième Partie » (tome second) intitulée : « Le Code civil à l'Etranger » (p. 587 à 896) pour se convaincre de grandes et nombreuses traces que le Code de Napoléon a laissées dans de différents pays et contrées du Monde ⁽³⁾ : les armées françaises s'étaient retirées, il est vrai, mais le Code y resta, plus ou moins, d'une part parce que c'était une œuvre juridique d'une haute valeur, rehaussée, d'autre part, encore davantage par l'autorité qui se rattachait à la nation, la nation française, qui l'avait donnée.

C'est surtout le Droit romain qui dut à la puissance militaire et politique de Rome sa pénétration dans le Monde de cette époque-là : il se propagea et se maintint ensuite tant en l'Europe occidentale et centrale [soit dans l'Empire de Charlemagne, 800-911, soit dans le Saint-Empire romain-germanique formé par Othon le Grand, 962 ⁽⁴⁾] qu'en Europe orientale (l'Empire d'Orient ou, plus tard, Bas-Empire, Byzance, créé en 395 lors du partage de l'Empire romain entre Arcadius et Honorius, fils de Théodose). Tout le Droit privé du Continent européen fut et resta, jusqu'aujourd'hui, imprégné du Droit romain, Droit le plus célèbre de l'Antiquité et qu'aucun Droit ultérieur ne surpassa quant à l'étendue de son influence, influence qu'on doit attribuer, à l'égal de ce que nous venons de dire pour le Code de Napoléon, à sa valeur intrinsèque ainsi qu'au prestige que l'Empire romain et son histoire, longue et glorieuse, ont conservé jusqu'aujourd'hui dans le Monde entier. Cet exemple démontre d'une façon éloquente que la chute politique et militaire d'un Etat dont la grandeur ne consistait pas uniquement dans une force matérielle mais aussi, et surtout, dans une puissance spirituelle, ne fait pas disparaître également l'influence de cette dernière ⁽⁵⁾. La philosophie et les arts grecs ont survécu à la mort de l'Etat grec comme le Droit romain a survécu à la mort de l'Etat romain. Le corps est mortel et l'âme est immortelle et surtout une grande âme comme furent celles de la Grèce et de Rome : la dite règle vaut donc pour les Etats comme pour les hommes. L'Etat turc, par exemple, dont la force avait été en principe toute physique (militaire) disparut, après la chute de celle-ci complètement dans les pays chrétiens qu'il avait conquis et embrassés pen-

(3) Ce sont : l'Allemagne, la Belgique, le Canada, l'Egypte, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, le Monaco, les Pays-Bas, la Roumanie, la Russie.

(4) Et qui ne cessa formellement qu'en 1806 par l'abdication de François II, Empereur d'Autriche.

(5) V. en ce sens aussi notre compte rendu : *L'Evolution du Droit civil en Serbie de 1869 jusqu'à nos jours*, publié par le livre du Centenaire de la Société de législation comparée : *Les Transformations du Droit dans les principaux pays depuis cinquante ans*, t. II, Paris, 1923, p. 305 et suiv.

dant des siècles : n'ayant eu qu'un corps sans âme, le corps disparu, il n'en resta plus rien ou presque.

Ainsi, avant la Révolution de 1789, ce fut le Droit romain qui régna dans le Sud de la France qui, pour cette raison, s'appelait *pays de Droit écrit*, à la différence du Nord dit *pays de coutumes* [coutumes « fortement teintées d'esprit germanique » ⁽⁶⁾ ⁽⁷⁾], quoique, bien entendu, il y eût aussi des coutumes dans le Sud comme du Droit romain dans le Nord, mais seulement par exception. En Allemagne (Saint Empire romain-germanique qui contenait également l'Autriche) le Droit romain, après la réception, était appliqué comme « *gemeines Recht* » (Droit commun ⁽⁸⁾). La réception du Droit romain se fit aussi en Suisse, spécialement dans les cantons alémaniques ⁽⁹⁾.

Sans doute, avait-on entrepris et accompli, dans les pays où le Droit romain avait fait l'objet d'une réception ou avait exercé son influence d'une autre façon, des codifications de Droit plus ou moins complètes, telles que, par exemple, celles de la France d'avant la Révolution, c'est-à-dire les différentes ordonnances royales, comme, par exemple, les Ordonnances de Villers-Cotterets, 1539, d'Orléans, 1561, de Moulins, 1566, Ordon-

(6) M. Planiol, G. Ripert, *Traité élémentaire de Droit civil français*, t. I, 10^e édition, Paris, 1925, p. 13.

(7) A. Colin et H. Capitant. *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. I, 4^e édition, Paris, 1923, p. 12 ; L. Josserand, *Cours de Droit civil positif français*, t. I, 2^e édition, Paris, 1932, p. 18 et 19.

(8) Otto Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Erster Band. *Allgemeiner Teil und Personenrecht*. Leipzig. S. 3 ff. et surtout S. 8. ff. (« Die Aufnahme des römischen Rechtes »); Dr. F. Endemann, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*. 9. Auflage. Erster Band. *Einleitung*. — *Allgemeiner Teil*. — *Recht der Schuldverhältnisse*. Berlin 1903. S. 5, 9 « In diese Zeit der politischen Auflösung (il s'agit dudit Empire) und Neugestaltung fällt die Aufnahme (Rezeption) der fremden Rechte, des römisch-justinianischen, des kanonischen Rechtes und des langobardischen Lehnrechtes » : Dr. Bernhard Matthias, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 6. und 7. Auflage, Berlin, 1914, S. 1; v. aussi du même auteur : *Die Entwicklung des deutschen bürgerlichen Rechts in gemeinverständlicher Darstellung*, Berlin, 1905; Dr. Andreas von Thur, *Der allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, Erster Band : *Allgemeine Lehren und Personenrecht*, Leipzig, 1910. S. 1 (dans le recueil : « Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft », herausgegeben von Dr. Karl Binding, Leipzig); Plank's *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* herausgegeben von Dr. E. Strohal. I. Band : *Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. Berlin, 1913, S. XIX u. XX. (Einleitung) ; Dr. L. Enneccerus - H. C. Nipperdey, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts* (dans le recueil : « Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts », begründet von Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp und Martin Wolff, Marburg), Erster Band : *Einleitung. Allgemeiner Teil*, 13. Bearbeitung, Marburg, 1931, S. 10. « Das römische Recht ist zur Geltung gelangt in der Gestalt der (glossierten...) Justinianischen Gesetzgebung (Justinian 527-565) das man seit dem Ausgange des 16. Jahrhunderts *corpus juris civilis* zu nennen pflegt. Es sind nicht etwa nur einzelne Rechtssätze oder Institute rezipiert. Vielmehr beweist die gesamte Geschichte der Rezeption dass man theoretisch das Justinianische Gesetzbuch als Ganzes für das Reich verbindliches Gesetzbuch betrachtete : Die Rezeption erfolgte, wie man zu sagen pflegt, in *complexu* » ; Dr. H. Lehmann, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 4. Auflage, Berlin und Leipzig, 1933, S. 5.

(9) Conf. sur la réception du Droit romain en Suisse : Dr. A. Reichel, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Einleitung*. Zürich, 1911, S. III u. IV (dans le « Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch » herausgegeben von Dr. A. Egger, Dr. A. Escher, Dr. H. Oser, Dr. A. Reichel und Dr. C. Wieland, Zürich, 1911, Schulthess et C^o) ; V. Rossel et F. H. Mentha, *Manuel du Droit civil suisse*, t. I, 2^e édition, Lausanne-Genève, 1922, p. 10; Dr. P. Tuor, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 3. Auflage, Zürich, 1934, S. 1.

nances qui, d'ailleurs, avaient traité de diverses matières juridiques), de la Prusse (Allgemeines Landrecht vom 1 juni 1794), du Grand Duché de Bade (das Badische Landrecht vom 3 Februar und 22 Dezember 1809), de la Saxe (das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch vom 2 Januar 1863), de la France Napoléonienne (le Code civil de 1804), de l'Autriche (das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch de 1811) ⁽¹⁰⁾, de différents cantons suisses ⁽¹¹⁾ d'avant les codifications du 21 juin 1881 (Code fédéral des Obligations modifié et complété le 30 mars 1911) et de 1907-1911 (Code civil suisse, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Codice civile swizzero), de l'Italie (spécialement le Code civil Albertin de 1847-1848 et le Code civil italien de 1866 ⁽¹²⁾), de l'Allemagne (das Deutsche bürgerliches Gesetzbuch von 18 August 1896 nebst dem Einführungsgesetze vom 18 August 1896) ⁽¹³⁾. Mais néanmoins toutes ces œuvres législatives portent au fond l'empreinte du Droit romain et principalement au point de vue du Droit privé matériel (Droit des choses, *res*) en d'autres termes, c'est au Droit romain que revient le mérite d'avoir jeté le premier les bases d'une unité juridique en matière civile et d'avoir ainsi réalisé une des conditions les plus importantes du développement de la solidarité et de la paix parmi les peuples du Continent européen.

A côté du Droit romain et du Code civil français (celui-ci pour autant qu'il concernait des institutions nouvelles ou différentes par rapport au Droit romain), c'est aussi le Droit privé germanique (ou austro-allemand) qui, par ses parties qui s'étaient ajoutées au Droit romain comme ses modifications ou compléments, avait influé sur le sort juridique de plus d'un peuple européen ⁽¹⁴⁾ et surtout de ceux de l'Est (Polonais, Tchèques, Slovaques) ou du Sud-Est (Magyars, Slovènes, Croates, Serbes, y compris les

(10) V. sur la codification autrichienne de 1811. Dr. M. von Stubenrauch, *Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*, herausgegeben von Dr. Max Schuster v. Bonnot und Dr. Karl Schreiber, 8 Auflage, Erster Band, Wien, 1902, S. 1 à 3; Dr. A. Ehrenzweig, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*. Sechste Auflage des von Prof. Dr. L. Pfaff aus dem Nachlasse des Prof. Dr. Josef Krainz, herausgegebenen Systems des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Erster Band: Erste Hälfte: *Allgemeiner Teil*, Wien, 1925, S. 27; *Kommentar zum allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, herausgegeben von Dr. Heinrich Klang, Erster Band. Erster Halbband, Wien, 1933, *Einleitung* bearbeitet von Dr. Josef von Schey, S. 7 ff; Dr. Robert Mays, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes*, Erster Band: *Allgemeine Lehren*, Reichenberg, 1922, S. 9 ff. V. également l'ouvrage très instructif sous ce rapport: *Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*. Herausgegeben von Dr. Julius Ofner (en deux volumes), Wien, 1889.

(11) V. ici: V. Rossel et F. Mentha, *op. cit.*, p. 11 à 15.

(12) Conf. à ce sujet l'étude du Prof. et Recteur de l'Université de Turin, G. P. Chironi, *le Code civil et son influence en Italie* (traduction de M. R. Saleilles, prof. de Droit à l'Université de Paris), dans le Livre du Centenaire du Code civil français, t. II, p. 763 à 777.

(13) Pour la codification du Droit civil allemand consulter, outre les ouvrages allemands déjà cités, aussi: Dr. H. Dernburg, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens*. Erster Band: *Die allgemeinen Lehren*, 3. Auflage, Halle a. S. 1906, S. 1 f. f.; Dr. J. Kohler, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes*. Erster Band. *Allgemeiner Teil*. Berlin, 1906, S. 1 à 7.

(14) Ainsi, par exemple, aussi sur le peuple suisse (Schweizer Volk). M. Dr. A. Reichel, Bundesrichter, s'exprime ici de la façon suivante: *Die Eigenart der Schweizerischen (Privatrechtsgeschichte) besteht in der Folge darin, dass sie deutscher (germanischer) ist als die deutsche*. Dem hergebrachten germanischen Rechte wurde die Treue gehalten. V. A. Egger et les collaborateurs, *op. cit.*, *Einleitung* de M. Dr. A. Reichel), S. IX.

Monténégrins, Bulgares) de l'Europe. Comme les deux autres grandes cultures juridiques, Culture romaine et française, de même la Culture juridique germanique (austro-allemande) avait travaillé les esprits dans lesdites parties de l'Europe et ceci d'une façon telle qu'elle avait créé, plus ou moins, chez les peuples soumis à son influence, une mentalité générale semblable à celle des Germains. Ceci peut spécialement être affirmé pour les Slaves ayant, jusqu'à sa dissolution après la Grande Guerre (1918), habité la Monarchie des Habsbourg. Ce sont surtout les Slovènes (une branche yougo-slave) et les Tchèques qui, en ce qui concerne leur esprit juridique et même les autres traits spirituels qui caractérisent les hommes, ne se distinguent pas beaucoup des Austro-Allemands, ce qui, d'ailleurs, vu leurs histoires qui les avaient liés pendant des siècles avec la race germanique, race plus nombreuse et plus avancée qu'eux, n'a rien que de très naturel. Ceci vaut également, quoique dans une mesure moins intense, pour les Serbes austro-hongrois. Aussi s'était-il ainsi réalisé des conditions très favorables pour la constitution d'une grande fédération germano-magyaro-slave dans le centre européen qui aurait pu être une forte poussée et étape vers un Etat européen fédéré, un *desiderium* de tous les pacifistes. Malheureusement, les auteurs des Traités de paix de 1919-1920, qui terminèrent (sans pourtant la liquider) la Grande Guerre (1914-1918) avaient été trop sous l'inspiration des idéologies nationalistes des petits peuples slaves pour qu'un système d'organisation de l'Europe centrale à base de fédération pût être sérieusement pris en discussion. Quant à la Société des Nations de Genève, comme nous avons essayé de le montrer ailleurs, elle avait été plutôt un obstacle à l'évolution de l'idée de constitution fédérative de notre Continent.

Les Serbes de Serbie (car il y avait eu, avant la fondation de l'Etat yougoslave, le 1^{er} décembre 1918 n. st., outre des Serbes monténégrins, aussi des Serbes austro-hongrois : ce sont aujourd'hui les Serbes des provinces yougoslaves de Voïvodine, Croatie-Slavonie, Bosnie-Herzégovine, Dalmatie), n'avaient pu échapper non plus à l'influence de la Culture juridique germanique. D'abord parce qu'ils se trouvaient dans le voisinage de l'Autriche-Hongrie et, ensuite, parce que, lors de leurs guerres de délivrance de la domination turque au début du XIX^e siècle, 1804-1815 (sous Kara-georges et Miloche Obrénovitch), ils avaient été obligés d'aller chercher appui et protection auprès de l'Empire des Habsbourg, appui et protection que cet Empire, en sa qualité de pays chrétien, ne leur refusa pas, dans la mesure du possible, vu son attitude d'Etat neutre dans la guerre entre les Serbes insurgés et la Porte Ottomane ⁽¹⁵⁾.

Les Serbes s'adressèrent aussi et en premier lieu à l'Autriche, lorsque, devenus indépendants dans leur gouvernement interne (sous le prince Milo-

(15) D'ailleurs, dans les guerres que l'Autriche eut à soutenir contre les Turcs à la fin du XVII^e et au XVIII^e siècles, les Serbes de Serbie se trouvaient, bien entendu, du côté de l'Autriche qu'ils préféraient comme un Etat chrétien à la Turquie, Etat non-chrétien (musulman). Pendant vingt-et-un ans, la plus grande partie de la Serbie (d'avant la grande guerre de 1914-1918) avait été sous la domination de l'Autriche (1717-1739 : en vertu du Traité de Pojarévatz ou, en allemand, Passarovitz, conclu entre l'Autriche et la Turquie le 21 juillet 1718) et les Serbes avaient pu juger alors de la différence entre les deux régimes, turc et autrichien. Aussi, avaient-ils toujours, lors des guerres ultérieures entre ces deux Puissances, fait cause commune avec l'Autriche.

che Obrénovitch, 1815-1839), il leur fallait organiser leur nouvel Etat : l'Autriche répondit, cette fois aussi, à leur sollicitation, en leur envoyant des fonctionnaires pour les différentes branches d'administration, la justice, l'instruction publique, la technique, etc... Mais où la Serbie moderne subit le plus d'influence germanique, dans le domaine du Droit, ce fut la réception, de sa part, du Code civil autrichien de 1811. Le Code civil serbe du 11-25 mars 1844 (a. st.) n'est, en principe, qu'une traduction abrégée du Code civil autrichien : son rédacteur fut Yovan (Jean) Hadjitch, docteur en droit de l'Université de Budapest, élève de l'Ecole pandectiste, c'est-à-dire germano-romaine, sénateur (conseiller municipal) de la ville de Novi-Sad (Neusatz en allemand, Ujvidek en hongrois), ville serbe de Hongrie ⁽¹⁶⁾ ⁽¹⁷⁾.

(16) Nous disons que le Code civil serbe, qui est toujours en vigueur sur le territoire de l'ancien Royaume de Serbie (la Yougoslavie n'est pas encore parvenue à unifier son Droit civil), n'est *en principe*, qu'une traduction raccourcie du Code civil autrichien, parce que le Code civil serbe possède aussi des parties qui lui sont propres, spécialement l'institution de communautés de familles ou *zadrugas* (Ch. XV de la Seconde Partie du Code, §§ 507 à 529), les prescriptions sur la priorité des mâles quant aux femmes en ce qui concerne le Droit de succession *ab intestat*, certaines dispositions du Droit du mariage, etc... V. à ce sujet notre communication à l'Académie des Sciences Morales et Politiques (Institut) de France : *Quelques particularités du Droit civil yougoslave. Priorité des hommes sur les femmes en matière de succession « ab intestat »*. *Home stead. Communautés de familles (zadrugas)*. Extrait du « Compte rendu des séances et travaux de l'Académie », Félix Alcan, Paris, 1928. D'ailleurs, les communautés de familles sont une institution originale des peuples yougoslaves en général (Serbes y compris aussi les Monténégrins, les Croates, les Bulgares, les seuls Slovénes n'en possédant pas). Ainsi, chez les Croates, elles sont réglées par les lois du 9 mai 1889 et du 30 avril 1902 n. st. : le Code civil autrichien qui fut introduit en Croatie-Slavonie en 1852, à l'époque de l'absolutisme du Gouvernement d'Alexandre Bach (1849-1859 : V. sur ce point : Dr. I. Maurovic, in Agram, *Das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch in Kroatien, « Festschrift »*, Wien, 1911, pour le Centenaire du Code civil autrichien t. I, p. 686 à 699) ne toucha pas à cette forme, forme collective, de la famille croato-slovène. (Faisons observer que le Code civil autrichien ne connaît que la famille individualiste et la propriété individuelle, quiritaire, quant à la propriété familiale, commune, il y fait, semble-t-il, allusion dans le § 761 : « Die Abweichungen von der in diesem Hauptstücke — il s'agit dans ce chapitre, chapitre 13, II^e Partie du Code, §§ 727 à 761, de la succession *ab intestat* — bestimmten gesetzlichen Erbfolge in Rücksicht auf Bauerngüter... sind in den politischen Gesetzen enthalten » : Dr. J. v. Schey, *Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung nach den drei Teilnovellen samt einschlägigen Gesetzen und Verordnungen*, Aus der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes erläutert, 21 Auflage, Wien, 1926, S. 393, § 761). Au Monténégro, une partie du Droit de communautés de familles (elles y sont appelées « communautés de maison » ou simplement « maison » — le § 507 C. c. serbe nomme également les communautés de famille ou *zadrugas* aussi la « maison ») se trouve dans le Code de biens général (monténégrin) de 1888 (son rédacteur fut Dr. W. Boghichitch qui avait été membre correspondant de l'Institut de France) les autres parties (notamment le Droit de succession et le droit de partage) restant sous le régime des coutumes juridiques et, partiellement, sous le Code de Danilo I, prince de Monténégro, de 1855.

En Bulgarie, le droit de communautés de familles est réglé par les coutumes. Ce sont M. Dr. St. Bobtcheff, l'éminent historien juriste bulgare, et Dr. I. Guéchoff, homme d'Etat bulgare bien connu, qui ont le plus étudié cette institution en Bulgarie : leurs ouvrages sur les communautés de familles bulgares sont remarquables et très appréciés.

(17) C'est vraiment une tragédie de l'histoire des rapports serbo-autrichiens que ce furent précisément eux, les Serbes, qui, malgré que, par deux fois (aux siècles xvii^e, vers 1690-1691, et xviii^e, vers 1739), ils eussent trouvé de l'hospitalité sur le territoire autrichien en s'y réfugiant devant la persécution ottomane et que leur affranchissement des Turcs (au début du xix^e siècle) eût été bienveillamment secondé par la Monarchie

En outre, les jeunes gens serbes désireux d'étudier le Droit à l'étranger allaient de préférence aux Universités germaniques (Allemagne ou Autriche) où ils suivaient les cours du Droit des Pandectes (Droit romain avec le Droit national germain et le Droit canonique) enseignés par des savants auteurs pandectistes ⁽¹⁸⁾.

Grâce à cette diffusion du Droit germanique dans le Sud européen, ce furent les théories de ce Droit et non celles du Droit français qui l'emportèrent, au fond, en Serbie dans le domaine des institutions civiles où ces Droits se distinguaient entre eux. Ainsi, la question relative au moment du transfert de la propriété sur une *res certa* (individuellement déterminée) est résolue, par la législation serbe, dans le sens du système germanique (romain), suivant lequel, comme on sait, la propriété ne se transmet, du *tradens* à l'*accipiens*, que par la remise de la chose (*traditio*) et ceci même *inter partes* (à l'égard des tiers, *erga omnes*, il n'y a pas de différence entre les systèmes germanique et français), tandis que, d'après le Code civil français, la propriété passe de l'aliénateur à l'acquéreur *inter partes* par la seule volonté des parties. C'est donc la théorie du *titulus* et *modus acquirendi*, datant du Droit romain, que le Code civil serbe a admis comme le Droit germanique ⁽¹⁹⁾.

En matière de propriété foncière, le Code civil serbe adopte également le système germanique suivant lequel l'autorité publique (*Grundbuch-richter*) est tenue d'examiner d'abord et avant d'opérer le transfert de la

des Habsbourgs, contribuèrent autant à la chute et à la dissolution de cette Monarchie. Sans doute, des fautes furent-elles commises aussi de la part de l'Autriche-Hongrie, mais, pouvons-nous le dire, c'est au fond la rivalité entre cet Etat et l'Empire russe, protecteur également des Serbes dans leur révolution de délivrance de la domination ottomane, qui amena ledit résultat. En d'autres termes, la politique panslaviste, mieux panrusse, de cet Empire porte, elle aussi, une grave responsabilité pour l'attitude et la propagande austrophobes des Serbes ainsi que pour les sentiments souvent agressifs de la Monarchie dualiste vis-à-vis des Serbes à la fin du XIX^e et au XX^e siècles. Sans une poussée, de la part de la Russie, contre l'Autriche-Hongrie, une autre atmosphère, atmosphère plus calme et plus amicale, eût certainement régné entre la Serbie et sa voisine, destinées par leur proximité et par d'autres intérêts communs, à vivre en bonnes relations et à rechercher des moyens pacifiques pour résoudre les questions qui les séparaient et, parmi elles, aussi la question de l'union du peuple serbe et, sur une échelle plus large, la question de l'union de tous les Yougoslaves grâce à un système de fédération austro-magyaro-yougoslave. L'état des rapports entre les Serbes et l'Autriche-Hongrie, dû, comme nous venons de dire, aussi à la politique balkanique et européenne de la Russie tzariste, avait été également une des causes qui aboutirent au déclenchement de la catastrophe de 1914. Bien que, hâtons-nous de le répéter aussi ici ce que nous avons déjà dit dans les *Berliner Monatshefte* (n° de juin 1932, Berlin), la grande guerre n'eût néanmoins pas eu lieu, nonobstant l'attentat de Saraïevo (15-28 juin 1914), si les Grandes Puissances eussent été fermement décidées à maintenir la paix.

(18) L'Ecole pandectiste, qui prépara la codification de 1896-1900 fut, avec l'Ecole de l'Exégèse française (v. ici l'ouvrage capital de M. Julien Bonnecase : *La Pensée juridique française de 1804 à l'heure présente. Ses variations et ses traits*. Tome I, Bordeaux 1933, p. 288 et suiv.), une des célébrités de la Science juridique du XIX^e siècle. Ses représentants les plus féconds furent : V. Wächter, Puchta, v. Vangerow, Arndts von Arneseberg, von Keller, Brinz, Baron, Windscheid, Dernburg, Regelsberger, etc...

(19) V. à ce sujet : Dr. Ernst Till, *Versuch einer Rechtfertigung der Theorie vom titulus und modus acquirendi* dans le « Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches. 1 juni 1911 », II Teil, Wien, 1911, S. 381 ff., und Dr Achill Rappoport, *Ueber die Bedeutung des Titels für die Gültigkeit der Eigentumsübergabe nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, dans le même « Festschrift », II Teil, S. 399.

propriété dans le livre foncier (Grundbuch), si toutes les conditions tant formelles que matérielles nécessaires à la transmission de la propriété sont remplies, système plus avantageux pour la sécurité juridique de la circulation de la propriété immobilière, que le système français de transcription où le conservateur des hypothèques n'a pas ce devoir. Le même système existe, en droit austro-allemand, aussi quant aux autres droits réels sur les immeubles (servitudes foncières et personnelles, gage) et, en général, quant aux droits susceptibles d'une inscription (Einverleibung) dans les livres fonciers. Ce système permet d'établir et d'appliquer, en matière de propriété foncière, les trois règles suivantes si utiles : a) le principe d'inscription (Eintragungsprinzip), b) le principe de priorité (Prioritätsprinzip) et c) le principe de publicité (Publicitätsprinzip) ou le principe de la force probante *formelle* des livres fonciers, principe qui se présente sous deux faces : face *positive* (tout ce qui est inscrit dans les livres fonciers est réputé vrai et conforme à la réalité quant aux tiers de bonne foi, alors même que le contenu du livre foncier ne s'accorderait pas avec la matérialité des faits) et face *négative* (tout ce qui ne figure pas dans les livres fonciers est tenu pour non-existant en ce qui concerne les tiers *bonae fidei*, quoique, peut-être, il n'en soit pas ainsi en réalité) ⁽²⁰⁾. Dans le domaine du Droit de propriété mobilière, le Code civil serbe s'est rallié au système autrichien, c'est-à-dire romain que ce n'est que par une usurpation (il exige trois ans d'une possession qualifiée : §§ 928. C. c. serbe, 1466. C. c. autrichien) qu'on puisse acquérir à *non domino* la propriété (ou un autre droit réel) sur une chose : à cette règle les deux Codes apportent des exceptions dans les §§ 221 (C. c. serbe) et 367 (C. c. autrichien) qui se rapprochent quelque peu de l'art. 2279. (« En fait de meubles la possession vaut titre », système tout autre que celui de l'usucapion romaine). Pour la succession *ab intestat*, le Code civil serbe a adopté aussi le système austro-allemand, c'est-à-dire le système de parentèles et non celui du Code civil français qui est notablement différent ⁽²¹⁾.

De même, en matière de capacité juridique (dans le sens du terme allemand : « die Handlungsfähigkeit » où rentre aussi « die Geschäftsfähigkeit », capacité qu'on ne doit pas confondre avec « die Rechtsfähigkeit »), le Code civil serbe s'est rallié au système austro-allemand; il fait d'abord, quant à la minorité, une distinction entre les enfants au-dessous de sept ans (qui manquent absolument de volonté juridique) et ceux de

(20) Le Code civil serbe avait bien prévu la création de livres fonciers, mais ceux-ci n'ont commencé à être organisés en Serbie qu'après la fondation de l'Etat yougoslave : la Serbie ne possédait auparavant que les livres hypothécaires (v. le Règlement-Loi sur les hypothèques du 19 novembre 1854 a. st.). Mais le système de *tapou* (v. la Loi interprétative du 13 juillet 1850, a. st. et l'art. 58 du Règlement-Loi sur l'accélération de l'expédition des affaires pendantes près les autorités judiciaires et d'instruction du 22 juin 1921 : depuis le 1^{er} janvier 1919, c'est le nouveau calendrier, c'est-à-dire le calendrier grégorien qui est en vigueur dans tout le Royaume de Yougoslavie, excepté dans l'Eglise orthodoxe serbe) qui est toujours en vigueur dans les ressorts juridiques où les livres fonciers ne sont pas encore créés (ceci ne peut se réaliser, bien entendu, que peu à peu) reposait également sur les principes consacrés par le système austro-allemand. V. la nouvelle Loi yougoslave sur les *tapous* en Serbie et au Monténégro du 30 mai 1931, ainsi que la loi yougoslave sur les livres fonciers du 18 mai 1930.

(21) Sur le système successoral *ab intestat* en Droit français v. L. JOSSELAND, *op. cit.*, t. II, p. 416 et suiv. et notamment la Loi de finances du 31 décembre 1917, art. 17, sur la limitation du droit de succéder en ligne collatérale.

sept à vingt ans (qui possèdent une volonté juridique limitée), §§ 533 et 807, al. 2, tandis qu'en Droit français cette ligne de démarcation n'est pas tracée (la notion d'enfant « en bas âge » du Droit français laisse au juge une certaine latitude d'appréciation) ⁽²²⁾. Ensuite, dans le Droit serbe, comme en Droit austro-allemand, les actes juridiques (déclarations de volonté, Willenserklärungen) accomplis par une personne frappée d'aliénation mentale sont inexistantes et leur inexistence peut être invoquée par toute personne intéressée, tandis que cette question est controversée en Droit français. Le Code civil serbe avait adopté, comme le Droit germanique, la recherche de la paternité naturelle ou illégitime (aussereheliche Vaterschaft) mais plus tard le législateur serbe passa au système du Code civil français d'avant la loi du 16 novembre 1912 (loi du 7 mai 1868 a. st.) ⁽²³⁾.

(22) Tel est aussi le système du Code civil suisse : « Das Gesetz gibt dafür keine absoluten Grenzen, wie z. B. das BGB in § 104. Es ist Sache des Richters im einzelnen Falle zu ermessen, ob eine Person noch im Kindesalter steht und deswegen nicht vernunftgemäss gehandelt habe (Art. 19) » : Dr. Eugen Curti-Forrer, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen*, Zürich, 1911, S. 18, Art. 16, Akm. 5).

(23) Que le Code civil allemand de 1896 lui-même, faisons-le observer, ait exercé une grande influence sur la codification suisse de 1907-1912, dont le rédacteur fut le célèbre juriste suisse, Dr. Eugen Huber, professeur de droit à l'Université de Berne, il n'y a pas à nier. On peut en dire autant de l'influence de la science juridique allemande sous ce rapport. Citons ici les lignes suivantes de M. Dr. Hans Reichel, ancien professeur à l'Université de Zurich et aujourd'hui à celle de Hamburg : « Diese Würdigung wird insbesondere die nahen Beziehungen ins Licht stellen, die zwischen ZGB (c'est-à-dire le Code suisse civil) und dem Lebenswerke Rudolf Stammers bestehen. Ihm war Eugen Huber in langjähriger treuer Freundschaft bis zum Tode verbunden » : v. l'excellente monographie de M. Reichel : *Zu den Einleitungsartikeln des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*. Sonderausgabe aus Festgabe für Rudolf Stammler zum 70. Geburtstage. Berlin und Leipzig, 1926, S. 3. Citons, à ce propos, encore les principaux ouvrages de M. R. Stammler de qui on a célébré l'année dernière aussi le quatre-vingtième anniversaire de naissance, à savoir : *Recht und Rechtswirkung*, 1921, *Lehre vom richtigen Recht*, 1902 (il y en a aussi une nouvelle édition), *Theorie der Rechtswissenschaft*, 2 Auflage, 1923 ; *Lehrbuch des Rechtsphilosophie*, 1922, *Der Richter*, 1924, *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*, en deux volumes. Bien entendu, M. R. Stammler a continué également à travailler dans son domaine scientifique après son jubilé de 1926.

A son tour, le Code civil suisse a eu de l'influence, ainsi que le Droit des obligations suisses, sur le Droit civil de la Principauté de Lichtenstein, spécialement sur « Das Personen- und Gesellschafts-Recht (P.G.R.) » du 20 janvier 1926 (art. 1 à 1066 avec la « Schlussabteilung » §§ 1 à 157).

Le Droit germanique (austro-allemand) n'est pas resté sans exercer une action aussi sur le projet de Code civil hongrois de 1914 (« Gesetzentwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für Ungarn ». Veröffentlicht durch das Königl. ungarische Justizministerium. Budapest 1914) et sur celui de 1928. Les Projets de Code civil tchécoslovaque (« Das Bürgerliche Gesetzbuch für die Cechoslovakische Republik. Uebersetzung des Entwurfes der Kommission für die Revision ABGB. Herausgegeben vom Justizministerium der Cechoslovakischen Republik. Reichenburg i. B. 1924 : il y a aussi un deuxième projet de Code civil plus récent, pour le même Etat) et yougoslave sont élaborés sur la base du Code civil autrichien complété par les trois Nouvelles de 1914, 1915 et 1916. Le Code des Obligations polonais du 27 octobre 1933 (entré en vigueur le 1^{er} juillet 1934) est une synthèse des Droits (français, allemand, autrichien et russe) ayant régné sur le territoire de la Pologne actuelle, avant la Grande Guerre, synthèse complétée et modifiée aussi par d'autres éléments juridiques spécialement par les Droits des Obligations suisse et le Projet franco-italien d'unification du Droit des obligations européen. V., sur le Code des obligations polonais, l'étude de M. R. Longchamps de Berier, membre de la Commission d'Unification législative de Pologne, publiée dans le « Bulletin de la Société de législation comparée » de France, Paris, 1935. Le même Code a été traduit en français et édité par la Librairie du Recueil Sirey, Paris, avec une préface de M. Henri

Faisons observer pourtant que l'évolution juridique de la Serbie, pays intérieurement indépendant dès le commencement du XIX^e siècle (souverain depuis le Traité de Berlin du 13 juillet 1878, n. st.) n'avait pas été canalisée, comme celle des Slaves austro-hongrois, uniquement dans le sens de la Culture juridique germanique. Les Serbes de Serbie avaient été aussi ouverts à l'influence de l'Occident et surtout à celle de la France dont la lutte pour les droits de l'homme et des nations lui avait gagné la sympathie des peuples non affranchis des dominations étrangères, et la jeunesse serbe, spécialement vers la fin du XIX^e et au XX^e siècles, ne se dirigeait pas seulement vers les écoles autrichiennes et allemandes, mais aussi vers celles de la France. On fit dès lors, en Serbie, aussi des emprunts aux lois françaises. Ainsi, déjà le Code civil de 1844 n'avait pas suivi, en ce qui regardait la situation juridique de la femme mariée, son modèle, le Code civil autrichien, mais lui avait préféré le système français en plaçant la femme mariée sous la puissance maritale aussi au point de vue de sa capacité juridique (*Geschäftsfähigkeit*). Les modifications et les compléments du Code civil serbe du 5 mai 1864 a. st., concernant les prescriptions (*Verjährung*) courtes de même que la loi de 1868 sur la défense de la recherche de la paternité naturelle que nous avons mentionnée plus haut et les dispositions très importantes relatives aux moyens de preuves (lois du 19 avril 1885 et du 8 mai 1881, a. st.) proviennent du Code civil français⁽²⁴⁾. Le Code de commerce serbe (notamment les §§ 1 à 75) du 26 janvier 1860 a. st. est une traduction abrégée du Code de commerce français de 1807 (art. 1 à 109) mais les prescriptions sur la lettre de change (§§ 76 à 170 C. de com. serbe) avaient été prises à la fois dans la législation française et allemande. Néanmoins, l'influence française ne fut que rare et exceptionnelle en Serbie dans le domaine du Droit privé par comparaison à l'influence germanique.

Cette dernière influence se fait surtout sentir dans l'Etat yougoslave

Capitant. Le nouveau Code des Etats-Unis du Brésil de 1916, lui aussi, n'est certes pas exempt des influences des Grands Codes Civils européens.

Dans ce court exposé, d'ailleurs incomplet, bien entendu, des tendances vers une unification juridique mondiale en matière de Droit privé, nous ne ferons que mentionner aussi celles qui se font jour en l'Amérique latine (Amérique du Sud) où les travaux de M. de Bustamante (traduits en français par M. P. Goulé, secrétaire général de la Société de Législation comparée de France) et de M. F. Cosentini, méritent surtout d'être notés et reconnus.

(24) Le Code de procédure civile yougoslave du 13 juillet 1929, qui n'est, en somme, qu'une réception de la *Zivilprozessordnung* autrichienne du 1^{er} août 1895 (n. st.), a consacré, aussi en matière civile, la théorie de preuves libres (§ 368), système contre lequel nous nous sommes prononcé dans notre article : *Une nouvelle forme de pouvoir absolu*, paru dans le livre en l'honneur du centenaire de la naissance du grand juriste tchèque Dr Anton Randa (*Zvlastni otisk z Randova Jubilejního Památníku*, V. Praze 1934 : en français).

Faisons remarquer que le livre du Centenaire du Code civil français ne parle pas de l'influence de ce Code sur le Droit serbe : sans doute parce que les éditeurs du livre du centenaire n'avaient pas été renseignés là-dessus. Nous avons essayé de combler un peu cette lacune dudit livre dans notre compte rendu sur l'évolution du Droit civil serbe paru dans le livre du cinquantenaire de la Société de législation comparée de France que nous avons déjà cité dans cet article. Le livre du centenaire du Code civil français ne contient pas d'information sur son influence sur le Droit bulgare non plus, et pourtant la codification du Droit civil bulgare (1896) a été accomplie en principe sur la base du Code civil français.

dont l'unification législative en matière de Droit privé, matériel et formel, s'effectue dans le signe de la Culture austro-allemande. Nous avons attiré sur ce point l'attention des juristes qui s'y intéressaient lors de notre conférence du 6 novembre 1933 ⁽²⁵⁾, à la Faculté de Droit et à l'Institut de Droit comparé de l'Université de Lyon et nous n'avons pas à y revenir ici ⁽²⁶⁾. Nous avons aussi ici un exemple d'une preuve de l'influence qu'un

(25) Publiée par la *Revue de l'Université de Lyon*, Lyon, 1934 (d'où elle a été aussi tirée à part).

(26) Nous ajouterons seulement dans cet article que la loi de 1931, suivant en cela son modèle, l'*Anfechtungsordnung* autrichienne du 10 décembre 1914 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1915 n. st.) dont elle n'est en principe qu'une traduction (ceci vaut également pour la Loi yougoslave sur la faillite du 22 novembre 1929 devenue obligatoire le 1^{er} mai 1930, par rapport à la *Konkursordnung* autrichienne de la même date que l'*Anfechtungsordnung*) et entrée elle aussi en vigueur le 1^{er} janvier 1915 n. st., a démesurément étendu l'application de l'*actio Pauliana* romaine, de façon à en changer presque le caractère à cet égard. En effet, d'après le Droit romain, cette action n'avait été admise que si le débiteur avait diminué sa fortune (soit directement par des aliénations, soit indirectement par de nouvelles dettes) au détriment de ses créanciers, c'est-à-dire diminué les biens qu'il avait au jour où il s'était obligé ou acquis depuis. Or, le § 7 de la Loi yougoslave dispose : « Sont considérées comme actes juridiques les omissions à la suite desquelles le débiteur perd un droit, ou à l'aide desquelles les droits de patrimoine naissent, se maintiennent ou sont assurés contre le débiteur... » (C'est le § 36 de l'*Anfechtungsordnung* autrichienne : « Als Rechtshandlungen sind auch Unterlassungen des Gemeinschuldners anzusehen, durch die er ein Recht verliert oder durch die gegen ihn vermögensrechtliche Ansprüche begründet, erhalten oder gesichert werden... »). Cette disposition est rédigée, comme nous voyons, de manière à rendre possible une interprétation la plus large et c'est ce que font, en effet, les auteurs yougoslaves (les auteurs autrichiens procèdent de la même façon en expliquant le § 36 de l'*Anfechtungsordnung*). Ainsi : a) le débiteur ne pourrait refuser, au préjudice de ses créanciers, une offre de donation ou même une offre à titre onéreux avantageuse (v. en ce sens : Dr. Bojidar S. Markovitch, docent à la Faculté de Droit de l'Université de Belgrade, *Du droit d'attaquer les actes juridiques du débiteur en dehors de la faillite*, Belgrade, 1935, p. 66, en serbe) : un des cas de *nolle acquirere*. b) Le débiteur ne serait pas autorisé à ne pas invoquer une prescription extinctive (*Verjährung*) au détriment des créanciers. c) De même il n'aurait pas le droit de ne pas se prévaloir de l'usucapion, quand c'est contraire à l'intérêt des créanciers. (La dernière application du § 7 s'impose, si on admet la première : elle résulte aussi du § 7 *in fine*). d) Bien d'autres actes juridiques encore seraient susceptibles — du moins on pourrait le soutenir non sans fondement plausible — d'être embrassés par le § 7 tel qu'il est rédigé. D'ailleurs, il règne fréquemment ici, dans les solutions données par les auteurs ou la jurisprudence, un arbitraire, une imprécision et une incertitude telles qu'elles font en général douter du bien-fondé de la règle du § 7 (§ 36 de l'*Anfechtungsordnung*), du moins elles montrent que la rédaction de ce § (ainsi que celle du § 36) laisse beaucoup à désirer. (V. ici outre l'ouvrage cité de M. Dr. B. Markovitch, aussi ceux de M. Dr. Ivo Politeo, avocat à Zagreb, Croatie, *La loi sur l'annulation des actes juridiques en dehors de la faillite du 22.1.1931*, Zagreb, 1931, p. 41 à 44, en serbo-croate ; Dr François (Franjo) Gorchitch, *Commentaire de la loi sur la faillite* contenant aussi celui d'autres lois encore et parmi elles la loi du 22 janvier 1931, Belgrade, 1934, p. 487 et 129, en serbe. Pour le Droit autrichien, v. : Bartsch-Pollak, *Anfechtungsordnung*, Steinbach-Ehrenzweig, *Kommentar zur Anfechtungsordnung und zu den Anfechtungsnormen der Konkursordnung* 1916 ; Adolf Menzel, *Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Rechte*, 1886 ; Dr Horaz Krasnopolski, *Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Rechte* 1889 : ces derniers ouvrages se rapportent à la loi autrichienne antérieure, *Anfechtungsgesetz* du 25 mars 1884 n. st.).

Cet écart du droit romain, de la part des législations yougoslaves et autrichiennes, suscite les observations suivantes : 1) Il méconnaît le principe d'autonomie de la volonté des particuliers en matière de droits privés (§ 13 C. civil serbe, art. 6 C. civil français), puisqu'il impose souvent au débiteur une volonté étrangère à la sienne (par exemple les créanciers forcent le débiteur d'accepter une donation, une offre d'achat) ; 2) Il l'oblige de se libérer d'une dette ou d'acquiescer un droit quoique des raisons éthiques

Etat politiquement disparu — c'est la monarchie des Habsbourg dont il s'agit dans ce cas — peut exercer culturellement sur les pays qui se sont formés sur ses ruines étatiques. Et l'influence juridique austro-allemande est ici d'autant plus sensible que les anciennes provinces austro-hongroises qui appartiennent maintenant à la Yougoslavie sont, comme territoire et

lui dictent le contraire, par exemple en matière de prescription et d'usucapion. En effet, un débiteur honnête ne se prévaudra jamais de la prescription pour se soustraire à son obligation : d'ailleurs, l'institution de la prescription repose aussi sur une présomption de paiement. Un possesseur qui se trouve dans les conditions pour pouvoir usucaper considérera souvent comme contraire à l'équité d'en profiter, spécialement si l'usucapion équivaldrait à une spoliation du propriétaire, par exemple, si celui-ci est un ancien pupille dont le tuteur avait mal géré les intérêts, entre autre en laissant à des tiers la possibilité d'acquérir, au détriment du pupille, des biens par usucapion. 3) De quoi les créanciers auraient-ils à se plaindre si leur débiteur se refusait d'acquiescer, de quelque façon que ce soit, un droit qu'il n'aurait pas eu jusque là ? D'abord, en faisant du crédit au débiteur, les créanciers n'avaient certainement eu en vue que ses biens actuels : sans doute ne pensaient-ils pas à des biens futurs, gages tout à fait problématiques, et dont l'acquisition dépend, en premier lieu, de la libre volonté de leur débiteur.

La disposition à la fin du § 7 ne soulève pas moins de difficultés. Il y est dit notamment : « Il en est de même dans les cas où le débiteur n'accepte pas une succession » (§ 36 *in fine* de l'Anfechtungsordnung autrichienne : « Das gleiche gilt für die Unterlassung der Antretung einer Erbschaft »). Le débiteur serait donc forcé de devenir l'héritier (du moins dans la mesure où ceci est exigé par les intérêts matériels de ses créanciers : v. ici aussi les §§ 4 et 128. 5° de la loi yougoslave sur la faillite) d'une personne quoique la morale la plus élémentaire lui défende de l'être (par exemple si le *cuius* avait tué le père du débiteur). Mais les législateurs d'un régime capitaliste ne tiennent pas, paraît-il, toujours beaucoup compte de considérations *éthiques* : pour eux, la principale tâche serait de protéger les intérêts *matériels* des créanciers. Comme nous avons eu déjà l'occasion de le constater ailleurs (dans notre article : *De la matérialisation des droits privés*, publié par la « Revue trimestrielle du Droit civil, Paris, 1913, nos janv., fév., mars) les législateurs dans les sociétés à base d'individualisme, au lieu de *spiritualiser* les droits privés et, en général, les rapports entre les particuliers, les *matérialisent* au contraire et fréquemment, ce qui est en opposition avec les idées de l'Enseignement du Christ qui, nous pensons, devraient être la ligne directrice au moins pour les législateurs des pays chrétiens. Et ce qui aggrave encore le système du § 7 de la Loi yougoslave (et du § 36 de la Loi autrichienne) c'est qu'il ne s'explique pas clairement sur le point de savoir si le débiteur, lors de l'accomplissement des actes juridiques qu'il prévoit, doit ou non être de *mauvaise foi*, c'est-à-dire si un *consilium fraudandi* doit avoir existé audit moment (comme c'est la règle en matière d'annulation d'actes à titre onéreux) ou si le § 7 s'appliquerait même au cas où le débiteur aurait été de bonne foi (comme en ce qui concerne les actes à titre gratuit : *contra* ici le Droit romain) ? Vu la rédaction du § 7, on pourrait soutenir qu'il suffirait que le débiteur fit un acte juridique de la catégorie de ceux du § 7 pour que les créanciers eussent le droit de l'attaquer (par exemple, en cas d'usucapion, le débiteur n'ayant pas profité de celle-ci, le propriétaire conserve son droit de propriété : ce résultat serait inopérant, si les créanciers du débiteur attaquaient, en vertu du § 7, l'omission de ce dernier d'invoquer l'usucapion, et ceci même au cas où le débiteur aurait agi de bonne foi ou, dans le cas contraire, quoique le propriétaire n'eût pas été de connivence avec le débiteur. La rédaction du § 7, grâce à sa généralité, ne s'opposerait pas à une interprétation *lato sensu* sous ce rapport. Le Droit français qui, lui aussi, confère, dans l'art. 788, aux créanciers la faculté d'attaquer une renonciation à succession de la part de leur débiteur n'est pas non plus explicite quant à la question de la *bona* ou de la *mala fides*; car il statue seulement que ce doit être « au préjudice » des droits des créanciers, mais il laisse de côté le point relatif au *consilium fraudandi*.

En ce qui concerne le droit de succession, on se demande pour quelles raisons le § 36 autrichien (le § 7 yougoslave) le mentionne spécialement ? Contrairement à l'explication des auteurs, nous pensons que même, sans cette disposition expresse, la renonciation à succession tomberait, indubitablement, sous le § 36 (§ 7). Il est vrai qu'en Droit autrichien la succession ne passe pas à l'héritier dès le jour de son ouverture

comme nombre d'habitants, plus grandes que les anciens Royaumes de Serbie et de Monténégro. De cette façon, s'établit, chez les Yougoslaves de la Yougoslavie, une rivalité entre les Français et les Germains (Austro-Allemands), les premiers l'emportant (grâce à la victoire de l'Entente en 1918 et aux Traités de paix de 1919-1920) sur le terrain politique et les

(du jour du décès du *de cuius*), comme c'est le cas, par exemple du Droit français (le mort saisit le vif) et du Droit serbe (§ 394 C. c. serbe) : l'héritier n'y acquiert le droit de recueillir les biens de la succession que par son acceptation (*aditio hereditatis* du droit romain — ce qui, d'après une opinion, signifie qu'en Droit autrichien, il existe, comme en Droit romain, l'*hereditas jacens* : la Loi yougoslave sur les matières non-contentieuses du 24 juillet 1934 a adopté ici le système du Droit autrichien mais, certainement, le refus du débiteur d'accepter la succession (*die Unterlassung der Abtretung einer Erbschaft*) entrerait dans le domaine des §§ 36 et 7 (puisque, comme nous avons vu, on y fait entrer même le cas où le débiteur refuserait une donation ou une offre à titre onéreux avantageuse). Mais même dans le système où l'héritier acquiert les biens de la succession dès la mort du *de cuius* les §§ 36 et 7 n'en sont pas moins critiquables, car là aussi la succession ne passe définitivement à l'héritier qu'à condition qu'il accepte : dans le cas contraire, il est réputé n'avoir jamais été successeur ni propriétaire des biens de la succession (cf. §§ 6 C. civ. français et 13 C. civ. serbe), et alors de quel droit les créanciers pourraient-ils attaquer la non-acceptation de la succession de la part de leur débiteur, attaquer sa volonté de ne pas acquérir, attendu qu'ils ne l'avaient certainement pas crédité à raison des successions futures mais sur ses biens actuels ? D'ailleurs, le système suivant lequel l'héritier a acquis la succession aussitôt son ouverture n'a d'autre but que d'éloigner l'*hereditas iacens* que provoque ou pourrait provoquer le système contraire : en dernière analyse, comme nous l'avons déjà fait pressentir, les deux systèmes sont ici identiques. Dans l'un et dans l'autre l'héritier n'acquiert définitivement la succession que par son acceptation. (Ajoutons que, vu l'explication, de la part des auteurs, de la disposition des §§ 36 et 7 *in fine*, ces §§ ne se rapporteraient pas aux cas où le débiteur omettrait d'acquiescer un droit, c'est-à-dire un profit matériel ne figurant pas déjà dans son patrimoine — quoique ces mêmes auteurs appliquent les §§ 36 et 7 aussi à des pareils cas). De même, en matière d'usucapion, l'*usucapiens* ne devient propriétaire (et, en général, titulaire d'un droit réel) que s'il exprime la volonté d'en profiter, autrement, le bien en question est considéré n'avoir jamais fait partie du patrimoine de l'*usucapiens*.

Quant à la prescription extinctive et acquisitive en Droit français, le Code civil français se borne à dire que les créanciers sont autorisés à les faire valoir à la place du débiteur (art. 2225 C. c. français) sans préciser de quelle action il s'agit ici, de l'action *paulienne* ou de l'action *oblique* (c'est-à-dire de l'action par laquelle les créanciers possèdent le droit d'exercer les actions de leur débiteur pour se faire payer : les droits personnels du débiteur ne peuvent, bien entendu, être objet d'une action oblique) ? Car ce sont, comme on sait, deux actions de caractère différent — ainsi, l'action paulienne ne peut être intentée qu'en cas d'insolvabilité du débiteur, tandis que cette condition n'est pas nécessaire pour l'exercice de l'action oblique. L'action oblique existe aussi en Droit serbe (Dr. B. Markovitch, *op. cit.*, p. 67 n. g. exprime des doutes à cet égard) : voy. notamment les §§ 381, 396, 402, 497 du Code de procédure civile serbe du 20 février 1865 a. st. qui se trouvent dans les parties de ce Code relatives aux mesures de sûreté et à l'exécution, parties toujours en vigueur en Serbie, puisque la Loi yougoslave du 9 juillet 1930, sur ces matières, n'a pas encore acquis force obligatoire. — Mais pour ce qui est du cas d'omission, de la part d'un débiteur, d'interrompre une prescription ou une usucapion, il constitue, à n'en pas douter, un appauvrissement du débiteur et constitue ainsi une application certaine de l'action paulienne. Aussi, le Droit romain était-il également en ce sens. (V. Dr. J. Baron, *Pandekten*, 7. Aufl., Leipzig, 1890; S. 397 : « Nichtunterbrechung der Verjährung »).

Comme il est facile de s'en apercevoir, le système serbe et autrichien, tel qu'il est consacré par les §§ 7 et 36 — du moins d'après les auteurs — pour s'être séparé du système, si logique, du Droit romain, assure aux créanciers un pouvoir par trop large d'empiètement sur la vie juridique et économique de leur débiteur chirographaire en limitant sa liberté de mouvement, ce qui est en contradiction avec le principe individualiste de la société bourgeoise. Sans doute est-ce un avantage que de jouir d'un crédit personnel mais les créanciers se feraient payer trop cher la faveur accordée à leur

seconds sur le terrain de la culture juridique. Peut-être la prédominance politique en Yougoslavie de la France aura-t-elle pour effet d'y élargir aussi son influence juridique comme, d'un autre côté, la prédominance juridique des Germains pourra y avoir sa répercussion dans le domaine de la politique.

CONCLUSION

Comme nous avons vu, le Droit mondial évolue vers son unification et non vers une différenciation, et heureusement, car, autrement, il faudrait douter de l'Humanité et de son Progrès, en admettant que ce dernier consistât dans la paix et la fraternité mondiales, la différenciation signifiant des luttes et des guerres ⁽²⁷⁾. Mais il ne faut pas appliquer à l'unification juridique la règle qu'on recommande dans les arts, du moins d'après une opinion : « l'art pour l'art » ; il ne faut donc pas dire : « l'unification pour l'unification ». L'unification du Droit étant désirable comme condition de la paix, on ne doit, et nous l'avons aussi fait remarquer au début de cet article, employer ici qu'une méthode libre et volontaire, c'est-à-dire qu'il y a lieu de repousser une unification qui serait un résultat de guerres et de conquêtes : ce serait une *contradictio in adiecto* que l'unification juridique, moyen de pacification, pût être avantageusement réalisée par une guerre. L'unification, un instrument de la paix, ne pourrait être en même temps un attribut de la guerre. Un mal, et c'est certainement la guerre, ne saurait nous mener qu'à un autre mal : non seulement un moyen quelconque et notamment un mauvais moyen ne fait pas vaincre une bonne fin, mais il est par contre de nature à la faire dégénérer en une mauvaise fin. Car un mal ne peut être que parent du mal. Comme dans le domaine des relations internes d'un Etat c'est aussi dans celui des relations entre les peuples qu'il faut placer la lutte des idées, par conséquent aussi la lutte pour l'idée d'une unification juridique mondiale, sur un terrain de propagande et de persuasion libres et pacifiques ⁽²⁸⁾. Sans doute les grandes nations auront-elles une part de lion dans cette évolution d'aplanissement et d'unification du Droit universel et parmi elles surtout les nations qui se trouvent à la tête de la civilisation, mais les petites nations ne devraient pas s'en plaindre ni en prendre ombrage, puisque les nations les plus grandes représentent aussi en même temps, en règle, des nations les plus anciennes et partant les plus avancées. On ne serait pas admis à soutenir que, de cette façon, il serait créé une inégalité entre les grands et les petits peuples, ces derniers devant plier devant les premiers. On ne saurait le soutenir

débiteur en ne lui demandant pas de gage, car c'est cependant sa liberté qu'ils hypothéqueraient avec un pareil système d'action paulienne. Le crédit personnel serait alors plus lourd pour le débiteur que le crédit de nantissement, puisque la liberté est un bien supérieur à la fortune matérielle.

(27) Voir à ce propos aussi notre article sur le livre : *Le Droit international et la Démocratie*, par M. I. Ralston, avec une préface de M. E. Lambert, article paru dans *La Revue Mensuelle*, Genève.

(28) Nous avons insisté sur ce point dans notre communication : *Les idées et leur réalisation ou la théorie des fins et la théorie des moyens*, présentée au XII^e Congrès international de Sociologie (Bruxelles, 1935) et publiée par la *Revue Générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence*, Paris, 1936.

même au point de vue de l'enseignement chrétien, puisque, selon cet enseignement, l'égalité des peuples et des hommes signifie ici leur égalité quant aux conditions de leur développement spirituel et moral : chaque peuple et chaque individu doivent jouir de la liberté d'opinion et de propagande, mais quant aux idées elles-mêmes et à leur influence, soit dans l'Etat soit dans le monde, l'égalité n'existe pas. En d'autres termes, les idées supérieures vaincront et doivent vaincre, dans un régime de liberté étatique ou mondial, précisément parce qu'elles sont telles : dans un pareil régime, les idées supérieures sont destinées à vaincre où les idées victorieuses sont supérieures. (Et, bien entendu, une idée prouve sa supériorité d'autant plus, si elle réussit à l'emporter, malgré qu'elle fût persécutée). C'est pour cette raison que Jésus-Christ avait prêché la tolérance spirituelle (laquelle d'ailleurs résultait logiquement de l'idéologie chrétienne générale de ne faire souffrir personne : or, l'intolérance spirituelle méconnaîtrait cette idéologie) parce qu'il voulait que les idées les meilleures eussent le dessus. Et il n'y a pas à douter que, si la tolérance spirituelle régnait partout, les idées chrétiennes d'égalité, de paix et de fraternité universelles à la réalisation desquelles tendent aussi l'Institut de Droit comparé et l'Institut des Sciences sociales et des relations internationales de Lyon, dont M. E. Lambert fut le fondateur et l'animateur, ne tarderaient pas à diriger le monde.

CHAPITRE V

LA RECEPTION DES DROITS A L'INTERIEUR D'UNE COMMUNAUTE D'ETATS

SECTION I

A L'INTERIEUR DES ETATS-UNIS D'AMERIQUE

IRELAND, *La Louisiane. Vue nouvelle de son système juridique.*

(Cette contribution publiée ci-dessus, Troisième Partie, Titre I^{er}, Chapitre III, § 73).

MOTT, *La législation uniforme aux Etats-Unis.*

(Cette contribution publiée ci-dessous, Titre II, Chapitre III, § 122).

SECTION II

A L'INTERIEUR DE L'EMPIRE BRITANNIQUE

KENNEDY, *Législation en faveur des dépendants du testateur.*

Lord MACMILLAN, *Deux manières de penser.*

(Contribution publiée ci-dessus, Troisième Partie, Titre I^{er}, Chapitre I^{er}, § 65).

MIGNAULT, *Les rapports du Droit Civil et de la « Common Law » au Canada, spécialement dans la Province de Québec.*

(Contribution publiée ci-dessus, Troisième Partie, Titre I^{er}, Chapitre III, § 72).

LEGISLATION EN FAVEUR DES DEPENDANTS DU TESTATEUR

Par W.-P.-M. KENNEDY, M. A. LL. B., Litt. D.
Professeur de Droit à l'Université de Toronto ()*.

Traduit par Jacques LAMBERT,
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon

Dans le dominion du Canada, toute restriction au « *jus disponendi* » doit être introduite par la législation provinciale, étant donné que, dans le système de fédéralisme canadien, la Constitution confie le droit exclusif de légiférer en matière de droit des personnes et de droit de propriété « *property and civil rights* » aux législatures des Provinces ⁽¹⁾. En ce qui concerne aussi bien le droit de propriété que le droit des personnes, la législation provinciale a toujours été caractérisée par l'aspect social — la technique sociale du juriste sociologue — et, depuis quelques années, cette caractéristique s'est encore mieux marquée, surtout dans les provinces de l'Ouest, où les traditions juridiques ne sont peut-être pas aussi conservatrices que dans les parties les plus anciennes du pays. Cet aspect social a entraîné, dans les législations provinciales des résultats, parmi lesquels, entre autres, se trouvent des mesures législatives pour modifier un testament en tant qu'il néglige de pourvoir à l'entretien des personnes à la charge du testateur, ou de la testatrice.

Quoique, à la vérité, les tendances sociales dont il s'agit aient été le produit de circonstances locales et que la loi soit issue des exigences de la vie de la communauté, il est cependant vrai que les Provinces n'ont pas complètement négligé l'étude ou l'imitation de la législation sociale d'autres pays. Et même, en ce qui concerne les modifications du *jus disponendi*, plusieurs provinces, pour faire face aux exigences de la société, ont été inspirées par la législation de la Nouvelle-Zélande, où la législation sociale est la plus avancée de celle des nations modernes. Par conséquent, si nous voulons comprendre correctement les transformations canadiennes, un bref examen de cette législation Néo-Zélandaise est nécessaire.

(*) Extrait de *The Iowa Law Review* (Vol. XX, N° 2 Janvier 1935).

(1) 30 et 31 Vict. c. 3, § 92 (13) (1867).

La première loi Néo-Zélandaise qui ait reconnu l'obligation pour un testateur de prendre des mesures raisonnables pour l'entretien des personnes qui sont légalement à sa charge a été adoptée en 1900 ⁽²⁾. Sans entrer dans de trop petits détails, nous pouvons signaler que cette législation disposait que, lorsqu'un individu meurt en laissant un testament, mais sans avoir pris les mesures nécessaires à l'entretien de son mari, de sa femme ou de ses enfants, le tribunal peut, sur demande faite par la femme, le mari ou les enfants, ou pour leur compte, ordonner discrétionnairement qu'il sera pris dans le patrimoine du *de cujus* une provision destinée à l'entretien de cette femme, de ce mari ou de ces enfants. Il était précisé que le tribunal pouvait soumettre cette allocation à toutes les conditions qui lui paraissaient nécessaires et pouvait refuser de l'attribuer à des personnes dont il estimait que le caractère ou la conduite était de nature à leur faire perdre droit à cette allocation.

En 1900 et en 1903, cette loi fut l'objet de quelques amendements, auxquels il n'est pas nécessaire de nous arrêter, puisqu'ils ne touchaient pas aux principes fondamentaux. En 1906, la législation antérieure fut entièrement abrogée pour être reprise avec des amendements ⁽³⁾. Il est uniquement nécessaire de signaler l'un de ces amendements. Les tribunaux avaient jugé que, sous l'empire de l'ancienne législation, il n'était pas possible d'attribuer comme allocation un capital ni d'imposer des « paiements périodiques ou autres » (*Lump sum or for a periodical or other payment*) ⁽⁴⁾. La loi de 1906 fut abrogée en 1908, époque où eut lieu une codification des lois de Nouvelle-Zélande, et fut réintroduite, avec les mêmes lignes générales, comme une partie de la loi sur la protection de la famille (*Family Protection Act*) ⁽⁵⁾. Cette loi posait le même principe que la première loi de 1900, elle prenait des mesures pour favoriser des modes de paiement qui, suivant l'interprétation judiciaire, avaient été impossibles, ainsi que des mesures de procédure. Quelques changements de procédure furent opérés, en 1921, mais la deuxième partie de la Loi sur la Protection de la Famille, de 1908, demeure aujourd'hui la règle fondamentale en Nouvelle-Zélande.

Etant donné que la législation canadienne sur la question est relativement nouvelle et que, en conséquence, elle n'a peut-être pas été l'objet d'une abondante interprétation judiciaire, il est nécessaire de signaler certains principes établis en Nouvelle-Zélande par les tribunaux. Bien entendu, ces décisions Néo-Zélandaises n'auraient pas d'autorité dans une des provinces canadiennes. Mais comme elles traitent d'une question similaire, elles ont acquis une grande force de persuasion au Canada, où, ainsi que je l'ai signalé, la législation de la Nouvelle-Zélande a eu une si remarquable influence. Examiner brièvement certains des cas Néo-Zélandais ne constituera donc pas un travail inutile.

Les principes directeurs de l'interprétation, en Nouvelle-Zélande, se trouvent dans le cas de *Allardice c. Allardice* ⁽⁶⁾ ; ils ont été approuvés

(2) N. Z. Stat. 1900. « *An Act to Insure Provisions for Testator's Families* ».

(3) N. Z. Stat. 1906 : « *Testator's Family Maintenance Act* ».

(4) Cf. *Rush c. Rush*, 20 N. Z. L. R. 249 (1902) ; *Allardice c. Allardice* 29 N. Z. L. R. 959 (1910).

(5) N. Z. Stat. 1908, N° 60 : « *The Family Protection Act* », Part. II.

(6) Supra : note 4.

en appel par le Comité Judiciaire du Conseil Privé (7). Les faits du cas n'ont pas d'importance pour nous. Il est suffisant de signaler les propositions générales. Les tribunaux décidèrent d'abord que les clauses de la loi examinée étaient entièrement indépendantes de toutes les mesures législatives déjà prises en faveur des indigents ; deuxièmement que, en vertu de cette loi, les tribunaux n'avaient pas de pouvoirs pour faire à la place du testateur un nouveau testament ; troisièmement que la loi permettait aux tribunaux d'altérer ou de modifier la disposition de ses biens faite par le testateur seulement dans la mesure nécessaire pour pourvoir de façon convenable, à l'entretien de la femme, du mari ou des enfants (suivant le cas), lorsque le testateur ne l'avait pas fait ; et enfin que les tribunaux devront prendre des mesures plus complètes en faveur d'une veuve, même peut-être en faveur d'un veuf, que pour des enfants physiquement et intellectuellement capables de se suffire à eux-mêmes. Il semble que ce soient les idées du juge Edward qui se trouvent à la base de ces règles ; est-ce que le testateur a été coupable d'une évidente violation du devoir moral qu'un testateur juste, et non un testateur affectueux, a envers ses dépendants ?

« Si, disait Sa Seigneurie, le tribunal estime que le testateur a évidemment été coupable d'une telle violation de son devoir moral, le devoir du tribunal est alors d'allouer ce qui paraîtra suffisant pour la réparer (mais rien de plus que ce qui paraîtra suffisant) ». En outre le tribunal déclarait que « suffisant » ou « adéquat » ne pouvait pas être déterminé pas une règle générale ; qu'il valait mieux conserver à ces termes une signification très « élastique », afin de faire face à chaque ensemble de circonstances, en gardant toujours présent à l'esprit que le tribunal n'a pas pouvoir pour « reprendre le testament, ou pour réparer des inégalités ou de soi-disant injustices ».

Tels sont les principes généraux qui dominent en Nouvelle-Zélande dans l'interprétation judiciaire contemporaine sur la modification légale du *jus disponendi*. Il y a bien d'autres cas Néo-Zélandais auxquels je pourrais me référer de façon moins détaillée. Ainsi, dans certaines circonstances, les enfants illégitimes d'un testateur ont été protégés par les clauses de cette législation (8). L'âge avancé du demandeur a exercé une influence sur les tribunaux pour leur faire prononcer une allocation en sa faveur, alors même qu'il possédait personnellement des biens importants (9). Des fils en bonne santé, entre autres un fils en bonne santé qui était ivrogne, se sont vu refuser l'allocation (10). Dans le cas d'un veuf, au profit duquel la femme n'avait pris aucune disposition, et qui demandait une allocation, les tribunaux ont refusé l'allocation après avoir reçu la preuve que le demandeur avait été coupable de mauvaise conduite (*misconduct*) pendant le mariage (11) ; mais ils ont accordé l'allocation lorsque, bien que les parties eussent vécu séparées, il n'était pas question de mauvaise conduite (12). Les autres cas Néo-Zélandais n'ont rien à faire dans notre étude ;

(7) (1911) A. C. 780.

(8) *Worthington c. Ongley and Kelly*, 29 N. Z. L. R. 1167 (1910).

(9) *Noseworthy c. Noseworthy* 26 N. Z. L. R. 285 (1907).

(10) *Munt c. Findlay*, 25 N. Z. L. R. 285 (1907) ; *Ray c. Montcrieff et autres* (1917), N. Z. L. R. 234.

(11) *Green c. Green* (1916). N. Z. L. R. 234.

(12) *Golightly c. Jefcoate et autres*, 33 N. Z. L. R. 1068 (1914).

mais il est intéressant de signaler qu'on préférera les paiements périodiques au versement d'un capital ⁽¹³⁾.

La plus ancienne législation du Canada sur cette question a été adoptée dans les provinces d'Alberta et Saskatchewan. Dans la première la législation commença en 1910 et se trouve maintenant dans les *Revised Statutes* de la Province, année 1922 ⁽¹⁴⁾. Cette législation dispose que :

1° La veuve d'un homme qui meurt en laissant un testament aux termes duquel sa veuve recevrait, de l'avis du juge devant qui la demande est portée, moins qu'elle ne recevrait si le testateur était mort intestat, peut demander réparation à la Cour Suprême ;

2° Sur cette demande, la Cour peut accorder à la demanderesse, telle allocation qui, dans les circonstances, paraîtra juste et équitable, prise sur le patrimoine dont le mari aura disposé par testament ;

3° La Cour peut déterminer le mode de paiement des allocations, soit en capital, soit en annuités, soit de toute autre façon.

Dans la province de Saskatchewan, la législation a pris naissance dans la session législative de 1910-11 et, pendant plusieurs années, elle a fait partie du *Devolution of Estates Act* ⁽¹⁵⁾. Dans la session législative de 1928-29, elle a été reprise, sans changement, sous la forme d'une loi indépendante intitulée « *The Widow's Relief Act* » ⁽¹⁶⁾. Elle fait maintenant partie des *Revised Statutes* de la Province ⁽¹⁷⁾. Cette législation dispose que :

1° Il peut être présenté au tribunal du *King's Bench* une demande par la veuve d'un homme qui meurt en laissant un testament aux termes duquel la veuve, de l'avis du juge devant qui la demande est présentée, recevrait moins que si le mari était mort intestat en laissant une veuve et des enfants ;

2° A la suite de cette demande, le tribunal pourra accorder une allocation sur le patrimoine dont le *de cujus* aura disposé par testament telle que, de l'avis du juge, elle soit équivalente à ce que la veuve aurait reçu si son mari était mort intestat en laissant femme et enfants ;

3° Le tribunal peut déterminer les modalités de l'allocation comme dans l'Alberta.

Dans la province de Manitoba, la législation commença en 1919 ; elle faisait partie du *Dower Act* ; jusqu'à aujourd'hui, il n'y a pas été fait de changements ⁽¹⁸⁾. Elle fait partie maintenant des *Consolidated Statutes* de la province ⁽¹⁹⁾. Cette législation dispose que :

1° La veuve de tout testateur qui, dans son testament, ne lui a pas laissé des biens ou n'a pas disposé en sa faveur à concurrence d'au moins un tiers de l'actif net de ses meubles et de ses immeubles, aura droit à recevoir de l'exécuteur testamentaire une part de l'actif net mobilier ou immobilier suffisante pour que, jointe à toutes les sommes qui lui auront

(13) *Bell. c. Bell and Hunter*, 34. N. Z. L. R. 1068 (1915).

(14) *Albert Stat.* 1910 (2^e sess.) c. 18 ; *id.* 1919, c. 4, § 16 ; *Alberta Rev. Stat.* (1922), c. 145.

(15) *Saskatchewan Stat.* 1910-11, c. 13 ; *id.* 1918-19, c. 20 ; *Saskatchewan Rev. Stat.* (1920) c. 73.

(16) *Saskatchewan Stat.* 1928-29, c. 25.

(17) *Saskatchewan Rev. Stat.* (1930) c. 91.

(18) *Manitoba Stat.* 1919, c. 26.

(19) *Manitoba Stat. (Consolidated Amendments)*, 1924, c. 53.

été payées ou qui pourront lui être payées, à elle ou à son usage, à raison de polices d'assurance sur la vie du testateur ; jointe aux biens qu'elle pourrait posséder pour son usage personnel au moment de la mort du testateur ou qui seraient détenus en trust pour son compte et qui seraient composés de biens (ou de revenus de biens) dont le mari aurait disposé de son vivant, après le mariage en sa faveur, sous forme de don ou d'avancement d'hoirie — elle soit égale à la valeur d'un tiers de l'actif net du testateur ; en outre, elle aura un droit viager sur la maison du mari.

2° Les dispositions ci-dessus mentionnées ne s'appliqueront pas lorsque le testateur aura pris des dispositions adéquates en faveur de la veuve, alors même que ces dispositions n'atteindraient point le tiers de la valeur nette de son actif.

Dans la province de Colombie Britannique, la législation commença en 1920 ⁽²⁰⁾ et la loi actuelle est le « *Testator's Family Maintenance Act 1924* » ⁽²¹⁾. Cette législation suit en grande partie le modèle Néo-Zélandais et, ainsi, elle est différente de celles des provinces qui ont déjà été passées en revue. L'influence Néo-Zélandaise apparaît dans les dispositions suivantes :

1° Le tribunal peut ordonner discrétionnairement qu'il sera pourvu à l'entretien de la femme, du mari ou des enfants d'un testateur qui n'aura pas pris, dans son testament, des mesures adéquates à l'entretien convenable de sa femme, de son mari ou de ses enfants, suivant le cas, et qu'il y sera pourvu de la manière que le tribunal juge adéquate, juste et équitable, suivant les circonstances ;

2° Le tribunal a pleins pouvoirs, quant aux modes de paiement, pourvu que l'incidence du paiement ou des paiements ordonnés puisse porter sur l'ensemble du patrimoine du testateur. Le pouvoir discrétionnaire du tribunal comporte le pouvoir d'exonérer une partie quelconque du patrimoine du testateur de l'incidence, s'il juge nécessaire de le faire ;

3° Le tribunal a pouvoir discrétionnaire pour soumettre une allocation à toute condition qu'il peut juger utile, et pour refuser assistance à tout dépendant dont le caractère ou la conduite est de nature, dans l'esprit du tribunal, à priver cette personne d'une allocation au titre de la loi.

Dans la province d'Ontario, la loi concernant les restrictions au *jus disponendi* se trouve dans l'acte intitulé « *An Act to make better Provisions for Dependents of Deceased Persons* » ⁽²²⁾ ; un bref sommaire de cette loi permettra de mettre en lumière ses similitudes et ses différences avec la législation de même nature ailleurs.

1° La définition de « dépendant » comprend la femme ou le mari du testateur, l'enfant au-dessous de 16 ans, et l'enfant âgé de plus de 16 ans qui, à raison d'infirmité ou de maladie, est incapable de gagner sa vie ;

2° Il est décidé que, lorsqu'on fait ressortir devant le juge du tribunal (*Surrogate Court*), du comté ou du district dans lequel un testateur était domicilié au moment de sa mort, qu'il n'a pas été pourvu de façon adéquate à l'entretien futur de ses dépendants ou de l'un d'entre eux, le juge pourra émettre un ordre imposant, à la totalité ou à une portion quel-

(20) Br. Columbia Stat. 1920, c. 94.

(21) Br. Columbia Rev. Stat. (1924), c. 256.

(22) 19. Geo. V. c. 46 (1929).

conque du patrimoine, dans la proportion et de la façon qui lui semble convenable, le paiement d'une allocation suffisante pour faire face à cet entretien ;

3° A tout moment, antérieurement à l'audience, un juge de la Cour Suprême d'Ontario peut ordonner, si la valeur totale du patrimoine excède 10.000 \$, que la demande soit tranchée par un juge de la Cour Suprême de l'Ontario et que l'affaire soit, par conséquent, transférée à la Cour Suprême ; en tout cas, il y a possibilité d'appel devant la Division d'Appel de la Cour Suprême de l'Ontario, qui peut annuler l'ordre, accroître ou réduire l'allocation ;

4° A la suite d'une demande, le juge peut faire une enquête sur les circonstances dans lesquelles se trouvait le testateur au moment de sa mort, sur les circonstances dans lesquelles se trouve le demandeur, sur les titres qu'une autre personne pourrait avoir, en tant que dépendante du testateur, sur toute disposition que le testateur pourrait avoir prise, *inter vivos*, en faveur des dépendants ou d'un des dépendants, sur toute somme ou sur tout bien que le dépendant aurait pu fournir en vue d'assurer un logis, d'assister dans ses affaires, subvenir à l'entretien ou aux frais de maladie du testateur, et, en général, sur toutes les autres questions que le juge estime devoir être équitablement prises en considération pour trancher la demande.

5° Lorsqu'une allocation est accordée à un dépendant, à raison d'une assistance personnelle accordée, ou d'un prêt ou d'un don fait, dans l'intérêt des affaires du testateur, le dépendant peut prendre rang avec les créanciers, mais, sauf cette exception, toutes les allocations accordées en vertu de la loi sont primées par les droits des créanciers ;

6° L'allocation attribuée à un dépendant quelconque ne doit pas excéder la somme à laquelle ce dépendant aurait eu droit si le testateur était mort intestat, et le total des allocations attribuées ne doit pas excéder la moitié du restant du patrimoine, après qu'auront été payées toutes les dettes légitimes, les funérailles, les dépenses testamentaires, les droits de successions, ou la moitié du revenu de ce restant calculé à 5 % par an.

Ce résumé complète l'étude de la législation qui a modifié le *jus disponendi* à raison de l'assistance aux dépendants dans les provinces de *common law* du Canada ⁽²³⁾. Dans l'espace d'un article comme celui-ci, il est évidemment impossible d'étudier les décisions judiciaires issues d'une législation qui contient à la fois des dispositions originales, des dispositions provenant de la Nouvelle-Zélande et une part importante d'arbitraire judiciaire ⁽²⁴⁾.

Jusqu'ici, il n'a pas été tenu compte, dans cet article, de la législation provinciale au sujet du douaire qui constituait en quelque sorte la mesure de *common law*, destinée à protéger la veuve. La législation qui vient d'être examinée doit maintenant être considérée du point de vue des droits de

(23) Pour la Province de Droit Civil de Québec, voir le Code Civil du Bas Canada (Québec), tit. 4, § 1.260 et sq.

(24) British Columbia : *In Re Livingstone* (1923), I. W. W. R. 628 ; Saskatchewan : *In Re Davidson Estate* (1919) 2. W. W. R. 100 ; Alberta : *Drewry c. Drewry* (1916) 86, L. J. P. C. 10 ; Ontario : *In Re Stanley* 37. O. W. N. 477 (1930). Pour une liste d'arrêts plus complète cf. KENNEDY : *Testator's Dependents Relief Legislation* dans Iowa Law Review, Janvier 1935, vo. XX, p. 324, n. 24.

douaire. D'une part, on a suggéré qu'un tel type de législation devrait supplanter complètement les droits de douaire. D'autre part, il n'a pas manqué de défenseurs pour affirmer qu'elle ne devrait servir qu'à compléter le douaire, et que, supprimer le douaire, malgré l'existence de cette législation, pourrait priver une classe de dépendantes « les veuves » de la seule protection qui leur resterait et sur laquelle elles possèdent un plein contrôle. Il est évident que, si les droits de douaire étaient abrogés, un mari pourrait disposer de la totalité de son patrimoine durant sa vie et, par conséquent, à sa mort il n'existerait pas de patrimoine à l'aide duquel une décision judiciaire puisse venir au secours de la veuve en appliquant les lois sur l'assistance aux dépendants.

Des cinq provinces que nous avons étudiées dans cet article, le Saskatchewan et la Colombie Britannique ont complètement aboli le douaire ⁽²⁵⁾ ; le Manitoba et l'Alberta l'ont conservé quant à la maison familiale ⁽²⁶⁾ ; l'Ontario l'a entièrement conservé. On peut se demander si les veuves sont mieux protégées dans l'Ontario que dans les autres provinces. On sait que, sur la propriété immobilière, les hypothèques sont fréquentes ; et que, dans notre âge de concurrence, peu de maris conservent leurs immeubles pleinement libres. Avec les mœurs économiques dominantes, il arrive souvent que la femme n'arrive jamais à avoir pleinement titre à son douaire, et que le mari reste libre de disposer de ses immeubles au cours de sa vie, sans être contraint de se procurer le consentement de la femme. En outre, nous constatons que, dans l'Ontario, on a conservé le moyen qui permet de tourner les droits de la femme ⁽²⁷⁾.

La législation portant assistance aux dépendants témoigne sans aucun doute un désir d'utiliser le droit dans des fins sociales. Elle témoigne aussi :

- 1° De procédés empiriques dans la poursuite de ce but ;
- 2° Du danger qu'il y a à tenter d'introduire une nouvelle législation sociale, sans une étude aussi poussée et aussi étendue que possible des fins communes qui doivent être poursuivies ;
- 3° De la tendance à choisir un des aspects d'une seule question de droit et d'y faire des changements, sans examiner sérieusement l'effet de ces changements sur l'ensemble du droit.

(25) Saskatchewan Rev. Stat. (1930) c. 88 § 18, Br. Col. Stat. (1934), c. 2 ; § 53. ,

(26) Manitoba Stat. (Consolidated Am) 1924, c. 53 ; Alb. Rev. Stat. 1922, c. 135.

(27) Bon exemple de ce procédé dans *In Re Hazell*, 57 Ont. L. R. 166. (High. Ct. Div.) 1925 ; *affid.* Ont. L. R. 290 (App. Div.) 1925.

TITRE II

L'UNIFICATION DES DROITS

CHAPITRE PREMIER

L'ASPECT DU PROBLEME

RABEL, *L'unification du Droit de la Vente Internationale. Ses rapports avec les formulaires ou contrats-types des divers commerces.*

MUELLER-ERZBACH, *Une proposition pour l'unification de la conception du Droit. Illustrée par le Droit de la Vente.*

BOUTERON, *L'unification du Droit relatif au chèque et le vocabulaire du Droit uniforme.*

(Cette dernière contribution publiée ci-dessous, Chapitre IV, Section II, § 129).

Sur les DIFFICULTÉS QUI NAITRONT DE LA CONCEPTION D'UN DROIT MONDIAL, cf. la contribution de M. ROTONDI, L'INSTITUT DE DROIT COMMERCIAL COMPARÉ DE L'UNIVERSITÉ COMMERCIALE L. BOCCONI DE MILAN, classée dans le Tome I, Deuxième Partie, Titre IV, Chapitre II, Section V, § 62.

★★

Le RAPPROCHEMENT DES DROITS PAR SIMPLE IMITATION est illustré par l'article de M. BINET, LA JURIDICTION DU TRAVAIL DANS LES DIVERS PAYS, publié ci-dessus, Troisième Partie, Titre III, Chapitre XIII, Section II, § 109.

**L'UNIFICATION DU DROIT DE LA VENTE INTERNATIONALE
SES RAPPORTS AVEC LES FORMULAIRES
OU CONTRATS-TYPES DES DIVERS COMMERCE**

Par Ernst RABEL,

*Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Berlin
Ancien Directeur du Kaiser-Wilhelm Institut
für ausländisches und internationales Privatrecht*

Traduit par H. MANKIEWICZ,

Secrétaire général de l'Institut de Droit comparé de Lyon

I. — L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT DE LA VENTE

Presque tous les pays ont un droit écrit de la vente relativement récent. Là où il n'existe pas de codifications d'ensemble du droit civil et commercial, s'est manifesté le besoin d'une loi spéciale sur la matière. L'excellent Code de Commerce commun allemand de 1867, qui s'applique encore en Autriche, s'est occupé spécialement du droit de la vente. Le *Sale of Goods Act* anglais de 1893 et l'*Uniform Sales Act* américain, qui est adopté dans 31 Etats de l'Union, les lois scandinaves sur la vente de 1905 à 1911 sont d'autres remarquables actes législatifs sur ce domaine.

Font exception le droit romain byzantin de la Grèce, le droit commun romain dans l'Union sud-africaine, le Common-Law dans quelques-uns des Etats de l'Union Nord-américaine et le Chériat islamique dans l'Afghanistan, l'Arabie et quelques autres régions.

Dans les codifications d'ensemble, la matière est naturellement répartie entre les règles générales du droit et la réglementation de la vente. Il y est à remarquer que le droit général des contrats y est développé en majeure partie en vue du contrat de vente qui forme l'objet de la principale application pratique des règles du contrat synallagmatique. A défaut de codification d'ensemble des principes généraux du droit, les lois spéciales sur la vente règlent cette matière d'une façon plus ou moins exhaustive. C'est ainsi, par exemple, que les lois scandinaves fournissent une réglementation détaillée des conséquences du retard dans la prestation et de la dette de choses de genre, et que le Code de commerce commun allemand comportait les règles sur l'arrivée à conclusion du contrat.

La législation n'est qu'une fraction du droit de la vente réellement en vigueur et pratiqué. Elle est complétée par les usages du commerce, déve-

loppée par l'interprétation judiciaire et, — étant donné qu'elle se compose en majeure partie de règles simplement dispositives que les parties ont la faculté de modifier — elle se trouve dépassée dans les temps nouveaux pour une large mesure par les formulaires de contrats des firmes ou de groupements commerciaux.

Dans les droits privés de l'ensemble du monde on a pu, jusqu'à des temps récents, distinguer quatre grandes familles de droits : 1° le groupe des droits allemand, autrichien et suisse, qu'on peut appeler le groupe de l'Europe centrale; 2° le groupe latin; 3° le groupe anglo-américain et 4° le groupe nordique (scandinave). Sont venus s'y joindre 5° le groupe des Etats à droit islamique codifié et 6° le droit romano-byzantin. Cette distinction se retrouve pour le droit de la vente. Dans divers pays on prépare actuellement de nouvelles codifications qui échapperont à ce classement. La première de ces codifications est la loi polonaise des obligations qui est arrivée aujourd'hui à son achèvement.

Une vue d'ensemble sur les codifications du droit de la vente actuellement en vigueur révèle l'existence, dans les groupes germanique et latin, d'une distinction entre la vente civile et la vente commerciale; ce qui tient à ce que, dans la plupart des pays de ces groupes, on a procédé, à des époques différentes, à la réglementation de ces deux sortes de droits de la vente dans les Codes civils et les Codes de commerce.

1° *Le groupe de l'Europe centrale ou germanique.* — Le droit de la vente civile du *Bürgerliche Gesetzbuch* repose sur le droit commun (*Gemeine Recht*) et les codifications allemandes, notamment celle de la Prusse. Cette réglementation a été le modèle du Code civil russe de 1922 et de celui de la Chine de 1929; elle a aussi influencé, parallèlement au droit français, le droit civil du Japon de 1898. Le droit du Code civil autrichien de 1811 a été rapproché par la novelle de 1916 des principes généraux du droit des obligations du Code civil allemand. Il continue à s'appliquer dans diverses parties des territoires des Etats successoraux de l'Autriche-Hongrie. Il a inspiré le droit de la vente de la Serbie (1844). La Suisse a, à côté de son Code civil de 1907, un droit des obligations de 1881, révisé en 1911. Ces deux Codes, avec de très légères modifications, ont été adoptés en Turquie en 1926. Le droit commun allemand a été à la base du droit de la vente de Livonie, Esthonie et Courlande de 1864, qui continue à s'appliquer dans l'Esthonie, dans une partie de la Lettonie et dans la partie baltique de la Lithuanie. Dans les autres parties de ces pays, c'est le droit de la vente de la codification de la Russie impériale (1857) qui reste en vigueur. Dans la partie de la Lithuanie, qui appartenait à la Pologne du Congrès, c'est le Code civil français (1808). Le droit de la vente commerciale en Allemagne est sorti du Code de commerce allemand commun de 1861, qui ne s'applique pas seulement en Autriche, mais aussi dans les parties de la Tchécoslovaquie et de la Yougoslavie qui ont fait partie autrefois de l'Autriche. Se sont rattachées au Code de commerce commun allemand d'abord la Hongrie en 1875 et, par son intermédiaire, la Bulgarie en 1897. Le Code de commerce allemand commun a influencé d'une façon décisive le droit de la vente italien (1882), roumain (1887), portugais (1888), japonais (1899) et, concurremment avec le Code de commerce italien, le droit de la vente commerciale de la Turquie (1926).

2° *Groupe latin.* — Dans le groupe latin c'est le système du Code civil français de 1804 qui domine la vente civile. Il est directement en vigueur

dans la plupart des colonies françaises, en Belgique, et dans le Congo belge et dans le Luxembourg; et il s'est appliqué jusqu'en 1934 dans la Pologne du Congrès. Ses principaux éléments se retrouvent dans les droits de Monaco, de la Hollande, des Indes néerlandaises, de la Roumanie, de l'Italie, du Portugal et de l'Espagne. Par l'intermédiaire de la législation italienne, il a pénétré aussi dans le droit des obligations de la Bulgarie et dans les lois civiles de l'Albanie. En Egypte le droit français de la vente a été le modèle du Code civil mixte et du Code civil indigène. Il a exercé une influence sur le droit de la vente du Japon et celui du Siam. Les principes généraux français sont aussi à la base du droit de Québec au Canada et de la Louisiane aux Etats-Unis. Le système français, directement ou par l'intermédiaire de droits filiaux, a fortement agi sur la plupart des droits de la vente des Etats de l'Amérique du Sud, et de l'Amérique Centrale.

En France, la vente commerciale n'est pas l'objet d'une réglementation spéciale. Son exemple a été suivi à cet égard par la Belgique, le Luxembourg, la Pologne du Congrès, la Hollande, la Grèce et Monaco. On trouve au contraire une réglementation développée de la vente commerciale dans le Code de commerce espagnol de 1889. Il n'y a pas de réglementation spéciale dans les droits latins du Nord de l'Amérique (Québec, Louisiane). On en trouve généralement dans les Codifications de l'Amérique du Sud et de l'Amérique Centrale, sous l'influence des anciennes lois commerciales de l'Espagne de 1829 et du Portugal de 1833 ⁽¹⁾.

3° *Groupe anglo-américain*. — En Angleterre le droit de la vente de marchandises est fixé légalement dans le *Sale of Goods Act* de 1893. La portée de cette loi est limitée par le fait que la base du droit des contrats se trouve dans le droit commun anglais non codifié, le *Common-Law*. D'après la conception universellement admise, les lois sur la vente ne peuvent pas en principe écarter le *common-law* en vigueur. Elles ne veulent être qu'une mise en forme pratique des précédents traditionnels et des *statuts* anciens qui les complètent. Elles doivent être interprétées à la lumière du *common-law* auquel elles ont emprunté leurs règles.

Cette loi anglaise a été introduite dans presque toutes les parties de l'Empire britannique; tantôt textuellement, tantôt avec de légères modifications, ne portant pas sur les questions essentielles. Elle a pénétré aussi dans des pays dont les coutumes ne découlent pas du *Common-Law*. L'Ecosse a été comprise immédiatement dans son champ d'application; elle a trouvé réception dans l'île de la Trinité en 1895 et à Ceylan en 1896. Au contraire, la province de Québec et l'Afrique du Sud se sont abstenues de l'adopter.

(1) Pour des renseignements plus précis et plus détaillés sur l'état du droit de la vente, et spécialement de la vente commerciale dans les pays du groupe latin — particulièrement ceux de l'Amérique latine — se reporter à l'ouvrage publié par Ernst Rabel — *Das Recht des Warenkaufs*, Berlin et Leipzig, W. de Gruyter, tome I, 1936 — comme volume hors série de la *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. (Sur cet important foyer allemand d'études comparatives de droit, qui a, du son organisation au professeur Rabel, voir la contribution de M. Eduard Wahl à ce Recueil). Le volume hors série, dont le présent travail résume quelques-uns des chapitres introductifs, se rattache à l'œuvre de prospection qui a été faite à Berlin, sous la direction d'Ernst Rabel, pour préparer et guider la rédaction par l'Institut International pour l'Unification du Droit Privé, d'un projet de loi uniforme sur la vente internationale, par le dépouillement et le classement de la très riche documentation rassemblée à l'Institut berlinois sur les législations et les jurisprudences nationales relatives à la vente. Note du traducteur.

Aux Etats-Unis, chacun des 48 Etats-membres garde le monopole de la législation de droit privé en vertu de la Constitution. La base commune des droits privés de l'Amérique du Nord est constituée par le *common-law anglais* du xvi^e siècle. La Louisiane fait exception. Les lois qui ont été édictées en Angleterre après la fondation des colonies, n'ont pas obtenu application de plein droit aux Etats-Unis. Mais les dispositions du *Statute of Fraud* de 1677, particulièrement important pour le droit de la vente, ont été admises par la plupart des Etats de l'Union. Par ailleurs, le *common-law*, par l'effet des législations particulières des Etats et par la jurisprudence née des précédents judiciaires, a subi une évolution et un développement qui ont entraîné une assez grande diversité et complexité dans cette branche du droit privé. Pour assurer une certaine uniformité du droit, la Conférence Nationale des *Commissioners on Uniform State Laws* ⁽²⁾ a élaboré en 1906 un *Uniform Sales Act*, inspiré du *Sale of Goods Act* anglais, qui est adopté aujourd'hui par 31 Etats et par l'Alaska et Hawaï.

4° *Groupe scandinave*. — En Finlande s'applique encore aujourd'hui le droit de la vente du Code suédois de 1734. En Suède (1905), Danemark (1906), Norvège (1907), et Islande (1922) existent des lois sur la vente mobilière qui ont été élaborées en une étroite collaboration. La conclusion du contrat de vente est réglée par la « loi sur les contrats » applicable à tous les actes juridiques de toute nature, qui est également une œuvre législative commune des Etats du Nord.

5° *Groupe islamique*. — Le droit religieux islamique, sous la forme de la doctrine sunnite, s'applique en Arabie et en Afghanistan et, sous la forme de l'ancienne codification du droit civil turque (Medjellé) aux populations musulmanes de la Bosnie et de l'Herzégowine, de la Palestine, de la Syrie et de l'Irak. Le droit religieux schiite forme la base des dispositions législatives en Perse (1928).

6° Le *droit romain*, dans la forme de ses sources byzantines, est en vigueur comme droit coutumier aujourd'hui en Grèce. En outre, le droit romain moderne, sous la forme où il s'appliquait en Hollande en 1806, subsiste dans les pays de l'Union Sud-africaine.

II. — LE DROIT DE LA VENTE COMME MATIÈRE JURIDIQUE SPÉCIALE

Les travaux d'unification accomplis dans le Code de commerce commun allemand et dans les législations anglo-américaines et scandinaves sont des précédents qui nous montrent clairement la besogne à remplir. Ces précédents prouvent qu'il est possible de régler uniformément le droit de la vente sans unifier les principes généraux du droit des obligations ou l'ensemble du droit des contrats. Ils éclairent le cercle des matières qu'il faut pour cela isoler des parties générales du droit privé et du droit commercial. Le modèle le plus intéressant et encourageant à cet égard est la section sur la vente du Code de commerce commun allemand. Car, à la différence des lois sur la vente anglo-américaines et scandinaves, ce Code n'a pas eu pour s'établir une base antérieure de parenté entre les droits privés des pays auxquels il était destiné à s'appliquer, et il a dû se propager au travers de droits civils

(2) Sur l'œuvre de cette Conférence : cf. la contribution du professeur Rodney L. Mott, dans ce Recueil, sur la *Législation uniforme aux Etats-Unis*. Note du traducteur.

les plus variés. C'est de ce Code que nous partons pour déterminer les matières qui doivent et peuvent rentrer dans une réglementation spéciale de la vente.

Une limitation de ce cercle de matières est imposée par la réserve qu'il convient d'observer vis-à-vis des réglementations nationales concernant les contrats n'ayant pas de portée internationale. Seule cette attitude de réserve peut permettre d'éviter les difficultés auxquelles on se heurterait en touchant à des matières sur lesquelles une unification est irréalisable.

En outre, il faut séparer la réglementation des effets d'obligation de la vente de tout ce qui concerne les droits réels. Les lois en vigueur adoptent une attitude assez différente à ce point de vue. Ce qui nous intéresse ici c'est seulement le transfert de la propriété de la chose sans remise de documents. Il y a trois principaux systèmes :

a) En Allemagne, la vente est un contrat consensuel obligatoire qui n'engendre pour le vendeur que l'obligation de transférer la propriété. Ce transfert s'opère en vertu d'un second contrat « réel ». La validité de ce second contrat ne dépend pas de la validité de la vente. C'est un acte abstrait. Les droits autrichien et hongrois, qui connaissent également cette distinction entre la vente obligatoire et le contrat réel de transfert de propriété, font cependant dépendre la validité du second de la validité du premier. En Suisse il en est de même, en vertu du Code civil (article 974, alinéa 2), en ce qui concerne les immeubles. En ce qui concerne les meubles, la question est discutée.

Les divergences entre les divers systèmes du groupe allemand sont fortement réduites par le fait que les parties sont libres de déterminer par leur contrat, en ce qui concerne les meubles, si l'invalidité de la vente entraînera, ou non, l'invalidité du transfert de propriété.

Le système allemand est aussi suivi dans quelques droits du groupe latin : Hollande, Espagne, Argentine, Brésil, Chili.

b) D'après le Code civil français, la propriété de la chose est transférée par cela seul que l'obligation de livrer a été créée (principe de la vente réelle). C'est le système de nombreux droits latins. Il s'applique notamment en Belgique, Italie, Portugal, Roumanie, Bolivie, Pérou, Vénézuéla, Dominique.

Ce principe de la « vente réelle » s'applique en France même aux immeubles et aux créances. Il est, comme on sait, très notablement limité par le principe : en fait de meubles possession vaut titre, et aussi pour les immeubles par l'exigence de la transcription, et pour les créances par celle de la publicité de la cession pour l'effet à l'égard des tiers.

c) Dans le vieux droit anglais la vente a été, comme partout, à l'origine vente au comptant. Il en est résulté que le transfert de la propriété exigeait aussi le transfert de la possession. Mais, à partir du xv^e siècle, l'acheteur de meubles a acquis immédiatement par la conclusion même du contrat une action en remise de la possession de la chose. Ainsi s'est implantée la conception que, dans la vente, le droit réel se transmet immédiatement par la conclusion du contrat obligatoire. Ce principe que la propriété passe à l'acheteur au moment de la vente (et pour la vente de choses de genre par la spécification) s'applique encore aujourd'hui, mais seulement dans la forme d'une présomption (Sections 18 du *Sale of Goods Act* anglais et 19 de l'*Uniform Sales Act* américain). Car ce qui est devenu décisif pour déterminer le moment du transfert de la propriété est aujourd'hui en principe l'intention

des parties (Sect. 17 de l'Acte anglais et 18 de l'Acte uniforme américain). De là cette particularité terminologique : *sale* est la vente avec transfert de propriété, pendant que le simple accord obligatoire pour vendre et acheter s'appelle *contrat to sell* ou *agreement to sell*.

d) Les lois scandinaves éliminent systématiquement les questions de propriété, ainsi que l'avait fait le vieux Code de commerce commun allemand. Ce procédé était d'autant plus indiqué que ce vieux Code s'est appliqué dans des pays ayant des systèmes de droit réel très différents, parmi lesquels le système français.

Le nouveau droit de la vente peut lui aussi être établi isolément sans toucher aux systèmes juridiques divers de droits réels ⁽³⁾. Bornons-nous à l'étude du droit de la vente en tant que contrat obligatoire. En le considérant uniquement sous cet aspect on pourra remettre à plus tard tout ce qui concerne l'unification des règles applicables au transfert de propriété. On reconnaît d'ailleurs aujourd'hui que la question de savoir qui est à un moment donné propriétaire, quand on la sépare de celle du transfert des risques, n'a pour le commerce qu'une importance secondaire.

La démarcation entre la vente civile et la vente commerciale est très différente dans les divers ordres juridiques nationaux, soit en ce qui concerne le cercle d'application à attribuer aux règles particulières à la vente commerciale, soit quant à la définition des notions d'acte commercial et de commerçant, et enfin quant à l'extension des règles particulières commerciales à la partie contractante qui n'est pas commerçante. Il serait plus que difficile de trouver sur ces divers points des lignes de distinction uniformément acceptées par les divers droits. Mais peu importe. Il n'y a aucune nécessité de déterminer les caractères distinctifs des deux sortes de vente. Car les ventes internationales sont en général conclues entre personnes qui font du commerce leur métier. Il n'y a rien d'excessif à appliquer des principes juridiques faits pour le commerce même aux personnes privées qui, occasionnellement, vendent ou achètent à l'étranger sans se servir de l'intermédiaire d'un marchand. Le droit de la vente n'est plus, depuis longtemps, un droit de classe. D'ailleurs les oppositions de tendances entre le droit civil et le droit commercial iront toujours en s'atténuant, par suite du mouvement qui entraîne le droit civil à se commercialiser, surtout en ce qui concerne le droit de la vente. Que le droit du commerce ait été le pionnier du droit civil, c'est ce que montrent beaucoup d'exemples de l'histoire du droit récente. C'est ainsi par exemple que la théorie du contrat entre absents et celle des risques dans la vente à distance sont passées du Code de commerce commun allemand dans le *Bürgerliche Gesetzbuch*. C'est encore ainsi que nous trouvons dans le Code de commerce italien des dispositions concernant la conclusion du contrat qui, d'après la doctrine dominante, valent aussi pour la loi civile. La difficile recherche de marques distinctives entre la vente civile et la vente commerciale peut donc être évitée.

(3) Sur cette distinction entre les effets d'obligation et les effets de droits réels de la vente, — sa place dans le système des contrats et sa place dans le système des actes translatifs ou générateurs de droits réels, — cf. la contribution donnée à ce Recueil par le doyen John D. Falconbridge, qui suit cette distinction dans l'application aux règles du droit international privé américain, telles qu'elles ont été formulées dans le *Restatement* des règles de conflits de lois rédigé par l'*American Law Institute*. (Note du traducteur.)

III. — UNIFICATION DU DROIT DE LA VENTE INTERNATIONALE

L'Institut International pour l'unification du droit privé a adopté ma proposition de limiter la première tentative d'unification à la vente internationale. Autrement l'éloignement entre les principes qu'on aurait posés et les principes généraux des droits nationaux aurait été beaucoup plus sensible. La résistance contre une suppression complète des droits de la vente nationaux aurait été presque impossible à vaincre dans beaucoup de pays.

La route choisie donnera au contraire aux divers pays l'occasion d'éprouver côte à côte le nouveau et l'ancien droit. Il s'établira une nouvelle pièce de *jus gentium* moderne, qui, dans chaque pays, affrontera le *jus proprium civium* et concourra avec lui pour le prix d'excellence.

Une nouvelle pièce. Car notre projet a déjà suffisamment de prédécesseurs. Le droit international du transport des marchandises par chemins de fer en est le plus important. Les conventions sur les droits d'auteur, sur l'Union postale, sur les câbles sous-marins, sur le droit de l'aviation, etc., etc., ont créé à côté du droit national un droit international. En France, un parallèle est fourni par le droit récemment développé des « paiements internationaux », qui ne peuvent pas être soustraits aux clauses de protection contre la dévalorisation des monnaies.

Il y a une raison intrinsèque pour commencer l'unification par la vente internationale; c'est là qu'elle s'impose de la façon la plus urgente pour faire disparaître le désordre qui résulte, non seulement de la diversité des droits nationaux de la vente, mais aussi de la diversité des règles nationales dites de droit international privé. Ces règles de conflits de lois ont sans doute été unifiées dans les Etats de l'Amérique centrale et du Sud qui se sont appropriés le *Codigo Bustamente*, et il n'est pas défendu d'espérer qu'on parvienne pour l'ensemble du monde à la même unification des règles de conflit de loi en ce qui concerne la vente. C'est seulement sous l'empire d'un droit international privé unitaire qu'on sentira davantage combien il est difficile pour le juge de connaître la jurisprudence et la doctrine étrangères sur beaucoup de points. Et on sentira aussi combien il est peu justifiable que, dans le droit de la vente, les mêmes questions soient conçues sous des angles différents et tranchées de façons différentes. Car des questions qui n'ont rien à faire avec le tempérament particulier de chaque nation sont différemment résolues et, même là où l'on arrive aux mêmes résultats, on y parvient par des voies différentes.

Objections contre l'unification législative tirées de la place tenue dans le commerce mondial par le droit des formulaires. — Il faut tenir compte tout d'abord d'une objection qui pourrait ébranler la base même de notre entreprise. Nous appliquons la méthode du droit comparé en partant des lois et des jurisprudences des principaux pays pour chercher à créer un droit législatif uniforme. Nous devons nous attendre à des objections, aussi bien contre cette méthode que contre le but qu'elle cherche à atteindre, qui seront tirées du même fait. Le commerce mondial a établi un vaste réseau de clauses, de contrats-types et conditions générales des commerces. Il a ainsi bâti un ordre juridique qui lui est propre et qui s'est plus ou moins libéré des droits privés nationaux et du droit international privé. Il peut d'autant plus négliger les règles juridiques nationales que l'arbitrage commercial va s'étendant et juge d'après d'autres standards que les tribunaux ordinaires des divers pays.

Etant donné l'existence de ce droit « autonome » de la vente du commerce, peut-on s'attendre à tirer un avantage de l'unification législative ? N'est-elle pas condamnée à rester lettre morte comme semblent l'être devenues les lois nationales actuellement en vigueur ? Ne risque-t-elle pas de troubler et gêner le commerce dans sa propre œuvre permanente d'unification ? Des voix importantes ont déjà soulevé cette objection. D'autres présentent cette objection sous un autre aspect. Prendre les droits d'Etats comme base d'un nouveau droit mondial est une erreur ; car le droit actuel ne vit pas dans ces lois, mais dans les contrats-types d'où sort un système qui n'est pas bâti juridiquement.

Nous allons essayer de prendre position sur ce problème à la lumière de la documentation qui existe heureusement sur la matière du droit des formulaires (4).

Champ d'application du droit des formulaires. — Les formulaires sont établis soit par des firmes individuelles de vendeurs, d'expéditeurs, de courtiers ou d'acheteurs, soit par des groupements de personnes ayant les mêmes intérêts et surtout par des associations de personnes ayant des intérêts opposés quant à une catégorie déterminée de marchandises, comme le *Verein der Getreidehändler der Hamburger Börse* (1868, Association du commerce de blé), la *Bremer Baumwollbörse* (1782, Commerce du coton), la *Silk Association of America* (1873, soie), la *London Corn Trade Association* (1877, céréales). De nombreuses organisations du même genre se sont développées depuis avec une tendance à embrasser l'ensemble du monde.

Une suite de travaux, parus dans ces dernières années, nous ont ouvert un meilleur jour sur ce domaine du droit qui vivait en dehors du cercle traditionnel d'études des juristes. Tout récemment un juriste allemand, le professeur Grossmann-Doerth, après de nombreuses années de recherches, a commencé la publication d'une exposition d'ensemble fort instructive qu'il convient de signaler particulièrement. D'après lui le commerce des matières premières d'outre-mer se vendant par quantités, comme blé, fourrage, caoutchouc, café et sucre, est complètement gouverné par les formulaires. Pour

(4) Il convient de signaler, parmi les travaux où l'ensemble du sujet est traité par le point de vue économique : BOUFFIER, *Die Klauseln im Kaufvertrag*, Wien, 1929 ; CAPRARA, *Le negoziazioni caratteristiche dei vasti mercati*, Mailand, 1926 ; parmi ceux où il est envisagé par le point de vue juridique : EISSER, *Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag*, Berlin, 1927 ; GROSSMAN, *Weltusancen für den Ueberseekauf*, Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitung, 1925, 81. — Sur les diverses sortes de contrats. LEO, *Die neuen Geschaeftsbedingungen des deutschen Ausfuhrhandels*, Mannheim, 1929 ; MUELLEREISERT, *Allgemeine Lieferungsbedingungen*, Berlin, 1932 ; HEIDLAND, *Die Praxis der Verkaufs- und Einkaufsbedingungen*, Stuttgart, 1929 ; SCHWOB, *Les contrats de la London Corn Trade Association (Vente Caf)*, Paris, 1928 ; ISHIZAKI, *Le droit corporatif international de la vente de soies*, tomes 18, 19 et 20 de la Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon, 1928, Paris, Librairie Générale de Droit ; KRAHE, *Allgemeine Lieferbedingungen für Lieferungen aus Deutschland nach der UdSSR*, Berlin, 1935. — Sur la bibliographie du principal de ces types de vente, vente *Cif* ou *Caf*, et sur les efforts poursuivis pour son unification par l'*International Law Association*, notamment par l'adoption des règles de Varsovie-Oxford, voir l'énumération donnée dans la publication à part de la *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Das Recht des Warenkaufs*, tome I, pp. 37-38. Une solide documentation d'ensemble sur la matière est rassemblée dans les travaux du professeur GROSSMAN-DOERTH, *Das Recht des Ueberseekaufs*, tome I, Mannheim Berlin-Leipzig, 1930 (n° 11 des *Ueberseestudien zum Handels- Schiffahrts- und Versicherungsrecht*) et *Die Rechtsfolgen vertragswidriger Andienung*, Marburg, 1934 (n° 74 der *Arbeiten zum Handels- Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht*).

le commerce des autres matières premières, comme bois, viande, peaux, crins, graisse, thé, le système des formulaires présente des lacunes qui vont constamment se comblant; pour les produits industriels on ne peut pas dire la même chose, quoique l'évolution tende dans la même direction. Les dispositions de ces contrats-types règlent habituellement tous les points que l'expérience a révélés pouvoir soulever des contestations, particulièrement les qualités de la marchandise, lieu et temps du déchargement ou de la livraison, mode de paiement, répartition des frais entre les parties, obligation de décharger, d'assurer, remise des documents, transfert des risques et libération par force majeure, grève, etc., enfin preuve du déchargement et des causes qui l'ont empêché, certificats de qualité et de poids, calcul des délais, etc. Grossmann-Doerth désigne comme « clauses-bases » de la vente maritime les stipulations types qui se retrouvent dans toutes les affaires maritimes sous la forme soit de la vente FOB, soit de la vente CAF, soit du contrat d'arrivée. La clause compromissoire est stéréotypée dans le commerce des matières premières, maritime ou autre, et elle va de soi quand les deux parties appartiennent à une association. On ne peut pas dire, au contraire, qu'elle soit la règle dans le commerce des produits industriels. La clause compromissoire avec le règlement d'arbitrage et le formulaire dans son ensemble sont parfois fort volumineux et atteignent par exemple en Angleterre la dimension de livres.

Influence de la nature de la marchandise sur les formulaires. — En ce qui concerne l'établissement de leurs dispositions, le facteur le plus important est la lutte et l'équilibre des intérêts économiques des producteurs, des exportateurs, des importateurs et des acheteurs, et c'est la nature de la marchandise qui en dicte les directives et les particularités. Un des éléments les plus importants est notamment le degré plus ou moins élevé de caractère spéculatif. C'est pour cette raison par exemple que le commerce des blés comporte des dispositions particulièrement rigoureuses pour les obligations qui le concernent. La nature de la marchandise est notamment déterminante pour l'établissement des délais de délivrance et de prise de livraison — ils sont plus courts quand il s'agit de marchandises périssables ou faciles à voler, — pour les méthodes et délais de reconnaissance — par exemple, d'après la nature de la marchandise, la reconnaissance peut se faire, soit par prélèvements ou par analyse chimique, ou sous réserve des défauts qui ne se révèlent qu'à l'usage — pour l'obligation de l'acheteur d'accepter la marchandise endommagée contre bonification, — c'est ainsi que par exemple dans le commerce des jaunes d'œufs chinois on prescrit une bonification allant jusqu'à 25 pour cent.

Défauts du droit des formulaires. — Si admirable que nous paraisse cette création spontanée du droit commercial « autonome », ses partisans les plus experts sont eux-mêmes impuissants à nier qu'il existe un revers de la médaille ⁽⁵⁾. On va jusqu'à parler d'une anarchie ou d'une vie sans droit ⁽⁶⁾. Non rares sont les formulaires qui sont rédigés mécaniquement, d'une façon obscure, avec trop de lacunes et de contradictions. Certains

(5) SCHWOB, *l. c.*, p. 353. « Il faut bien l'avouer, et le contraire du reste serait fort surprenant, les formules-types ne sont pas parfaites ». Cf. Martin LEO, *Die neuen Geschäftsbedingungen des deutschen Aussenhandels*, 1929, pp. 20, 25 et 26.

(6) GROSSMANN-DOERTH, *Ueberseekauf*, pp. 45 et s.

points douteux apparaissent constamment, comme par exemple relativement à certains frais et taxes, au lieu précis du déchargement, aux sortes de documents délivrables. Les parties ne lisent même pas la longue série des clauses imprimées dans les contrats-types avant de les signer et n'ont qu'une connaissance fort peu claire de la portée de toutes celles de ces dispositions qui n'ont pas de rapport direct avec la marchandise ou ne sont pas universellement connues. On ne peut pas considérer la plupart de ces stipulations-types comme de véritables usages du commerce. Toutefois, il faut reconnaître que le commerce fait des efforts constants pour les purifier et les clarifier et que les associations travaillent constamment à éclairer les points obscurs de leurs formulaires. D'après la mentalité des cercles économiques importants, il ne faut pas penser à une réforme par la législation et les conventions internationales. On y croit que le remède ne peut venir que du travail autonome des organisations commerciales. Toutefois, la Chambre de Commerce Internationale et l'International Law Association ont montré comment, par la centralisation des efforts, on peut obtenir progressivement une clarification universelle du sens et de l'usage de ces clauses; et les questions dont il s'agit sont bien des questions *de droit*.

La façon de se servir des contrats-types. — Bien que les parties n'y aient pas toujours suffisamment réfléchi au moment où elles contractent, elles se servent de ces clauses en les exploitant rigoureusement dès que la partie qui a été déçue dans sa spéculation peut reprocher à son adversaire la moindre violation du contrat pour se libérer par là de l'obligation de prendre livraison. Bien connue est la rigueur avec laquelle on cherche à tirer parti du moindre dépassement dans les délais d'arrivée ⁽⁷⁾. Finalement, les jurisprudences des divers pays ont dû reconnaître cette façon rigoureuse d'agir comme conforme à la conception du commerce. Mais le juriste pense qu'il n'a pas à intervenir, quoique le civiliste s'étonne de rencontrer en plein cercle des affaires juridiques modernes non seulement un *jus strictum* qui toujours reparaît précisément à raison du commerce, mais aussi un « super-formalisme » ⁽⁸⁾.

Pour les produits d'industrie il en est autrement. Ils sont moins sujets à des variations de prix fréquentes et subites. On y rencontre davantage de contrats à contenu individualisé et qui présentent beaucoup moins de doutes juridiques. En revanche, les exportateurs se plaignent de l'arbitraire de leurs clients, notamment de ceux d'outre-mer, qui exploitent la détresse des temps de crise et les craintes des vendeurs de perdre leurs clients. Le résultat en est le même que celui provoqué par l'obscurité de la situation juridique : pour éviter les pertes de temps, les frais et l'issue incertaine des procès — surtout en pays éloigné — le vendeur accepte assez fréquemment une maigre transaction. Mais, nous dira-t-on, quel profit pourra-t-on tirer d'une loi de la vente nouvelle et uniforme ?

Objections tirées de ce chef contre l'unification législative. — On comprend après tout qu'un juriste qui regarde à moitié avec admiration, à moitié avec étonnement, l'ensemble de ce système de droit vivant, tienne une codification internationale du droit de la vente comme complètement inuti-

(7) Voir sur ce point, GROSSMANN-DOERTH, pp. 61 et s.

(8) C'est le terme employé par Grossmann-Doerth dans les pages citées à la note précédente.

le. Il est en tout cas difficile de nier que des sentiments semblables existent dans les milieux commerçants qui ont bâti le droit des clauses et formules sans se préoccuper beaucoup des codes et qui le font appliquer par leurs juridictions arbitrales. Il existe même parfois dans ces milieux une répugnance contre l'immixtion des juristes. Une opposition de ce genre contre l'unification de la vente ressort déjà indirectement de quelques-unes des réponses au point 16 du questionnaire du Gouvernement néerlandais de 1927 sur le droit international privé de la vente, où il était fait allusion à la possibilité d'une unification du droit matériel de la vente. Parmi les juristes, Grossmann-Doerth a traité la question avec le plus de connaissance et de perspicacité; et il arrive à cette conclusion : « Le champ d'application et le profit d'une réglementation internationale ne deviendront jamais très importants » (9).

Ces observations sont de nature à nous prémunir contre des illusions sur la nécessité et l'efficacité de la législation uniforme envisagée. Elles contiennent aussi une réponse indirecte à cet autre reproche contre notre méthode qu'une unification doit se fonder non pas sur les lois, mais sur les formulaires (10). Le travail étendu à cet égard du commerce, de ses organisations et de ses conseillers, s'est différencié suivant les branches et en tenant compte de toutes les situations de fait particulières. En outre, il est en mouvement constant, ce qui a une valeur particulière pour son perfectionnement et son unification au travers du monde, qui se produisent principalement par l'organe du droit corporatif. Aussi les clauses individuelles sont-elles dans la voie d'une unification croissante. Un fort utile travail préparatoire à ce point de vue a été fait par la Chambre de Commerce Internationale dans son enquête au travers des milieux économiques adhérents sur la signification de quelques-unes des clauses de la vente commerciale les plus importantes (Fob, Fas, Caf, Franco, etc.). Les résultats de cette enquête ont été consignés dans la Circulaire 43 « Termes Commerciaux », (2^e éd., Paris, 1928) qui, sans envisager toutes les questions, est fort instructive. En outre, les travaux de l'International Law Association ont été vivement poursuivis depuis la Conférence de Stockholm (1924) en vue d'arriver à l'établissement d'un modèle de formulaire pour la vente Caf. Ils sont parvenus à certain achèvement dans les règles de Varsovie-Oxford de 1932 pour les contrats Caf. Au cours de ces discussions on a souvent fait valoir la supériorité de la construction de ces contrats-types en une forme élastique, — dont les parties puissent se servir conformément à leurs convenances — sur une réglementation uniforme par des conventions internationales entre les Etats. Cela nous fortifie dans l'opinion qu'il serait prudent que la loi s'abstienne de s'immiscer dans ces questions et matières. Si le projet de loi internationale voulait s'incorporer ces stipulations entre commerçants, alors — étant donné que toute loi travaille toujours avec des abstractions et des généralisations — elle obscurcirait et dénaturerait la coloration de cette mosaïque; et

(9) *Uebersee-kauf*, p. 95.

(10) Je dois d'avoir été incité à reprendre l'examen de cette objection au professeur Edouard Lambert. Il est bien connu que ce savant a été le premier à insister sur l'importance capitale du « droit vivant » de la jurisprudence des coutumes et clauses de style, (*La Fonction du Droit civil comparé*, 1903) et qu'il a rendu par là grand service à l'étude du mécanisme de formation de la coutume. Le livre, déjà signalé, (note 4) d'Ishizaki, est sorti de son école.

vraisemblablement personne ne serait satisfait. C'est d'autant plus probable que déjà des objections ont été soulevées contre les règles de la vente Caf établies par l'International Law Association avec une expérience tirée des milieux les plus divers. Ces objections consistent à dire qu'il n'y a pas une vente Caf pure et simple, mais seulement des contrats Caf des diverses branches et types, et qu'il n'existe entre eux qu'un nombre limité de conceptions communes. Si l'on peut considérer comme exagérés les reproches faits à des réglementations subsidiaires et basés sur la variété des besoins des divers commerces, on pourrait en revanche reprocher à beaucoup plus juste titre à une codification du contenu des nombreux formulaires de procéder à une généralisation inadmissible. L'incorporation, dans une loi d'Etat, de dispositions sur ces formulaires, spécialement la définition des clauses usuelles dans le commerce, aurait des inconvénients très graves. Car leur fixation pétrifierait l'état actuel des coutumes commerciales et leur terminologie et arrêterait leur évolution, ou resterait inévitablement en retard sur cette évolution. A plus forte raison en sera-t-il ainsi d'une loi adoptée par divers Etats, étant donné qu'elle ne pourrait pas être facilement changée.

Il est vrai que la loi scandinave de la vente contient et interprète une série de ces clauses. Et on affirme que cela donne de bons résultats. Ce n'est pas, sans doute, inutile, pour marquer les rapports entre les principes adoptés par la loi et la pratique des affaires quant aux clauses-types dont le contenu est déjà bien établi. Mais il ne saurait être question dans une loi internationale de l'incorporation d'ensemble des formulaires. On ne pourrait y faire place qu'à des clauses qui, par leur nature, tendent à devenir d'un usage général, par exemple les principes les plus importants de la vente caf et fob.

Quelque modestes que soient les effets qu'on puisse attendre de la loi internationale envisagée sur certaines parties du commerce, notamment sur le commerce des matières premières d'outre-mer, il serait certainement déplacé de lui dénier toute valeur. Elle peut au contraire rendre des services appréciables aux divers points de vue suivants :

a) *Comblement des lacunes du droit des formulaires.* — Avant tout il faut rappeler les lacunes qui, d'après les constatations des experts, existent dans le filet des formulaires aussi bien en ce qui concerne les objets de la vente, qu'en ce qui concerne les parties intéressées. Pour les choses qui ont un caractère individuel, comme les tableaux ou le bétail vivant, on ne peut pas établir des formulaires contractuels généraux. Et même dans les diverses branches commerciales, où l'on règle d'avance presque toutes les contestations qu'on peut concevoir, il reste cependant, même dans les formulaires les plus attentivement rédigés, des éléments qui n'ont pas été réglés, parce qu'on n'a pas voulu surcharger ces formulaires par l'insertion de clauses relatives à des troubles anormaux à l'exécution du contrat. Plus rares sont les risques de livraison non conforme au contrat, et plus rarement les parties sont préoccupées et sont en mesure de déterminer d'avance leur influence. C'est ainsi que les formulaires de ventes maritimes visent naturellement toujours les risques de mer, tandis que, dans la vente qui doit s'exécuter entièrement sur terre, on s'occupe beaucoup moins de la charge des risques. Les points qui ne sont pas ou sont insuffisamment réglés dans les formulaires sont d'ailleurs des points sans contact intime entre eux; et leur liste serait longue. Il y a d'autre part de nombreuses affaires qui ne

trouvent pas de base dans un formulaire. Même dans le commerce maritime c'est le cas de la plupart de celles qui sont relatives à des produits industriels et, en ce qui concerne la vente terrestre, de la majeure partie des tractations en dehors de celles relatives aux marchandises vendues par quantités ou traitées d'après les conditions des très grosses firmes. Spécialement, une masse importante est formée, à ce point de vue, par les ventes exécutées par envoi de colis postaux. Enfin le système des formulaires est beaucoup moins développé actuellement dans d'autres pays qu'en Allemagne.

b) *Unification du droit impératif insusceptible d'être touché par les formulaires.* — Le contrat-type ne peut pas modifier les règles impératives du droit, et d'ordinaire il s'abstient instinctivement de réglementer les points en relation avec le mécanisme étatique des voies d'exécution et même avec le système étatique des actions, alors même que le juriste serait en état de dégager sur ce point un domaine pour l'autonomie des parties. Dans les travaux préparatoires de l'International Law Association sur les règles du contrat caf, on a fait remarquer qu'il serait fort utile de régler la transmission de la propriété. Dans un contrat-type ce n'est possible que partiellement; et cela encore est discuté. Une entente entre les Etats ne rencontrerait pas les mêmes obstacles, quoique ce ne soit pourtant pas chose simple. Ce qu'elle pourrait directement, c'est réaliser l'unification des principes sur l'arrivée à conclusion des contrats de vente et sur leur forme (ou plus exactement leur absence de forme). Rentre aussi dans le domaine réservé aux lois l'influence de l'erreur et du dol, l'admissibilité des diverses actions et exceptions, et l'exigence d'autorisations ou d'interventions judiciaires ou administratives, la prescription, les délais de protestation et autres, les dispositions sur la faillite, spécialement sur le droit d'arrêt en cours de route et les effets des sûretés du vendeur en cas de faillite.

En fait, des groupes entiers de formulaires s'abstiennent de régler même les conséquences du retard et de l'impossibilité d'exécution et les modes de calcul des dommages-intérêts, quand ces questions ne sont pas complètement écartées par des clauses d'exclusion de responsabilité.

Sans doute l'utilité pratique d'une loi uniforme serait d'autant plus grande qu'elle pourrait toucher un plus grand nombre de points. Mais le travail d'établissement d'une loi sur la vente a aussi ses limites.

c) *Suppression de l'interprétation des formulaires au travers des mentalités différentes des diverses législations nationales.* — Le rapport des formulaires aux lois des divers Etats est sûrement dans l'ensemble caractérisé par ce fait que celui qui utilise, développe ou interprète le formulaire dans un tribunal arbitral se préoccupe fort peu du *Bürgerliche Gesetzbuch* ou du Code civil et à plus forte raison des pièges tendus par les règles de conflits des lois. Aussi la concurrence entre les formulaires contractuels des diverses organisations n'est pas résolue par une sorte de patriotisme à l'égard de la loi de la vente nationale. C'est un autre élément qui l'emporte : la soumission par le formulaire aux institutions arbitrales d'un pays rend le formulaire mal vu dans d'autres pays et contribue à le faire combattre avec succès.

Il serait cependant exagéré de penser que les droits nationaux soient démunis de toute influence. Si les droits vivants du commerce se tiennent à distance des lois nationales, ils ne s'émancipent pas, pour cela, de la mentalité juridique des divers pays. Ni les juristes qui les conseillent, ni

les commerçants qui, en général, ont la connaissance de leur droit national commercial, ne peuvent se libérer de sa façon de penser. Un grand nombre de formulaires trahissent immédiatement leur origine anglaise. D'où un autre rôle qu'a à jouer l'unification législative. Sa tâche principale est d'harmoniser la pensée juridique anglo-américaine avec la pensée continentale. Par là elle créera un sol juridique commun qui rendra plus facile la correction des défauts de nombreux formulaires. Bien plus, les difficultés, si souvent signalées, que rencontre l'interprétation des clauses commerciales dans les tribunaux des divers Etats seront sensiblement amoindries quand les juges pourront partir pour leur interprétation d'une loi unique, spécialement quand cette loi sera une loi moderne qui, ayant conscience de l'existence et de l'importance prédominante des clauses-types des contrats, ne forcera plus leur interprétation à se plier à des articles de lois qui ne leur sont point adaptés.

d) *L'utilité d'une base législative pour le droit des formulaires.* — Tous les commerçants ne sont pas nécessairement hostiles aux juristes et à la législation. C'est ce que prouvent les travaux de l'International Law Association aussi bien que l'arrivée, sous la pression des banques et des marchands, à l'établissement d'un droit uniforme de la lettre de change et du chèque. Ce sont précisément la multiplicité, la diversité et les défauts de ces lois actuelles — dont beaucoup et les plus importantes, présentent trop de lacunes, sont vieilles et inadaptées au commerce international — qui ont poussé le commerce à rompre avec toutes ces lois et à bâtir sa construction juridique propre. Il souffre lui-même beaucoup de l'absence d'une infrastructure législative, car de cette absence découlent beaucoup d'incertitudes.

Une des tâches principales de l'unification du droit est précisément d'établir cette infrastructure législative. La séparation entre le droit de l'Etat et la vie du commerce n'est pas un idéal et ne saurait durer éternellement. Les juristes devraient convaincre les commerçants qu'ils ne songent nullement à toucher à leurs intérêts et à l'autonomie de leurs décisions et qu'ils doivent chercher ensemble une base nécessaire de principes généraux.

En fait, aucun de ceux qui coopèrent au projet actuel ne songe à remplacer les principes simplement dispositifs des Codes actuels par des principes impératifs. L'autonomie des parties dans ce projet sera plutôt moins limitée qu'elle l'est aujourd'hui et les usages du commerce y seront reconnus en général comme éléments du contrat, au moins entre commerçants. Toute autre est la question de savoir si les Etats, pour des raisons d'ordre social, peuvent être amenés à limiter plus ou moins ce qu'on appelle la « liberté des contrats » ⁽¹¹⁾. Elle n'a rien à faire avec un droit international de la vente où les intérêts opposés sont représentés par des organisations suffisamment puissantes. Aussi ne rentre-t-elle pas dans le plan que s'est proposé l'Institut International de Rome. Celui-ci n'a jamais songé à s'attaquer même aux clauses qui excluent la responsabilité ou la limitent à un faible pourcentage du prix de vente.

(11) Cette tendance à la limitation par l'Etat de la liberté des contrats a été défendue récemment par Grossmann-Doerth, qui jusqu'ici avait combattu en première ligne pour le droit autonome du commerce. Voir son discours : *Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht*, Freiburger Universitätsreden, Heft 10, Freiburg, 1933.

e) *Influence à exercer sur l'arbitrage.* — Si dans les dernières décades les tribunaux d'Etats ont été évités par l'économie et si la pratique des tribunaux arbitraux a paru consacrer l'abandon des principes du droit de l'Etat, il faut cependant se garder d'en tirer des conséquences exagérées. Il y a quelque temps, une grande association commerciale a amorcé une tendance en sens inverse : elle a affirmé que, si les tribunaux arbitraux — qui jugent vite et d'après ce qui leur apparaît comme l'équité — sont sans doute aptes à résoudre les questions qui se présentent tous les jours, ils sont moins bien placés que les tribunaux ordinaires — qui jugent lentement et sûrement — pour trancher les litiges difficiles et roulant sur de grosses valeurs. On peut rappeler à cet égard l'institution anglaise de *special case* : en Angleterre — pays qui, plus que tout autre, apprécie le commerçant et partage sa façon de penser — les questions de droit difficiles sont réservées aux tribunaux ordinaires. D'ailleurs de nombreuses clauses compromissaires limitent elles-mêmes leur application à un maximum d'importance de la somme litigieuse.

Que l'arbitrage poursuive ou non sa marche victorieuse, il n'est pas dit que les arbitres conservent la même répugnance, que celle dont ils font preuve en face du désordre législatif actuel, à l'égard d'une loi nouvelle bien ordonnée qui devra se présenter en quelque sorte comme l'opinion mondiale sur la balance équitable à établir entre les intérêts. D'ailleurs ce serait une erreur que de songer toujours aux décisions à rendre dans les procès. Il faut aussi songer aux compromis plus ou moins amiables qui interviennent, tantôt à raison de l'incommodité et de l'incertitude des procès, tantôt par crainte de perdre la clientèle. Quand ces compromis se font entre personnes qui ne vivent pas sous l'empire du même système juridique, il leur manque aussi une source juridique autoritaire commune. Quand elle existera, elle s'imposera d'elle-même.

f) *La valeur d'une loi unitaire malgré la diversité des juridictions nationales.* — Question finale : Est-ce qu'une loi unitaire est sans valeur sans l'établissement d'une unité de juridiction ? On l'a souvent affirmé. L'établissement de Cours mondiales pour les litiges de droit international privé est un des idéaux qui ont été le plus souvent propagés depuis la guerre mondiale jusqu'à la crise mondiale. Même s'il ne peut pas se réaliser prochainement, une loi uniforme sur le fond du droit aurait une action unificatrice extraordinaire. L'expérience montre que les ententes entre Etats, comme par exemple celle sur les transports des marchandises par chemins de fer, ont provoqué progressivement un important rapprochement entre les jurisprudences des divers pays. Un bon jugement trouve rapidement imitation. Une pratique uniforme dans quelques Etats avancés possède une force d'attraction presque irrésistible et forme, dans le reste du monde, un obstacle presque invincible aux interprétations arbitraires et dénaturant la loi. La loi commune est une protection, qui n'est pas sans lacunes, mais qui tout de même est fort appréciable, pour les intérêts qu'une des parties au contrat a dans le pays de l'autre et est, dès lors, de nature à tranquilliser les commerçants et à faciliter la conclusion des affaires.

CONCLUSION

Il est de la plus grande importance de se rendre un compte aussi exact que possible du vaste domaine qu'occupent actuellement les formulaires et

les contrats-types : domaine qui est vraisemblablement appelé à s'étendre encore. Mais une loi mondiale ne serait ni forcée, ni en mesure de s'incorporer cette réglementation détaillée et adaptée aux besoins particuliers de chaque article de commerce. Il serait vain de chercher à exercer une influence directe sur son développement par une loi unitaire.

Mais la valeur de notre entreprise n'est pas pour cela détruite. Si elle peut être conduite au succès en plein accord avec les cercles commerciaux, alors elle ne comblera pas seulement un certain nombre de lacunes, mais elle exercera aussi une influence sur les esprits. Il va de soi que sa force de pénétration sera d'autant plus grande qu'elle comprendra un plus grand nombre de matières soustraites au bon plaisir des parties.

On aurait tort d'être trop sceptique sur l'utilité pratique immédiate de l'unification du droit de la vente. Elle peut être moins nécessaire que d'autres unifications qui sont déjà réalisées ou même d'autres qui ne sont pas encore amorcées. Mais le premier effort, fait sur des points favorables, pour unifier les conceptions relatives aux principes généraux du droit des obligations — cœur du droit du commerce —, porte en lui-même sa valeur et sa signification d'avenir.

**UNE PROPOSITION POUR L'UNIFICATION
DE LA CONCEPTION DU DROIT,
ILLUSTREE PAR LE DROIT DE LA VENTE**

Par RUDOLF MUELLER-ERZBACH

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

Traduit par Paul ROUBIER

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

et H. MANKIEWICZ

Secrétaire général de l'Institut de Droit Comparé de Lyon

Il est inutile de parler ici de l'utilité du droit comparé. Or, son utilité peut être accrue, si on observe les formations juridiques d'un point de vue partout uniforme. Au surplus, plus on sait découvrir de rapports entre la vie et le droit, plus le droit comparé sera fécond en résultats.

L'expérience a montré à l'auteur de ces lignes que deux points de vue sont d'une grande valeur dans ces deux sens. Il demande donc la permission d'y attirer l'attention dans le cadre restreint de cette étude. Ces deux points de vue sont parfois faciles à concevoir. Dans des cas de ce genre, on en a déjà tenu compte dans une mesure plus ou moins large. Mais parfois leur utilité est moins apparente. Or, on ne peut en tirer un profit sérieux que lorsqu'on les emploie d'une façon systématique. En effet, un des avantages principaux de la pensée scientifique, c'est précisément de faire une application consciente et ordonnée de ce qu'on n'a utilisé jusque là qu'inconsciemment ou par un simple hasard.

L'un de ces deux points de vue dérive de cette vérité reconnue que le droit entend partout servir les besoins des hommes. On entend ici par « besoins », non seulement les intérêts pécuniaires du particulier et de la collectivité, mais aussi les intérêts intellectuels et moraux, dans la mesure où ils sont dignes de protection juridique et aptes à être encouragés par le droit. Mais, bien que depuis longtemps on ait reconnu que le droit est né des besoins de l'homme, la recherche juridique n'a su se servir de cette idée que dans une mesure relativement restreinte. En effet, elle n'a pas été suffisamment mise au service de la tâche quotidienne qui consiste dans la définition de la portée d'une disposition légale ou d'une déclaration de volonté. Si le juge se sert systématiquement de ce point de vue que nous

appellerons le *point de vue des intérêts juridiques*, ou le *point de vue de la situation des intérêts*, il n'obtiendra pas seulement un degré plus élevé de sécurité juridique, mais ses décisions se rapprocheront aussi davantage de la vie.

De plus, la satisfaction des besoins dans la vie juridique n'est possible qu'en tenant compte de la puissance de l'homme. Dès lors, si le droit entend créer des devoirs ou des responsabilités pour un particulier, il aura à tenir compte du pouvoir de connaissance, de rayonnement ou de rendement, bref, du pouvoir de domination de ce particulier. En conséquence, ce qui importe pour l'interprétation de nombreuses dispositions de lois, c'est de savoir quel pouvoir de domination elles ont manifestement présupposé. De même, l'interprétation d'une déclaration de volonté devra rechercher de quelle situation de puissance elle est manifestement issue. Ainsi, l'interprétation ne saurait renoncer à ce deuxième point de vue, que nous désignerons brièvement comme celui de la *situation de puissance*.

Les deux points de vue — celui de la situation des intérêts et celui de la situation de puissance ⁽¹⁾ — ne s'opposent pas l'un à l'autre. Ils doivent plutôt se compléter réciproquement. C'est ce qui résulte aussi de la législation. C'est ainsi, par exemple, que la réglementation du Code civil allemand sur le droit de la vente — dont nous nous servirons dans cette étude pour illustrer notre pensée — prend, dans le paragraphe 511, comme point de départ une certaine situation des *intérêts*, tandis que la disposition du paragraphe 512 qui lui fait suite se fonde sans aucun doute sur une certaine situation de *puissance*. Certes les points de vue dits de la situation des intérêts et de la situation de puissance ne sont pas des formules magiques qui ouvrent toutes les portes, et pas davantage ils n'entendent être seuls décisifs. Mais la recherche juridique doit se saisir avec plaisir de tout outil susceptible de lui permettre de pénétrer plus profondément le rapport entre la vie et le droit.

Ce rapport a été dégagé notamment pour le *droit de la vente* ⁽²⁾. Ce droit nous a été rendu encore plus familier par les recherches comparatives ⁽³⁾. L'exposé qui suivra, pour se fonder sur un terrain solide, se rapportera donc toujours au droit de la vente. Mais le peu de place dont nous disposons ne nous permet de nous référer qu'au droit allemand.

Ce qui est caractéristique de la vente au point de vue des intérêts juridiques, c'est l'*opposition des intérêts* entre le vendeur et l'acheteur. Chacun des contractants cherche à obtenir une contre-valeur aussi élevée que possible. Bien que cette tendance passe parfois au second plan — c'est ainsi

(1) Pour les détails cf. la petite brochure de l'auteur de ces lignes, intitulée *Lassen sich das Recht und das Rechtsleben tiefer und sicherer erfassen?*, 1934.

(2) Cf. notamment le travail issu de l'*Institut de Droit Comparé de Lyon*, dirigé par le Professeur Lambert, de Masaichiro Ishizaki, *Le droit corporatif international de la vente des soies*, tomes 18 à 20 de la *Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon*, Paris 1928, ainsi que Julius Hirsch, *Der moderne Handel*, etc., dans *Grundriss der Sozialökonomik*, tome V, 2^e partie, 1925, Hans Grossmann-Doerth, *Das Recht des Ueberseekaufs*, tome I, 1930 fascicule 11 des *Ueberseestudien* éditées par Wuestendorfer et Bruch, et du même auteur, *Die Rechtsfolgen vertragswidriger Andienung*, 1934, n° 74 des *Arbeiten zum Handels- Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht*, édités par E. Heymann, ainsi que les références y indiquées.

(3) Nous renvoyons surtout au livre d'Ernst Rabel, *Das Recht des Warenkaufs*, tome I, 1936, et à la littérature indiquée dans cet ouvrage.

que le propriétaire d'un grand magasin attache plus d'importance à la rapidité des échanges qu'à la réalisation d'un prix de vente élevé —, l'opposition des intérêts ne disparaît jamais complètement. Par conséquent, quand on se trouve en présence d'actes juridiques d'apparence similaires ou identiques, l'existence ou l'absence de l'opposition des intérêts est un indice permettant de décider s'il s'agit ou non d'un contrat de vente. L'absence de cette opposition des intérêts montre que, par exemple, le rapport juridique de livraison d'un syndicat à ses membres, résultant de l'adhésion de ces derniers, n'est pas un contrat de vente, bien qu'il s'agisse ici encore de la livraison de marchandises et du paiement d'un prix d'achat ; car, dans ce cas, le but commun, qui est la domination du marché par le syndicat, engendre une situation d'intérêts distincte de celle du contrat de vente, à savoir l'unité des intérêts des personnes syndiquées.

C'est encore pourquoi le Code civil allemand, quand il réglemente le droit d'option (*Vorkaufsrecht*), déclare dans son paragraphe 511 que ce qu'on appelle « la vente à l'enfant » (*Kindskauf*) ne constitue pas un contrat de vente au sens du paragraphe 504. Car, la prétendue « vente à l'enfant » — dont l'objet est de faire parvenir un bien à un proche « en raison de son droit futur d'héritier » — ne constitue pas en vérité un contrat de vente, alors même que les intéressés l'appellent ainsi. En effet, l'opposition des intérêts caractéristiques de la vente n'existe pas dans pareil cas.

Dans la mesure où ils ont des intérêts opposés, ni le vendeur, ni l'acheteur ne peut s'attendre à ce que son partenaire tienne compte des intérêts de son cocontractant. En particulier, aucune des parties au contrat ne peut escompter que l'autre lui donne des renseignements sur la situation du marché, afin de le mettre en état de demander un prix plus intéressant. Cependant le *Reichsgericht* estime depuis quelque temps (Collection officielle des arrêts du *Reichsgericht* en matière de droit civil (RGZ), tome CXX, p. 251) que de simples négociations préliminaires peuvent engendrer « un rapport de confiance similaire à un contrat », alors surtout que les parties intéressées sont depuis longtemps en relation commerciale (loc. cit. (RGZ), tome CXLIII, p. 223). La Cour Suprême en déduit un « devoir de révélation » (*Offenbarungspflicht*) à la charge de chacun des contractants. Mais ce devoir de révélation ne peut pas exister dans le cas où l'on se trouve — comme dans la vente — en présence d'intérêts opposés. Et en effet, jugeant le cas de l'achat d'une valeur spéculative, le *Reichsgericht* a, lui aussi, reconnu que le vendeur et l'acheteur ne sont pas tenus de se donner réciproquement des éclaircissements sur la situation du marché, étant donné précisément « l'opposition de leurs intérêts » respectifs (loc. cit. (RGZ), tome CXI, p. 234 et s.).

Quand il s'agit de la vente d'une chose, la *possession* de la chose est également la cause d'une opposition des intérêts au moment de l'exécution du contrat. L'acheteur veut avoir la possession de la chose, tandis que le vendeur désire la garder jusqu'au moment du paiement du prix de vente. Dans son paragraphe 320, le Code civil allemand prend le parti du vendeur. La situation des intérêts relatifs à la possession et, partant, à la propriété — et notamment l'appréciation de ces intérêts *par la loi* qui est la seule décisive — est différente dans le cas de la vente, et dans le cas où le commissionnaire a acheté la marchandise pour le compte et dans l'intérêt de

son commettant. Mais nous ne pouvons pas développer davantage ce problème.

L'examen détaillé de la structure du droit de la vente prouve que *la donnée de la situation des intérêts* est toujours décisive. Par exemple : quand l'intérêt, qu'il attache à telle qualité de la chose, est mis en avant par l'acheteur de manière que le vendeur ne puisse pas légitimement le négliger, cela décide des *qualités* que doit avoir la chose vendue, pour être reconnue par le droit. Il n'est pas nécessaire alors que ces qualités aient été l'objet de garanties contractuelles.

A ce propos, le Code civil allemand établit dans son paragraphe 459, al. 1^{er} et 2, une distinction très nette et vivante. Dans l'alinéa 2 de ce paragraphe il parle des qualités « *garanties* », c'est-à-dire de celles au sujet desquelles le vendeur a fait une déclaration expresse. Ainsi qu'il résulte du paragraphe 460, phrase 2, du Code, l'acheteur peut considérer ces qualités comme existantes sans être obligé de procéder à un examen de la chose. Quand ces qualités font défaut, le vendeur doit réparation dans les conditions prévues par le paragraphe 463. Mais tout autre est la situation juridique établie par le Code civil allemand pour le cas où ce n'est que « l'usage (de la chose) *supposé* par le contrat » qui exige l'existence de certaines qualités de la marchandise vendue. Ce sont là des qualités sur lesquelles l'acheteur compte visiblement, par cela même qu'il manifeste d'une manière frappante — par exemple en accordant un prix particulièrement élevé — l'intérêt qu'il poursuit par l'achat de la chose. Les conséquences attachées par le Code civil à l'absence de ces qualités sont moins graves que lorsqu'il s'agit de qualités garanties par le vendeur. L'acheteur n'a alors qu'un droit de résolution ou de réduction. Ce n'est qu'au cas d'une vente de genres (*Gattungskauf*) que l'acheteur peut exiger la livraison d'une marchandise présentant les qualités escomptées. Or, le *Reichsgericht* néglige cette différence de traitement des deux cas. Il n'attache d'importance au but poursuivi par l'acheteur qu'au cas où ce but est entré dans le contrat par voie de stipulation (cf. notamment la décision publiée, loc. cit. (RGZ), tome LXX, p. 86). Il ne prend pas en considération le fait que le vendeur n'a que très rarement un intérêt à lier l'acheteur à sa déclaration sur l'affectation de la chose par une stipulation ayant force obligatoire. La décision du *Reichsgericht* publiée loc. cit. (RGZ), tome CXXXI, p. 352, tient plus judicieusement compte de la situation des intérêts. Elle exige seulement que l'affectation envisagée de la chose « soit devenue la base du contrat de part et d'autre ». Mais quand on recherche comment cette affectation peut devenir « la base du contrat », on constate qu'elle ne le peut que par cela même que l'acheteur fait nettement état du but qu'il poursuit par l'achat — et c'est précisément ce que le *Reichsgericht* ne veut pas admettre. Il est en effet assez rare qu'on passe à ce sujet des stipulations expresses. D'autre part, le vendeur ne peut pas ne pas tenir compte de cet intérêt de l'acheteur. En conséquence, la décision précitée du *Reichsgericht* (tome CXXXI, p. 352) revient en dernière analyse à l'interprétation de l'intérêt que le créancier, ici l'acheteur, a visiblement poursuivi, par la conclusion du contrat (4).

(4) Sur les détails de cette interprétation cf. notre ouvrage cité dans la note 1, chapitre 4, p. 74 et ss.

Le *Sale of Goods Act*, 1893, anglais a le mérite d'avoir dégagé plus nettement, dans sa section 14, I, la situation des intérêts et de puissance, qui justifie de considérer l'affectation nettement déclarée par l'acheteur comme décisive en droit. Il dit : « Where the buyer, expressly or by implication, makes know to the seller the particular purpose for which the goods are required, so as to show that the buyer relies on the seller's skill or judgement, and the goods are of a description, which it is in the course of the seller's business to supply... there is an implied condition that the goods shall be reasonably fit for such purpose... ». (En termes presque identiques l'*Uniform Sales Act* des Etats-Unis, sect. 15, I.).

En l'absence de stipulations expresses, c'est de l'intérêt que l'acheteur attache visiblement à la *livraison à la date fixée* que découle la réponse à la question de savoir si cet intérêt est un élément tellement essentiel du contrat que la vente acquière le caractère de vente à terme fixe. Il faut répondre par l'affirmative, notamment dans les cas où — comme l'a dit le *Reichsgericht* (loc. cit. (RGZ), tome CI, p. 363) — « l'expérience a montré que le prix de la marchandise subit des variations considérables ». La même conception a conduit le Code des obligations suisse à établir, dans son paragraphe 190, la présomption que la fixation, dans les rapports commerciaux, d'une date déterminée de livraison transforme la vente en une vente à date fixe ⁽⁵⁾.

Les intérêts qui prédominent lors de la conclusion du *contrat obligatoire de vente* ne sont pas les mêmes que ceux poursuivis lors de la conclusion du *contrat réel de transfert de propriété*. La jurisprudence, plus près de la vie, s'en est bien aperçue ⁽⁶⁾. Elle a reconnu qu'au cas où il s'agit d'un contrat de vente dont l'exécution ne doit avoir lieu que dans l'avenir, chacune des parties attache un intérêt, protégé par le droit, à la personne, et plus particulièrement à la solvabilité, de son partenaire, appelé à devenir son débiteur. Mais cet intérêt fait défaut, quand il s'agit du contrat de transfert de propriété, puisque le contrat n'engendre pas d'obligations pour l'avenir. Aussi importe-t-il peu au vendeur de savoir qui devient propriétaire de la chose par lui transmise. L'intérêt contractuel du vendeur n'exige donc pas de recherches dans cette direction. Cela est d'importance dans le cas où l'acheteur a acquis la chose en qualité de commissionnaire ou de représentant indirect. Alors la réponse à la question de savoir qui est devenu le possesseur et le propriétaire de la chose découle uniquement du rapport entre le commissionnaire et son commettant ⁽⁷⁾.

Les intérêts poursuivis par chacune des parties au contrat de vente peuvent être autres que ceux présumés par la loi. Celle-ci, en effet, ne vise que le *cas-type*. C'est ainsi que celui qui vend une maison pour être démolie a généralement au transport et à l'enlèvement des matériaux vendus, un intérêt tel que — contrairement à la réglementation prévue par le Code à raison de la situation des intérêts par lui présumée — le droit du vendeur d'exiger l'évacuation desdits matériaux devient une créance *principale*. En

(5) Dans le même sens le droit anglo-américain, cf. Rabel, *loc. cit.*, p. 272 et p. 392.

(6) Cf. aussi les décisions du *Reichsgericht* publiées dans la collection officielle de ses arrêts en matière de droit civil (RGZ), tome XI, p. 128; tome XXX, p. 142; tome LVI, p. 52; tome IC, p. 209 et ss.; tome C, p. 192; etc.

(7) Dans le même sens déjà la Cour d'appel de Celle, *Seufferts Archiv*, tome 49, n° 235, et *Reichsgericht*, *loc. cit.* (RGZ), tome C, p. 191 et ss.

revanche, il se peut aussi que le vendeur n'attache aucun intérêt à l'obligation de l'acheteur de retirer la chose vendue. L'intérêt personnel de l'acheteur peut même s'opposer manifestement à la naissance de l'obligation. Tel est, par exemple, le cas du client d'un restaurant. Il est nettement visible que le client ne veut prendre, parmi les plats commandés, que ceux qui lui conviennent. Cet intérêt écarte son obligation de prendre ce qu'il a acheté. Nous ne pouvons pas insister davantage sur cette situation particulière d'intérêts.

Les particularités des diverses *situations de puissance* exercent, elles aussi, de l'influence sur le contenu du droit de la vente. C'est ainsi que la grandeur des patrimoines des parties contractantes n'est pas sans influence sur les conditions du marché et qu'elle peut avoir une importance décisive pour l'accord des intérêts. En s'inspirant de considérations de ce genre, le Code civil allemand prévoit, dans son paragraphe 512, qu'une vente après saisie n'est pas une vente où un tiers puisse exercer son droit d'option (*Vorkaufsrecht*) ; car, étant donné que le vendeur n'a pas été en mesure de défendre ses intérêts, il ne s'agit pas d'une vente au sens du paragraphe 504 du Code.

De cette situation de puissance particulière à la vente après saisie, la législation allemande tire encore la conséquence, que le vendeur, au cas de saisie, n'est pas responsable des qualités des choses vendues (cf. paragraphe 464 du Code civil, paragraphe 56 de la loi sur la saisie immobilière, paragraphe 806 du Code de procédure civile). Ce qui est de la plus grande importance pratique, c'est que dans ces cas le vendeur ne répond pas des défauts de la chose (cf. la disposition expresse du paragraphe 461 du Code civil). Car, se trouvant sous l'influence d'une contrainte, le vendeur n'est pas en état de faire le nécessaire pour que ce soit une marchandise sans défaut qui soit vendue. Il en est de même de la vente d'hérédité (*Erbschafts-kauf*), conformément au paragraphe 2376 du Code civil. Dans ce cas, c'est un fait sur lequel le vendeur est sans influence, le fait d'appartenir à la succession, qui détermine ce qui est compris dans la vente.

Mais, en ce qui concerne la situation-type de puissance — situation qui fera l'objet exclusif de notre exposé —, la loi peut légitimement présumer que le *vendeur* est capable de s'assurer du fait que la chose vendue correspond effectivement et juridiquement aux qualités escomptées par l'acheteur. Sinon, le vendeur peut s'abstenir de vendre la chose, ou restreindre sa responsabilité contractuelle, par la clause « tel quel ».

C'est pour cette raison que le droit français et de nombreux droits sud-américains établissent la présomption que le vendeur, quand il est un fabricant ou un commerçant, est censé connaître les défauts de sa marchandise⁽⁸⁾. L'article 1602, al. 2 du Code civil français fait un pas de plus. S'inspirant de D. 18, 1, 21 et de D. 2, 14, 39, il dispose que « tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur ». Le législateur français a visiblement pensé que le vendeur est à même de dicter unilatéralement les conditions du marché ; ainsi que le dit le vieux problème « Qui vend le pot, dit le mot ». Or, comme aujourd'hui, cette situation de puissance ne peut plus être considérée comme la situation-type, la disposition de l'ar-

(8) Cf. l'article *Kaufvertrag* dans *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, édité par Schlegelberger, tome 4, 1933, p. 763.

ticle 1602, al. 2, ne s'applique que dans le cas où la règle d'interprétation générale de l'article 1162 échoue (cf. *Die Zivilgesetze der Gegenwart*, tome I, *Frankreich*, Code civil (1932), note sous l'article 1602, p. 545 et s., et Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 12^e éd., 1926, n° 1357).

Le Code civil allemand s'inspire dans les paragraphes 459 et ss. de l'idée que le vendeur est capable de connaître les qualités de la chose vendue qui sont importantes pour le contrat. C'est en effet ce qui résulte, par exemple, du fait que la responsabilité du vendeur pour les défauts de la chose n'est pas subordonnée à une faute de sa part. C'est là une dérogation au principe, constamment suivi, par le Code civil allemand, de la responsabilité fondée sur la faute.

Mais les dispositions des paragraphes 459 et ss. du Code civil allemand sont aussi adaptées à la situation-type de puissance du côté de l'acheteur. Le Code civil allemand ne partage pas le point de vue de l'ancien droit allemand qui estimait que l'acheteur était à même de se rendre compte des qualités de la marchandise inspectée et achetée. En effet, l'augmentation de l'importance des ventes de choses *in genere* et les exigences élevées au point de vue de la qualité pour de nombreuses marchandises, la difficulté de se rendre compte du rendement d'une machine, etc., commandaient une modification de ce point de vue.

En ce qui concerne les *défauts de droit*, le Code civil allemand part manifestement de l'idée que l'acheteur est régulièrement incapable de se faire une image juste des conditions juridiques de la chose qu'il désire, puisque ces conditions résultent de l'histoire antérieure de la chose, et que cette histoire n'est pas publique. Dès lors, l'acheteur a droit à une protection renforcée.

En conséquence, le paragraphe 444 du Code civil allemand oblige le vendeur à renseigner l'acheteur sur « les conditions juridiques » de l'objet de la vente, le paragraphe 437 crée à la charge du vendeur un devoir de garantir l'existence du droit vendu au-delà des limites générales prévues par le paragraphe 306. Le fait que le délai de prescription est de 30 ans pour les défauts juridiques, et de six semaines à un an pour les défauts matériels, est dans la même ligne de raisonnement.

Il résulte de ce qui précède que le Code civil allemand a tenu compte des différentes situations de puissance du côté de l'acheteur, en ce qui concerne sa capacité de connaître, d'une part les défauts matériels, d'autre part les défauts juridiques de la chose.

Mais il y a des défauts juridiques dont l'acheteur peut se rendre compte, non moins facilement que des défauts matériels. Tel est notamment le cas des règlements de police relatifs au droit de bâtir, ainsi que des autres restrictions de ce droit qui relèvent du droit public. L'acheteur peut facilement se renseigner à leur sujet. Par conséquent, sa situation de puissance est la même qu'à l'égard des défauts matériels. Aussi, le *Reichsgericht* s'est-il décidé (loc. cit. (RGZ), tome CXXXI, p. 348 et les jugements indiqués à cet endroit) à traiter lesdits défauts juridiques sur le même pied que les défauts matériels, et il a abandonné sa jurisprudence d'autrefois (loc. cit. (RGZ), tome LII, p. 43, et *Gruchot*, tome 47, p. 833). Toutefois, le *Reichsgericht* n'a pas pu donner de motifs à ce changement d'opinion. Il se réfère à son moyen habituel, qui est l'usage du commerce (cf. loc. cit. (RGZ), tome CXXXI, p. 349 ; tome LII, p. 2 ; tome LIX, p. 243 ; tome LXI,

p. 86). Ce qui prouve de nouveau que le point de vue de la situation de puissance n'a pas encore trouvé la considération qu'il mérite. HECK, *Grundriss des Schuldrechts* (1929), § 87, 6, b, est seul à faire remarquer que l'égale possibilité de les connaître justifie un égal traitement des défauts juridiques et matériels, bien que ce même auteur, dans un article publié dans l'*Archiv für die zivilistische Praxis*, tome 140 (1935), p. 257 et ss., se refuse à reconnaître à la situation de puissance toute importance de principe.

Le Code civil allemand tient compte de la situation de puissance du côté du *vendeur* en l'exemptant de l'obligation de faire disparaître les défauts quand il s'agit d'une vente au détail (*Stückauf*) — réglementation qui d'ailleurs diffère des droits français et autrichien ⁽⁹⁾. Car, dans ce cas encore, il convient d'assimiler le pouvoir *économique* au pouvoir de domination effective et technique. Il en résulte qu'il n'est pas au pouvoir du vendeur de faire disparaître le défaut. Par conséquent, l'acheteur ne peut pas faire état de l'exception non adimpleti contracti pour exercer sur le vendeur une pression en vue d'obtenir une chose sans défaut. Tout autre est le cas de la *vente de choses in genere*. Dans ce cas, le vendeur est obligé en vertu du paragraphe 480 du Code civil allemand de fournir une chose sans défaut. A juste titre ! Car il est en état de le faire.

Quand, comme il arrive souvent, le vendeur se charge d'expédier la marchandise chez l'acheteur, domicilié dans une autre localité, alors la question se pose de savoir dans quelle mesure le pouvoir de domination, c'est-à-dire la situation de puissance, exerce de l'influence sur le risque du transport. En dépit des progrès de la technique, ce problème garde une importance particulière pour le transport maritime.

C'est évidemment l'affaire du vendeur d'emballer la marchandise comme il faut ; et, par là, il domine une source non négligeable de risques. Quand on peut se servir de plusieurs transporteurs — ce qui n'est pas possible pour le transport par chemin de fer en Allemagne — le vendeur doit choisir le transporteur le plus qualifié, et passer avec lui le contrat de transport. Or, les conditions posées par le transporteur sont régulièrement soustraites à toute influence du vendeur. En particulier, le contenu du connaissement s'est figé dans des formulaires, et est à l'abri de toute intervention du client.

Quand la domination du risque doit décider à qui en incombe la charge, il faut dire que c'est le vendeur qui doit en répondre ; en dépit du peu d'influence que celui-ci peut exercer sur le transport, c'est en effet toujours encore la solution la plus équitable, alors surtout que le destinataire n'a absolument aucune influence sur l'expédition de la marchandise.

En effet, dans le transport maritime, où notre question a le plus d'importance, le « contrat d'arrivée » (*Ankunftsvertrag* ; Grossmann-Dœrth, *Ueberseekauf*, p. 365 et ss.) ou — en termes de langue juridique française — le contrat de vente par navire désigné ⁽¹⁰⁾ met le risque du transport à la charge du vendeur, et c'est la règle qui prédominait jusqu'au début du XIX^e siècle. Depuis le milieu du XIX^e siècle, les contrats cif ou caf ont amené la victoire de la stipulation inverse qui charge l'acheteur du risque du transport.

(9) Cf. l'article cité dans la note précédente, p. 764.

(10) Cf. aussi le Code de commerce italien, articles 62 et ss.

Cette modification est due dans une partie notable au rôle croissant joué par les assurances. Le développement des assurances a eu pour conséquence que la question de la répartition de la charge du risque entre les parties a perdu de son importance. C'est ce que prouvent les usages du commerce des blés et du fourrage. Les biens qui sont l'objet de ce commerce sont assurés pendant leur voyage maritime, non pas contre les dommages partiels, mais uniquement contre la perte totale. Dès lors, le formulaire-caf en usage dans ce commerce met le risque du dommage partiel à la charge du vendeur ⁽¹¹⁾.

Mais c'est surtout le désir de liquider la vente aussi vite que possible qui a provoqué la mise à la charge de l'acheteur du risque du transport. (Nous reviendrons ci-dessous sur cette question).

Le paragraphe 447 du Code civil allemand fait, lui aussi, supporter par l'acheteur le risque du transport. Mais cette disposition s'inspire uniquement de la situation des intérêts, tandis que la disposition du paragraphe 446 qui la précède tient compte de la tradition, c'est-à-dire de la soumission de la chose à la maîtrise de l'acheteur, donc de la situation de puissance.

La disposition du paragraphe 447 du Code civil allemand repose sur l'idée que le vendeur s'exécute à son domicile personnel, ou commercial. Quand il se charge néanmoins de l'envoi, il agit dans le seul intérêt de l'acheteur, de sorte que celui-ci doit supporter le risque du transport. Par conséquent, l'opinion dominante estime que l'acheteur a la charge du risque du transport, alors même que le vendeur fait transporter la marchandise sur son propre camion et par son propre personnel — ce qui se fait aujourd'hui assez souvent ⁽¹²⁾. Mais le *Reichsgericht*, dans sa décision publiée loc. cit. (RGZ) tome CXV, p. 162 et ss., se voit obligé de faire une concession à la situation de puissance. Il déclare que le vendeur est responsable des instructions données par lui *dans son propre intérêt* et que le transporteur chargé par lui n'est qu'un de ses préposés (*Erfüllungsgehilfe*). Ainsi il enlève pratiquement à l'acheteur la charge du risque du transport dans le cas où le vendeur exécute le transport avec ses propres moyens. Car, quelles sont parmi les instructions données par le vendeur à son personnel, celles qui ne seraient pas des instructions « données en son propre intérêt » ?

Quand le vendeur doit des choses *in genere*, le risque ne peut passer à l'acheteur avant que le vendeur n'ait perdu son influence sur le choix de la chose à livrer. Sinon, l'acheteur serait à la merci du vendeur, et risquerait que celui-ci ne lui désigne la marchandise endommagée ou perdue au transport comme celle qui lui a été destinée, afin de mettre la perte à la charge de l'acheteur. Nous ne pouvons pas insister sur les détails.

Quand la chose a passé aux mains de l'acheteur, le vendeur généralement n'est plus en état de connaître l'état de la chose remise. La loi

(11) Pour les détails cf. Grossmann-Doerth, *Ueberseekauf*, § 56, 321 et ss.

(12) Cf. aussi la conception purement extérieure du *Reichsgericht* dans sa décision publiée loc. cit. (RGZ), tome LXXXVI, p. 259. Opinion contraire : Saeger dans *Leipziger Zeitschrift*, tome I, p. 418; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, tome III, § 192, IV 3; Staudinger-Kober, *Erläuterungsbuch zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9^e éd., note 4 a sous le paragraphe 477; *Kommentar der Reichsgerichtsräte*, 8^e éd., note 2 b sous le paragraphe 477; *Collection des arrêts des Cours d'appel* (OLG), tome 20, p. 174; *Recht*, 1919, n° 906. Cf. aussi Krueckmann, *Zur Reform des Kaufrechts*, p. 16 et ss., p. 41 et ss.

tient compte de ce changement de la situation de puissance, en établissant à la charge de l'acheteur commerçant l'obligation de visiter immédiatement la chose et d'aviser le vendeur des défauts découverts (cf. les paragraphes 377 et 378 du Code de commerce allemand), et en créant au surplus une prescription à court terme pour les droits résultant des défauts de la marchandise (paragraphes 477, 490, 481 et s. du Code civil allemand). C'est pourquoi il faut s'inspirer de la notion de situation de puissance ou de domination, pour pouvoir décider ce que les paragraphes 377 et s. du Code de commerce et les paragraphes 477 etc. du Code civil allemand, entendent par « remise » (*Ablieferung*) de la chose. Ni le constitut possessoire, ni aucun autre substitut de la tradition ne peut être considéré comme remise au sens desdites dispositions.

Quand la marchandise a passé dans le domaine soumis à la puissance de l'acheteur, ce changement dans la situation de domination conduit le législateur à imposer à l'acheteur commerçant une obligation à des soins particuliers, au cas où il élève des réclamations (cf. pour le détail le paragraphe 379 du Code de commerce allemand). Cette obligation de soins est subordonnée à la condition que le vendeur ne soit pas en état de reprendre la marchandise critiquée. Qu'il s'inspire effectivement de cette situation de puissance, le Code de commerce allemand le rend sensible, du fait même qu'il ne charge l'acheteur que de la garde « provisoire » de la chose. Ce simple mot « provisoire » suffit pour éclaircir la question ⁽¹³⁾.

Le point de vue de la situation de puissance doit également être utilisé pour l'interprétation des *déclarations de volonté*. Nous trouvons à ce propos un exemple relatif à la vente, dans l'abonnement à un journal. On qualifie généralement l'abonnement à un journal d'achat d'une chose effectuée pour le cas où la chose serait créée, c'est-à-dire d'*emptio rei speratae*. Cette conception se justifie par la particularité de la situation de puissance propre à ce cas et facilement intelligible. En effet, les parties au contrat ne sauraient négliger le fait que, du point de vue économique, l'éditeur n'est capable de fournir la chose qu'à la condition de trouver un nombre d'abonnés suffisant pour qu'on puisse lui demander équitablement d'éditer le journal. L'abonné individuel acquiert donc non pas un droit à ce que le journal soit édité, mais uniquement une créance en livraison d'un exemplaire pour le cas où le journal paraîtra.

La création du pouvoir (*Herrschaftsgestaltung*) exige une attention particulière. Il faut comprendre par là toutes les mesures prises par la loi ou la convention en vue de faciliter la conclusion rapide de la vente, et de rendre les intéressés maîtres de l'existence et de la liquidation de la vente. C'est dans la création de ce pouvoir que le droit de vente manifeste le plus nettement sa particularité.

La création d'un pouvoir particulier est exigée surtout dans le contrat de travail, le contrat de société, le bail et tous les autres contrats à longue durée (*Dauerverhältnisse*), qui subsistent pour une période relativement longue et créent constamment des droits et devoirs nouveaux. Ce n'est que la création d'une puissance particulière qui rend les intéressés aptes à s'adapter aux changements à venir. Je m'explique : puisque le travail est

(13) Cf. la décision du *Reichsoberhandelsgericht* dans la collection officielle de ses arrêts (ROHG), tome I, p. 206, et tome XVII, p. 172 et ss.

fourni pour le compte et aux risques et périls de l'employeur, celui-ci a, en vertu même de la loi, le droit de donner des instructions et de diriger le travail. Au surplus la loi accorde à chacune des parties le droit de donner congé. Dans les rapports de société, la majorité détient un pouvoir de maîtrise afin de pouvoir procéder à tout moment aux adaptations nécessaires.

La vente exige aujourd'hui, elle aussi, la création d'une puissance particulière puisque sa stabilité est souvent menacée par les modifications de la situation du marché. Vu la sensibilité du marché de certaines marchandises, la situation du marché peut changer au cours du bref laps de temps qui sépare la conclusion du contrat de la remise de la marchandise sous la domination effective ou économique de l'acheteur.

Cette dépendance du marché exige, d'une part, qu'il soit possible de conclure rapidement le contrat afin que les deux parties deviennent chacune maîtresse de la conjoncture du moment, et, d'autre part, que les relations contractuelles puissent être vite liquidées. En même temps le droit doit prévoir des mesures appropriées pour permettre aux contractants, et notamment à l'acheteur, de résilier rapidement le contrat dans le cas où il n'y a plus à compter sur son exécution en temps voulu. Le droit doit permettre aux intéressés de profiter de la situation donnée du marché pour satisfaire ailleurs leurs besoins respectifs.

1° En ce qui concerne les mesures destinées à faciliter la *conclusion du contrat*, le commerce a, lui-même, fait le gros du travail en créant des marchandises-types et des marques de fabrique, ce qui permet de vendre des marchandises de qualité par quelques mots câblés.

De plus, les commerçants ont élaboré des formulaires qui contiennent d'avance les clauses essentielles du contrat.

Une importance particulière pour le commerce maritime du monde entier a été conquise par la clause Cif ou Caf. En acceptant cette clause, le vendeur se charge de l'obligation du transport et de l'assurance, et assume les frais de l'assurance et les frais du transport au port de destination. Par l'adoption de cette clause, on obtient non seulement le résultat que le vendeur est intéressé à faire le moins possible de frais — lui seul peut avoir de l'influence sur ce point, — mais encore la création d'une situation de puissance adaptée aux intérêts respectifs. Enfin, on simplifie la conclusion du contrat; car les offres de café qui arrivent chez l'importateur hambourgeois des marchés les plus divers, quand elles sont faites Cif ou Caf, indiquent toutes un prix calculé franco Hambourg. Ainsi les calculs de l'importateur peuvent se faire, sans avoir à tenir compte de la place où la marchandise est en dépôt.

La simplification la plus poussée de la conclusion du contrat par l'emploi de clauses-types est celle réalisée par le marché boursier à terme. La standardisation des clauses de ce marché et la facilité de la liquidation qui en résulte, ont pour conséquence que le courtier n'a plus besoin d'un fonds de roulement. Une spéculation qui n'a besoin ni de marchandise, ni d'argent, ne pouvait pas ne pas devenir maîtresse du marché.

2° C'est surtout le commerce maritime qui exige les *liquidations rapides et sûres des contrats*. Car le transport de marchandises au-delà des mers demande beaucoup de temps. Le commerce par documents et traites pare ici aux inconvénients. Il astreint le vendeur à envoyer les con-

naissements avant la marchandise, qui voyage à petite vitesse. En droit allemand, l'acheteur acquiert la propriété de la marchandise par la simple tradition de ces papiers, et devient ainsi capable de profiter à tout moment de la situation du marché. Cette « mobilisation » juridique de la marchandise sert donc un intérêt vital du commerçant, à savoir son intérêt à l'accélération de la transaction. Par conséquent, l'acheteur n'est pas obligé d'accepter la marchandise aux lieu et place du connaissement.

Pour obtenir le grand avantage qu'implique la création de puissance par l'accélération de la liquidation des transactions maritimes, l'acheteur fait le sacrifice de se charger du risque du voyage maritime en acceptant la clause Cif ou Caf. Cependant, ce sacrifice n'est pas trop sensible. Car la même clause oblige le vendeur à assurer la marchandise.

L'acceptation par l'acheteur du risque du transport comporte aussi au profit du vendeur un grand avantage, dû à ce que la liquidation réalisée par le paiement du prix de vente, c'est-à-dire par la remise des traites contre documents, devient la liquidation définitive, à la condition que le vendeur se soit exécuté conformément au contrat. En effet, si le vendeur supportait le risque du voyage maritime, il serait obligé de rembourser la totalité ou une partie du prix de vente dans le cas où la marchandise aurait été perdue ou endommagée en cours de route. Alors, le vendeur ne pourrait pas disposer en toute tranquillité du prix de vente. Or, puisque le contrat Cif ou Caf rend les intéressés capables de disposer plus rapidement de la marchandise, et qu'il facilite et simplifie la conclusion du contrat, il provoque une amélioration de la situation de puissance qui l'a fait triompher de la vente par navire désigné (*Ankunftsvertrag*) qui règle le risque de transport en sens inverse.

Le devoir, établi par les paragraphes 377 et 378 du Code de commerce allemand, de critiquer immédiatement les défauts de la marchandise sert également l'accélération de la liquidation définitive des ventes commerciales régies par le Code de commerce allemand. Dans la mesure où il utilise encore la vente par navire désigné (*Ankunftsvertrag*), le commerce maritime atteint le même but par l'emploi d'une clause-type insérée dans ces contrats et qui supprime l'obligation du vendeur de procéder au remplacement (*Ersatzlieferung*) ⁽¹⁴⁾.

3° Tenant compte de la situation de puissance propre à la vente au détail (*Stückauf*), et prenant en considération les besoins particuliers de la vente d'esclave et de bétail, le droit romain avait déjà accordé à l'acheteur le *droit de résilier* le contrat, dans le cas où la marchandise présentait des vices. En effet, un autre remède n'est guère imaginable. Dans ce cas l'acheteur n'avait aucun intérêt à la livraison, et son patrimoine pouvait se trouver exposé à des dangers venant des tendances criminelles de l'esclave ou des maladies contagieuses du bétail fourni. Or, le vendeur de son côté était incapable de livrer une seconde fois la même marchandise dans une qualité supérieure, et la résiliation du contrat par l'acheteur ne lui créait pas un préjudice trop sensible. Il n'avait pas adapté sa prestation aux besoins de l'acheteur.

Tout autre est la situation de puissance dans le cas d'une vente *in genere*. Dans ce cas, le vendeur est régulièrement capable de satisfaire aux

(14) Pour les détails cf. Grossmann-Doerth, *Ueberseekauf*, § 63 et ss.

exigences de l'acheteur par la livraison d'une autre marchandise. Mais le Code civil allemand n'en tient pas compte. Alors même qu'il s'agit d'une vente de genres, il accorde à l'acheteur un droit de résolution du contrat, si la première livraison était entachée de défauts (cf. paragraphe 480 du Code civil allemand).

Mais le *droit corporatif* créé par les « Conditions générales de vente » (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*) des diverses branches du commerce en marchandises s'inspire de la situation de puissance. Dans le commerce terrestre de l'Europe centrale, il accorde au vendeur le droit de faire une seconde livraison (*Ersatzlieferung*) si la première livraison était entachée de défauts, et il restreint sensiblement le droit de résolution de l'acheteur. Dans le commerce maritime de produits agraires, il supprime le droit de résolution, ou au moins le limite aux cas où la quantité (de marchandises) livrée reste au-dessous d'un certain pourcentage de la quantité stipulée⁽¹⁵⁾. En effet, la livraison d'une marchandise irréprochable ne dépend pas uniquement du vendeur, car la qualité des récoltes varie, et le vendeur ne peut exercer aucune influence sur le transport maritime.

Cette limitation du droit de résolution protège le vendeur aussi contre les *abus*. Car l'acheteur a coutume de résilier le contrat lorsque la valeur de la marchandise a baissé depuis la conclusion du marché. En d'autres termes : l'acheteur qui s'est trompé dans ses estimations sur l'évolution de la conjoncture cherche à mettre le préjudice ainsi subi (par lui) à la charge du vendeur en résiliant le contrat. Or, le droit corporatif ne coupe pas toujours court à ces abus. Il convient toutefois de signaler à ce propos les « Conditions générales » en usage dans le commerce maritime hanséatique et anglais, qui disposent que l'acheteur qui entend se prévaloir de son droit de résolution à raison d'une livraison mauvaise, doit rembourser au vendeur la différence entre le prix stipulé et le prix du marché au moment de la résolution⁽¹⁶⁾.

D'autre part, la rapidité des fluctuations du marché, due à la technique des communications et à la domination du temps et de l'espace qui en résulte, a eu pour conséquence que le droit de résolution rencontre maintenant dans la vente *in genere* une situation d'intérêts qui lui est conforme. Car le commerçant, qui a acheté la marchandise à prix fixe et qui, dès lors, supporte le risque de l'évolution des prix, désire évidemment disposer de sa marchandise en temps utile, afin de limiter son risque, et de pouvoir profiter à son tour des fluctuations des prix du marché; tandis que le vendeur voudrait mettre cette marchandise aussi longtemps que possible au service de sa propre spéculation; (et, quand il s'agit d'une vente au-delà des mers, il peut le faire après même que la marchandise a été déchargée)⁽¹⁷⁾. Ainsi le droit de résolution sert aujourd'hui les intérêts vitaux de l'acheteur, et ce n'est pas une « exagération du formalisme » de la part de l'importateur, que de veiller avec sévérité au respect des délais d'offre et de livraison de la marchandise. De cette manière, la technique a créé de nouveaux besoins, et le droit de résolution concernant la

(15) Pour les détails cf. Grossmann-Doerth, *Vertragswidrige Andienung*, p. 95 et ss., p. 80 et ss.

(16) Grossmann-Doerth, *loc. cit.*, p. 92 et s.

(17) Pour les détails cf. Grossmann-Doerth, *Ueberseekauf*, p. 260 et ss.

vente de genres sert actuellement des intérêts autres que ceux visés par le Code civil allemand.

Dans le domaine de la « livraison non conforme » (*Fehllieferung*) proprement dite — seul cas pour lequel le Code de commerce allemand a prévu le droit de résolution — le droit de résolution établi par les paragraphes 459 et ss. est trop étroit. Aussi la jurisprudence a-t-elle passé outre. En adoptant la doctrine développée par Staub, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, note 10 sous § 378, et en écartant des doctrines opposées, elle place le vendeur sous le droit de la garantie prévu par lesdites dispositions s'il livre une marchandise *autre* que celle qui a été stipulée ⁽¹⁸⁾. En effet, le pouvoir de domination du vendeur est le même dans ce cas, et les intérêts de l'acheteur ne sont pas moins lésés, qu'au cas d'une livraison d'une chose ayant des vices. Au surplus, l'appréciation juridique de la « livraison non conforme » ne peut pas dépendre du fait que la langue, qui suit ses propres lois, a créé pour la marchandise livrée une appellation autre que pour celle qui a été stipulée.

★ ★

Quand la recherche juridique se rendra compte de la configuration particulière des pouvoirs, propre à la vente et à sa liquidation, elle s'apercevra aussi des valeurs que les commerçants ont créées dans ce domaine, et notamment dans le commerce maritime. Des générations de commerçants ont travaillé pour établir ce pouvoir sous une forme appropriée à tout moment à l'état de la technique et aux besoins et possibilités de domination qui en découlent. Quand le chercheur scientifique y prêterait attention, il découvrirait dans le vieux domaine de la vente des questions toutes nouvelles, et il deviendrait manifeste que ces questions sont les mêmes dans tous les systèmes juridiques communiquant avec le commerce mondial.

(18) Ainsi Cour d'appel d'Hambourg dans la collection des arrêts des Cours d'appel (OLG), tome 10 (1904), p. 342; *Reichsgericht* dans la Collection officielle de ses arrêts en matière de droit civil (RGZ), tome LXXXVI, p. 90 et ss.; *Leipziger Zeitschrift*, 1920, p. 859, n° 4; *Warneyers Rechtsprechung*, 1913, n° 279.

CHAPITRE II

LE ROLE DU DROIT COMPARE POUR L'UNIFICATION DES DROITS

SOLNAR, *L'unification internationale du Droit Pénal et la science du Droit Comparé.*

GUTTERIDGE, *La Valeur du Droit Comparé.*

(Cette contribution publiée dans le Tome I^{er}, Première Partie, Titre III, Chapitre I^{er}, § 24).

SARFATTI, *Le Droit Comparé dans son essence et dans son application.*

(Cette contribution publiée dans le Tome I^{er}, Première Partie, Titre I^{er}, § 5).

DE HOSTIE, *L'organisation des communications et du transit de la Société des Nations et le Droit Comparé.*

(Cette contribution publiée ci-dessous, Chapitre IV, Section IV, § 130).

BALOGH, *L'adaptation du Droit aux conditions économiques dans les Droits Européens et Américains.*

(Cette contribution publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre II, Chapitre VI, Section I, § 148).

DONNEDIEU DE VABRES, *Sur quelques formes actuelles de la collaboration internationale en Droit Pénal.*

(Cette contribution publiée ci-dessous, Chapitre IV, Section I, § 125).

L'UNIFICATION INTERNATIONALE DU DROIT PENAL ET LA SCIENCE DU DROIT COMPARÉ

Par Vladimir SOLNAR

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Charles IV à Prague

La législation pénale des grands pays de l'Europe occidentale et centrale a exercé depuis longtemps une puissante influence sur les législateurs des autres pays. Ainsi les codes pénaux français (1810), bavarois (1813), prussien (1851), allemand (1870) ont-ils trouvé à leurs époques des imitateurs dans quelques autres pays dont quelques-uns ont accepté avec peu de modifications toutes les dispositions des codes étrangers (par exemple le code pénal bavarois de 1813 promulgué en Grèce en 1834). Une certaine assimilation des codes pénaux a été atteinte par ce procédé qui avait tendance à remplacer la diversité des codes nationaux par un nombre restreint de lois-types.

Les efforts qui datent de la fin du XIX^e siècle, et qui ont eu pour but d'adapter les lois pénales aux besoins nouveaux de la science, ont été accompagnés d'études comparatives des différents systèmes juridiques. Car chaque projet de réforme doit se baser sur une connaissance exacte de l'état présent et des expériences obtenues. La comparaison de différents systèmes comme base de la réforme possède ainsi en matière de droit criminel une longue et belle tradition. Ce sont les Allemands qui ont fait précéder — avec l'exactitude qui leur est propre — les travaux vers une réforme complète de leur code pénal d'une étude systématique et approfondie des codes pénaux de différents pays. Mais également les commissions chargées de la préparation des codes nouveaux dans les autres pays d'avant-guerre, comme en Autriche et en Suisse, n'ont pas négligé de consulter les législations étrangères pour accomplir leur tâche. Cependant il faut admettre que ce n'était pas ce fait seul qui avait conduit à une certaine ressemblance des projets sortis de ces travaux, mais aussi les mêmes besoins auxquels lesdites propositions ont voulu satisfaire, ces besoins qui ont été envisagés par les partisans d'une réforme des codes pénaux sur la base d'une étude approfondie de l'homme criminel. C'est la raison pour laquelle les projets les plus importants d'avant-guerre, projets suisse, allemand et autrichien ont gardé — malgré des divergences importantes — dans leurs différentes rédactions une certaine ressemblance surtout dans

les dispositions sur le système des peines et des mesures de sûreté. Ce sont ces dernières mesures, destinées à compléter ou même à remplacer la peine, qui ont donné une empreinte caractéristique et uniforme à ces projets importants.

*
**

Il n'est pas douteux non plus que l'action des associations internationales qui s'occupent du droit pénal ait préparé l'unification des opinions sur les idées maîtresses du droit pénal futur. Rappelons les Congrès pénitentiaires internationaux organisés par la Commission pénitentiaire internationale qui se sont prononcés sur de nombreuses questions importantes concrètes du droit pénal et qui ont exercé ainsi une grande influence sur le développement de la législation pénale européenne. Il faut considérer de même l'action analogue de l'Union internationale de droit pénal qui a propagé par son Bulletin et ses congrès les idées qui ont eu pour but la transformation du droit pénal dans le sens de l'école moderne. Toutes ces actions ont facilité une certaine assimilation des législations européennes qui — sans abandonner en règle leurs anciens codes pénaux — ont complété les dispositions de ceux-ci par des lois sanctionnant quelques mesures nouvelles et recommandées par les partisans de la réforme du droit pénal. C'est l'époque où les institutions nouvelles, comme par exemple la libération et la condamnation conditionnelles ou le droit pénal spécial des jeunes délinquants, ont pénétré victorieusement dans plusieurs pays européens. Tous ces efforts ont abouti à une simple assimilation des législations nationales, à un rapprochement de l'esprit de ces lois différentes.

Les efforts de l'Association internationale de droit pénal qui a, après la guerre, remplacé — sous l'égide française — l'Union internationale de droit pénal, ont envisagé un procédé plus intensif vers un droit pénal uniforme. Même les statuts de ladite Association ont prévu la nécessité de favoriser le développement théorique et pratique du droit pénal international en vue d'arriver à la conception d'un droit pénal universel. C'est le problème de l'unification matérielle du droit pénal qui attire l'attention des esprits, de l'unification favorisée par le fait que les changements territoriaux ont provoqué la nécessité de réformes législatives. Déjà, en 1926, le premier Congrès international de droit pénal tenu à Bruxelles a approuvé à l'unanimité la proposition du délégué roumain, le Professeur V. V. Pella, que « les Commissions chargées par les différents Gouvernements de rédiger des projets de codes pénaux se réunissent dans une conférence internationale. Cette conférence aurait à discuter et à unifier les principes se trouvant à la base des projets élaborés par les Commissions, et à inscrire, dans la mesure du possible, les principes communs pour l'exercice de la répression ».

Rappelons brièvement que plusieurs conférences pour l'unification du droit pénal destinées à préparer cette tâche, et auxquelles un nombre toujours croissant de délégués des Etats a participé, ont abouti à une formulation de quelques questions importantes du droit pénal. Il ne s'agissait pas de s'entendre sur des mesures obligatoires pour les gouvernements ni d'un procédé analogue aux différentes conventions internationales conclues

sur quelques questions du droit pénal comme la protection des câbles, la lutte contre l'esclavage, la traite des femmes, le faux-monnayage, etc., conventions qui aboutissent aussi à une unification des problèmes particuliers du droit pénal.

La conférence de *Varsovie* tenue en 1927 s'occupa du droit pénal international, de la légitime défense et de l'état de nécessité, de la participation et de la tentative ; la conférence de *Rome* en 1928, qui a voté la création du Bureau international pour l'unification du droit pénal, traita de la récidive internationale, des conséquences d'une condamnation prononcée à l'étranger en ce qui concerne la capacité du citoyen sur le territoire de l'Etat dont il est ressortissant, et des problèmes fondamentaux des mesures de sûreté. Puis, vinrent la conférence de *Bruxelles* en 1930, qui a délibéré sur le problème de l'extradition, du trafic des stupéfiants et des publications obscènes, du faux monnayage, de la propagande pour la guerre d'agression, ensuite la conférence de *Paris* en 1931, qui s'occupa de la piraterie, de la traite des esclaves, des femmes et des enfants. Le bureau d'unification fut complété plus tard par la délégation des représentants de six organisations internationales qui s'occupent du droit pénal ; il fut attaché dans une certaine mesure à la Société des Nations. Ce changement a augmenté considérablement le nombre des Etats représentés et des délégués. Les conférences suivantes ont été tenues : à *Madrid* (1933) et à *Copenhague* (1935). La première s'occupa du terrorisme, de l'abandon de famille, du port d'armes, de la répression des souteneurs et de l'extradition, la seconde acheva quelques travaux commencés par la première et traita du problème du droit de réponse au point de vue international ainsi que de la notion du délit politique.

*
**

Il est encore trop tôt pour apprécier l'influence de ces conférences sur la législation des Etats qui y ont été représentés. Mais une certaine influence sur les codes les plus récents se fait déjà sentir ; l'on peut constater de même que les conclusions des conférences basées sur de vastes études comparatives ont été souvent influencées réciproquement par certaines lois et par des projets nationaux.

Nous voudrions passer en revue, sans prétendre à être complets, quelques codes et projets plus récents et en examiner les dispositions.

En ce qui concerne l'influence des résolutions approuvées par les conférences, le code pénal polonais de 1932 et le code pénal roumain de 1936 méritent une attention spéciale, étant des œuvres législatives de nations dont les représentants ont apporté peut-être le plus grand intérêt et les efforts les plus intenses à l'idée de l'unification internationale du droit pénal.

Il est compréhensible que le code pénal *polonais* de 1932 ait été influencé surtout par les résultats de la conférence tenue sur le territoire de son application, à Varsovie. Nous ne voulons pas nous demander si le code a accepté les solutions approuvées par la conférence ou si au contraire les dispositions du projet polonais ont gagné l'esprit des membres de la conférence. En tout cas, l'identité ou un rapprochement considéra-

ble de quelques dispositions du droit pénal international — la codification du principe de l'universalité — n'est pas douteux ; ainsi que l'accueil de l'incrimination de la propagande pour la guerre d'agression (à condition de réciprocité) formulée par la conférence de Bruxelles et qui est due à l'initiative polonaise. Aussi la définition de la légitime défense et de l'état de nécessité correspond au texte voté par la conférence de Varsovie. Dans les autres questions, même celles qui ont été traitées par la conférence de Varsovie, nous trouvons des divergences qui ne touchent pas seulement l'expression formelle. C'est par exemple, en matière de la tentative, où le code pénal polonais (art. 23, § 3) n'a exclu la punition que si le coupable croyait à l'efficacité de son action par superstition ou extrême ignorance, tandis que la conférence a proclamé que la tentative du crime ou du délit impossible n'est pas frappée d'une peine tout en laissant ouverte la question de savoir si de pareils actes ne devraient pas faire l'objet d'une mesure de sûreté. Si le code polonais prévoit quelques atténuations de peine aux instigateurs et complices, il n'est pas en contradiction avec la formule acceptée par la conférence qui a déclaré que lesdits coupables seront punis comme s'ils étaient auteurs, car la conférence a prétendu probablement laisser la question de la peine aux Commissions de codification de différents pays (Actes, p. 108).

Les efforts vers l'unification internationale du droit pénal ont exercé jusqu'à présent l'influence la plus remarquable sur le code pénal *roumain* Carol II promulgué le 17 mars 1936. C'est tout d'abord le chapitre sur le droit pénal international qui se rallie, avec peu d'exceptions, aux résolutions des Conférences de Varsovie et de Rome (récidive internationale). Pour l'état de nécessité également a été adoptée la formule qui avait été admise lors de la première Conférence internationale pour l'unification du droit pénal à Varsovie, en 1927. Enfin on a incriminé, d'accord avec la Conférence de Bruxelles, sous condition de réciprocité, la propagande pour la guerre d'agression. En ce qui concerne les mesures de sûreté, les textes votés à Rome ont exercé une influence considérable. La mesure ajoutée de la « dissolution ou de la suppression d'une personne juridique », empruntée au projet français, a été recommandée par le II^e Congrès international de droit pénal à Bucarest en 1929.

Mais même dans le code Carol II les divergences avec les textes votés par les Conférences ne sont pas insignifiantes : signalons parmi les questions de portée générale la matière de la tentative, notamment la punition du délit impossible, chaque fois que l'intention criminelle est manifeste, et l'admission plus étroite de la légitime défense.

Les rapprochements entre les dispositions proposées par les conférences et celles contenues dans les autres codes et projets récents sont bien moins nombreux.

Le code pénal *yougoslave* du 27 janvier 1929 qui ne fut influencé que par les vœux formulés par la conférence tenue à Varsovie a admis les propositions votées par cette conférence en matière du droit pénal international.

Le code pénal *italien* de 1930 ne contient pas de dispositions correspondant aux solutions de la conférence de Varsovie (sauf peut-être en ce

qui concerne l'état de nécessité). Les textes votés à la conférence de Rome, surtout en ce qui concerne les dispositions générales sur les mesures de sûreté, y sont incorporés avec quelques modifications.

Examinons encore entre autres le projet *français* ; nous pouvons le faire d'autant mieux que les représentants de la France ont apporté un appui précieux aux travaux des dites conférences internationales, ne fût-ce, au commencement, qu'en qualité d'experts. En ce qui concerne les problèmes généraux du droit pénal, ce projet basé sur les fondements traditionnels de la législation criminelle française suit sa voie originale qui l'éloigne de quelques solutions acceptées par les dites conférences. Cependant en matière de droit pénal international (le principe de la protection réelle et de la répression universelle) et en matière de mesures de sûreté, l'on peut constater un certain rapprochement avec les dispositions votées à Varsovie et à Rome.

En résumant cette petite revue qui se limite aux codes pénaux et projets des codes sans tenir compte des lois spéciales de caractère pénal, nous constatons que c'est le code pénal *roumain* de 1936 qui a suivi avec le plus de conséquence jusqu'à présent la route tracée par les conférences internationales pour l'unification du droit pénal, sans toutefois avoir accepté tous les vœux qui y ont été formulés.

*
**

Ce résultat est-il satisfaisant ou a-t-il donné raison aux sceptiques qui ont considéré l'unification internationale du droit pénal comme une œuvre utopique ? Avant de répondre à cette question il faut peser et les difficultés qui s'opposent à la réalisation et l'importance des motifs qui sont en faveur de l'unification. Il est hors de doute que « l'esprit international », qui était vif dans l'époque d'après-guerre et qui a soutenu les efforts vers l'unification, a perdu malheureusement son importance dans le temps actuel de rivalités augmentées entre les différents pays qui entourent leurs frontières par des fortifications comme ils le font par les régimes douaniers dans leur économie nationale. Si toute mesure de rapprochement entre les Etats, tout effort de faire valoir leurs intérêts communs et d'écarter ce qui les divise est capable de remédier à cette situation néfaste, il n'en est pas moins vrai que les difficultés de la mise en œuvre ont augmenté considérablement. L'unification du droit pénal par des mesures législatives se produit ainsi dans des circonstances extrêmement défavorables.

Ajoutons que les raisons spécifiques qui militent en faveur de l'unification et qui sont propres au droit pénal sont, malgré leur valeur incontestable, moins importantes que celles qui sont caractéristiques de quelques autres branches du droit, notamment du droit commercial et cambiaire. C'est peut-être en matière du droit pénal international (surtout en ce qui concerne les infractions commises hors du territoire de l'Etat) et en matière d'extradition que l'unification aurait une importance *pratique* considérable. Il va sans dire que dans cette matière non seulement l'unification de cette partie restreinte des dispositions du droit pénal serait avantageuse, mais qu'aussi l'unification du droit pénal dans toute son étendue

serait désirable pour écarter les difficultés en matière d'extradition et d'assistance pénale entre les différents Etats, étant donné que ces difficultés sont causées par de profondes différences entre les systèmes juridiques en ce qui concerne leurs principes fondamentaux ainsi que les éléments des infractions particulières. L'unification du droit pénal international serait capable d'ailleurs non seulement d'empêcher les coupables de rester impunis à cause des lacunes créées par les divergences des systèmes particuliers, mais aussi de les priver du profit tiré de l'application d'une loi plus douce.

Les obstacles qui s'opposent à l'unification sont au contraire plus graves que ceux qui se font valoir dans les autres branches du droit. Les institutions du droit pénal sont quelquefois profondément enracinées dans l'esprit et les traditions particulières de chaque nation. Elles sont aussi en étroite liaison avec la constitution et l'administration de l'Etat et les autres conditions locales, ce qui a conduit même les partisans acharnés de l'unification à exclure les délits politiques de la portée de l'unification. Surtout certains régimes politiques s'efforcent d'introduire dans leur droit pénal leurs conceptions fondamentales, ce qui rend moins facile même une simple assimilation. Et si l'on fait valoir en faveur de l'unification le fait de l'internationalisation et de la standardisation du crime, on oublie que le droit criminel n'est pas destiné à régler la criminalité mais à l'empêcher ; le besoin et les moyens d'y parvenir peuvent être jugés différemment selon les conditions locales.

Si d'une part l'on se rend compte de ces difficultés qui sont relativement plus graves que celles qui empêchent l'unification internationale dans les autres branches du droit et si d'autre part l'on compare les lenteurs de l'unification dans la sphère de ces autres branches, même de celles où le besoin de l'unification a été beaucoup plus sensible qu'en droit pénal, on ne peut pas sous-estimer les résultats obtenus dans un délai assez court ; et ce point de vue ne concerne pas seulement les propositions des Conférences, mais aussi en premier lieu les réalisations pratiques des législateurs. Il est vrai que ce n'est qu'un premier pas vers le but éloigné, mais il était clair même aux partisans résolus de l'unification que l'on ne peut atteindre un résultat si difficile que par étapes, en limitant ses efforts à certains problèmes choisis et peut-être même à un groupe restreint d'Etats (unification régionale).

*
**

Les efforts vers une unification matérielle poursuivent avec intention et avec conséquence le même but dont se rapproche avec moins de résolution l'assimilation des codes pénaux « qui forme en réalité une phase intermédiaire de la similitude des lois au lieu de créer leur unité ». Comme l'unification, c'est aussi l'assimilation qui se produit sur la base de la comparaison de différents systèmes. L'assimilation, comme un degré moins intensif de l'unification, a l'avantage de se manifester même dans les systèmes juridiques dont l'idéologie ne peut pas accepter l'unification au sens matériel. C'est le cas du droit pénal hitlérien qui est en préparation. Ce système se distingue par une empreinte qui est la conséquence produite

par les idées maîtresses qui caractérisent le gouvernement du Troisième Empire. Le but suprême en est de fortifier l'Etat et son pouvoir même au prix du mépris des intérêts des individus. L'idée de la suprématie des intérêts, vrais ou prétendus tels, de la collectivité, forme un lien caractéristique entre des dispositions qui ne contiennent, prises isolément, rien de nouveau et qui ont été envisagées et recommandées auparavant en théorie et dans les projets officiels, sans aucun parti-pris politique. C'est seulement cette union des éléments dispersés qui éloigne ce système de plusieurs codes nouveaux, malgré le rapprochement de quelques dispositions isolées avec l'un ou l'autre système étranger. Il n'y a peut-être parmi les règles générales de ce projet que l'abandon de la règle *nullum crimen sine lege* et quelques autres mesures destinées à rendre la répression pénale plus efficace, qui chercheraient peut-être en vain une analogie dans la majorité des systèmes actuels. Même les lois et les projets hitlériens qui se basent, pour une large part, sur les travaux de codification accomplis par les gouvernements qui ont précédé le Troisième Empire, ne négligent pas les études de comparaison, comme les publications des commissions officielles le prouvent à l'évidence. Le code pénal hitlérien aura ainsi, sans doute, malgré son caractère original, plusieurs traits communs avec les lois pénales de notre époque qui n'ont pas été inspirées par les conceptions politiques qui ont influencé les juristes allemands.

Ainsi la méthode comparative conduit-elle aux résultats qui ne peuvent pas peut-être satisfaire à tous les désirs des partisans de l'unification, mais qui sont avantageux là où une unification matérielle est à présent irréalisable. La comparaison nous instruit d'ailleurs sur le point de savoir si et dans quelle mesure l'unification est possible et désirable.

Les différences même profondes qui restent encore au milieu des ordres juridiques particuliers se heurteront peut-être aux aspirations de ceux qui veulent se rapprocher vite d'une époque, où le droit pénal universel et commun formera une base unique à la doctrine et à la jurisprudence, où il facilitera les recherches criminologiques au moyen de la statistique des différents pays et rendra ainsi possible le remplacement des efforts accomplis jusqu'à présent au milieu des ordres juridiques locaux par une collaboration de ceux qui cultivent la science vraiment internationale. L'idée du droit commun, du droit universel réalisée dans les temps passés aurait ainsi sa renaissance à l'avenir. Cet idéal est encore loin de nous et il faut avouer que c'est peut-être justement à l'époque actuelle que nous nous en éloignons plus que nous ne nous en rapprochons. On peut se plaindre de ce résultat, mais on ne doit pas en négliger les avantages. C'est la variété des systèmes juridiques qui facilite leur appréciation, qui permet d'en étudier, par une méthode pour ainsi dire expérimentale, les avantages et les défauts et qui, par la comparaison des institutions différentes et les plus opposées, conduit au vrai progrès de la législation positive moderne.

Nous croyons que nous ne pouvons mieux rendre un hommage respectueux au grand Français, maître de la méthode comparative dans la science juridique, auquel nous adressons ces modestes lignes, qu'en soulignant la portée pratique de la comparaison pour le législateur qui veut asseoir son œuvre sur les bases solides de la science.

CHAPITRE III

L'UNIFICATION DES DROITS A L'INTERIEUR D'UN ETAT

MARTY, *Etude de Droit Comparé sur l'unification de la jurisprudence par le Tribunal Suprême.*

MOTT, *La législation uniforme aux Etats-Unis.*

T. IONASCO, *Le Conseil Législatif en Roumanie. Organe de technologie et de politique législatives, destiné aussi à l'unification des Droits d'un Etat unitaire.*

LAMEIRE, *Le Droit Public des Provinces d'outre-Rhône, comparé à celui des Provinces de l'intérieur du Royaume de France.*

Nous rappelons qu'on trouve d'autres éléments sur la question dans les contributions de MM. RABEL, *L'UNIFICATION DU DROIT DE LA VENTE INTERNATIONALE. SES RAPPORTS AVEC LES FORMULAIRES OU CONTRATS-TYPES DES DIVERS COMMERCEs*, publiée ci-dessus, Chapitre I^{er}, § 118, et DEL MARMOL, *LES RÉPERCUSSIONS ÉCONOMIQUES DE LA LÉGISLATION FÉDÉRALE DES FAILLITES AUX ÉTATS-UNIS*, publiée ci-dessus, Troisième Partie, Titre III, Chapitre IX, § 105.

SUR LE RÔLE DU DROIT COMPARÉ APRÈS LA CRÉATION D'UN DROIT MONDIAL :

ROTONDI, *L'Institut de Droit Commercial de l'Université Commerciale L. Bocconi de Milan.*

(Cette contribution publiée dans le Tome I^{er}, Deuxième Partie, Titre IV, Chapitre II, Section V, § 62).

**ETUDE DE DROIT COMPARE
SUR L'UNIFICATION DE LA JURISPRUDENCE
PAR LE TRIBUNAL SUPREME**

Par GABRIEL MARTY.

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

Lorsque l'on pense au Tribunal Suprême qui dans presque tous les pays se trouve placé au sommet de l'organisation judiciaire ⁽¹⁾ aussitôt l'idée d'unification de la jurisprudence se présente à l'esprit. L'on peut dire sans exagération que les deux concepts paraissent aujourd'hui nécessairement liés.

Il s'agit cependant d'une union assez tardive: en effet le Tribunal Suprême a existé sous des formes diverses bien avant que l'unité du droit ait été désirée, puis réalisée dans les divers pays et que l'on ait perçu l'importance de l'unification de la jurisprudence.

Il n'est ni possible, ni utile de faire ici un historique même incomplet de l'institution du Tribunal Suprême ⁽²⁾. Il suffit de marquer quelques traits caractéristiques de son évolution.

De façon assez approximative on peut considérer que l'institution actuelle du Tribunal Suprême a son origine dans le recours au roi considéré comme dépositaire dernier de la justice.

Lorsque l'on examine le développement de ce recours on peut noter un processus caractéristique que l'on retrouve en Angleterre comme en France et que l'on pourrait aussi retrouver ailleurs: le roi exerce d'abord ses fonctions de juge avec l'aide de sa cour. Puis, peu à peu, au sein de la cour, se différencient des organes judiciaires autonomes auxquels le roi délègue le soin de rendre la justice: C'est ce qui s'est produit pour les Parlements en France ⁽³⁾ et en Angleterre pour la Cour des plaids com-

(1) V. J. Magnus, *Die Höchsten Gerichte der Welt*, 1929.

(2) Cet historique a été fait avec ampleur dans le magistral ouvrage de Calamandrei, *La Cassazione Civile*, 2 vol. 1920, v. spécialement vol. I, *Storia e Legislazioni*; v. également H. Winkel, *Le problème de la juridiction suprême*, thèse de doctorat de l'Université d'Utrecht, 1934.

(3) V. sur ce point notre ouvrage, *La distinction du fait et du droit* (essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur les juges du fond) n° 20, p. 38 et s. et les renvois.

muns (*Court of common pleas*) ou la Division du banc du roi (*King's bench division*) (4).

Mais malgré cette différenciation des cours supérieures, le roi n'en demeure pas moins la source suprême de la justice : et le recours au roi assisté de sa cour ou de son conseil continue à être en usage, même contre les décisions des organes judiciaires supérieurs. C'est de ce persistant recours au roi, que le Tribunal Suprême est né (5).

A ce point de l'évolution, le recours au roi ouvre une nouvelle instance.

Lorsque le souverain évoque une affaire en son conseil, l'affaire est de nouveau jugée en son entier. C'est en quelque sorte un ultime appel.

On peut même dire que le recours est plus qu'un appel, car le roi mêle quelquefois à ses fonctions de juge ses autres pouvoirs et spécialement ses pouvoirs de législateur.

D'autre part, le recours au roi en son conseil, est avant tout dominé par l'intérêt des parties, qui s'efforcent sans cesse de remettre en question ce qui a été jugé jusqu'à épuisement des recours possibles.

Ce n'est pas que l'intérêt public soit absent, car le roi est intéressé au maintien de sa juridiction suprême pour lutter contre les juridictions seigneuriales et ecclésiastiques ou l'indépendance de ses propres cours judiciaires. Mais à ce stade de l'évolution du Tribunal suprême, il n'est pas question d'unifier la jurisprudence.

C'est qu'en effet l'idée d'unification de la jurisprudence est d'apparition et surtout de réalisation plus tardives.

Il semble que le besoin en ait été ressenti d'abord en Angleterre ; et cela n'a rien d'étonnant étant donné la nature traditionnelle du droit anglais. Le *common law* et l'*equity*, droits de formation judiciaire, constituaient le fonds du système juridique : et pour éviter qu'il ne dégénère en un amas de décisions contradictoires il fallait forcément songer à y maintenir quelque unité. A cette nécessité, ressentie d'ailleurs de façon aussi instinctive qu'explicite, l'on peut rattacher le développement progressif du système du précédent judiciaire (6) qui est, ainsi que nous le verrons, un des éléments essentiels de l'unification du droit anglais.

(4) Sur la *Court of commons pleas* voir H. Lévy-Ullmann, *Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*. II, *Le système juridique de l'Angleterre*, tome I *Le Système Traditionnel*, 1928, p. 95 et s.; sur la *King's bench division*, *ibid.* p. 99 et s.

(5) Calamandrei, *op. cit.* I, n° 100 et s., p. 264 et s.

(6) Dans le même sens v. A. Goodhart, *Le Précédent en droit anglais et continental*, Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique, travaux de la première session 1934-35; l'auteur note très justement (p. 50) que le système du précédent obligatoire « répond à un besoin qui existait et qui existe encore en droit anglais à un degré inconnu au Continent... celui de la certitude »; et il conclut (p. 65) que cette doctrine a fourni « le ciment... rendu nécessaire par la fluidité du droit des juges ». Quant à l'origine et l'ancienneté exactes du système, elles demeurent fort controversées. Certains auteurs ont tendance à faire remonter très haut le point de départ de la doctrine du précédent obligatoire (v. par exemple Pollock, *First book of jurisprudence*, 6^e édition, 1929, p. 323 et s.). D'autres au contraire datent du 19^e siècle son véritable développement (v. par exemple Allen, *Law in the making*, 2^e éd., 1930, p. 149 et s.). D'autres enfin inclinent à une opinion intermédiaire : dès le xvii^e siècle, le système anglais du précédent serait assez caractérisé pour dépasser la simple et universelle tendance qu'ont les juges en tous temps et tous pays à s'inspirer

En France, que l'on peut prendre comme exemple type des pays continentaux, la mise en œuvre de l'idée d'unité de la jurisprudence est beaucoup plus tardive (7).

Sans doute lorsque les rois développent leur activité législative et que les ordonnances deviennent un élément important d'unité du droit, on voit s'organiser un recours spécial au conseil pour contravention aux ordonnances, première esquisse de la cassation moderne.

Mais ce qui est ressenti à ce moment, c'est l'idée d'imposer au juge l'obéissance aux lois faites par le souverain, ou admises par lui ; on veut avant tout réprimer les désobéissances ouvertes. L'idée d'unifier les interprétations divergentes et de réaliser l'unité de jurisprudence est encore dans l'ombre.

Avec la Révolution française, l'unification du droit reçoit une impulsion décisive ; alors commence cet énorme travail législatif, qui aboutira à la codification napoléonienne.

Cependant, l'idée complémentaire d'unification de la jurisprudence n'apparaît pas tout de suite.

Rien de plus instructif à cet égard que les débats qui eurent lieu à l'Assemblée constituante lors de l'institution du Tribunal de Cassation.

Le Tribunal de Cassation n'a pas été du tout créé pour maintenir l'unité de la jurisprudence. Il devait seulement réprimer la désobéissance à la loi lorsque les juges s'en rendaient coupables. C'est pourquoi il recevait le pouvoir de casser pour « contravention expresse à la loi » (8).

Quant à unifier la jurisprudence, il n'en était pas question.

D'abord parce qu'il n'y aurait pas de jurisprudence : c'est du moins Robespierre qui l'affirme : « Ce mot de jurisprudence des tribunaux dans l'acceptation qu'il avait dans l'ancien régime ne signifie plus rien dans le nouveau, il doit être effacé de notre langue. Dans un Etat qui a une constitution, une législation, la jurisprudence n'est autre chose que la loi ; alors il y a identité de jurisprudence » (9).

Et même, s'il pouvait y avoir une jurisprudence, il ne devrait pas y en avoir : c'est ce que dit Le Chapelier aux applaudissements de ses collègues : « Si cette jurisprudence des Tribunaux, la plus détestable des institutions, existait, il faudrait la détruire » (10). On retrouve ici la méfiance bien connue des hommes de la Révolution à l'égard des corps judiciaires. Un juge, qui a une jurisprudence, empiète sur le pouvoir législatif, il viole la séparation des pouvoirs. Si une difficulté s'élève, il ne faut pas que le juge se livre lui-même à un travail d'interprétation, il faut qu'il s'adresse au législateur (seul compétent) par la voie du référé législatif.

Ce sont là de grandes illusions, les faits n'ont pas tardé à le démontrer, mais à peu près seul à ce moment là Barnave voyait juste en soute-

des décisions rendues antérieurement dans des cas semblables (V. en ce sens Goodhart, *op. cit.* p. 61). Aj. les opinions analysées par M. Lévy-Ullmann, *op. cit.* p. 129 ; sur l'histoire du précédent judiciaire, v. également l'article de M. E. Lewis dans la *Law Quarterly Review* 1930 et 1931.

(7) V. sur cet historique, notre ouvrage précité, n° 22 et s. p. 41 et s.

(8) Article 3 du décret des 17 novembre-1^{er} décembre 1790.

(9) Séance de l'assemblée constituante du 18 novembre 1790, *Arch. Parlem.*, XX, p. 516.

(10) *Ibid.*

nant que la mission du Tribunal supérieur consiste essentiellement à prévenir la diversité de jurisprudence ⁽¹¹⁾.

L'on sait mieux aujourd'hui quel est le rôle de la jurisprudence.

En l'absence de droit écrit, les décisions judiciaires ont une influence prépondérante pour former le droit.

Et même lorsque le droit écrit domine, l'importance de la jurisprudence est encore très grande, le législateur pose des règles abstraites : le détail des difficultés lui échappe forcément. Dès lors il suffit rarement d'appliquer de façon automatique la loi comme le supposait Robespierre que sa formation de juriste eût dû rendre plus clairvoyant. Il faut incessamment que le juge construise la loi par une casuistique pour l'appliquer aux faits. Et il n'est pas nécessaire de chercher beaucoup pour trouver des exemples de cas où les juges en présence d'une loi insuffisante ou vieillie lui ont donné des prolongements bien éloignés des prévisions de ses rédacteurs.

Le rôle de la jurisprudence dans l'élaboration du droit positif, mis en lumière à la fin du siècle dernier par des travaux remarquables ⁽¹²⁾ n'est plus guère méconnu par personne.

Cela étant, les conceptions sur le rôle du Tribunal suprême ne pouvaient que se transformer.

Aujourd'hui l'on considère que le Tribunal suprême, placé au sommet de la hiérarchie judiciaire, ne doit pas se borner à sanctionner la désobéissance flagrante à la loi, mais doit aussi maintenir l'unité de la jurisprudence qui est la traduction pratique de l'unité du droit, la condition indispensable de l'égalité des individus devant la loi ⁽¹³⁾.

(11) Séance du 8 mai 1790, *loc. cit.* p. 432, vol. 1 et 2.

(12) Nous faisons allusion notamment aux travaux si connus de Saleilles et de M. Geny. V. à ce sujet E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France*, 1935. Aj. Chrétien, *Les règles de droit d'origine juridictionnelle, leur formation, leurs caractères*, thèse, Lille, 1936.

(13) Calamandrei, *op. cit.* t. II, n° 20 et s., p. 48 et s.; Winkel *op. cit.* p. 117 et s.; E. Schwinge, *Grundlagen des Revisionsrechts*, 1935, notamment p. 29 et s. Si l'unification de la jurisprudence apparaît aujourd'hui comme la fonction essentielle du Tribunal Suprême, nous ne prétendons nullement qu'elle soit la seule. Comme l'observe Calamandrei (*op. cit.* II, n° 10 et s., p. 22 et s.) l'ancienne fonction du tribunal suprême : imposer aux juges le respect de la loi (*nomofilachia*), demeure, en ce sens que le Tribunal doit intervenir toutes les fois que le juge inférieur a violé la loi, même si l'unité de la jurisprudence n'est pas en jeu : par exemple si un seul juge statuant sur une question nouvelle a donné une solution contraire au droit existant; ou si toutes les juridictions inférieures d'un commun accord ont adopté une solution contraire à la loi. — Les deux fonctions sont d'ailleurs complémentaires : lorsque le tribunal suprême intervient pour trancher une question qui divise les juridictions inférieures, il prévient pour l'avenir les désobéissances possibles à la loi; lorsqu'il intervient à l'inverse pour réprimer la désobéissance ou l'erreur d'un ou plusieurs juges, le Tribunal Suprême fixe le sens de la loi et prévient pour l'avenir la diversité de jurisprudences (V. sur ce point, Calamandrei, *op. cit.*, II, n° 41 et s., p. 86 et s., qui unifie les deux fonctions, en donnant au juge suprême la mission d'assurer « l'exacte observation de la loi » par les juges inférieurs). Nous avons raisonné jusqu'ici en nous plaçant dans l'hypothèse des erreurs que l'on a appelées « *in judicando* » (erreur commise dans le jugement proprement dit, dans l'application de la loi au fait) qui est le domaine par excellence de la cassation. Dans le cas où il s'agit d'erreurs « *in procedendo* » (erreurs d'activité commises dans la conduite de la procédure et n'ayant pas fait l'objet d'un incident explicite), l'unité de jurisprudence n'est pas en cause; il ne s'agit que « *nomofilachia* ». Sur cette distinction délicate et sur la question de savoir si les erreurs *in procedendo*

Si telle est la mission du Tribunal supérieur moderne, c'est avant tout un intérêt public qu'il est destiné à servir.

L'intérêt des parties en cause est passé au second plan ; sans doute les plaideurs sont admis à se pourvoir devant le Tribunal suprême, mais ce n'est pas pour leur fournir un nouveau degré de juridiction. C'est pour alimenter le Tribunal suprême, lui permettre d'exercer son contrôle juridique : En effet, si le Tribunal suprême était saisi seulement par le pourvoi du Ministère public dans l'intérêt de la loi, on pourrait craindre que la surveillance sur l'activité des juges inférieurs ne soit pas assez vigilante. On pense que celle des parties en cause le sera davantage, on leur permet donc de se pourvoir en leur offrant la prime d'une réformation possible, espérant qu'ainsi le Tribunal suprême sera bien alimenté ; et l'on ne se trompe pas ⁽¹⁴⁾.

L'on peut se demander s'il n'est pas possible de satisfaire à la fois tous les intérêts en présence.

L'intérêt public exige que les règles de droit soient respectées par les juges, que leur interprétation et leur application soient uniformes.

Les plaideurs désirent que toutes les erreurs de jugement soient réformées.

Ne suffirait-il pas, pour que tout le monde soit satisfait, de donner au Tribunal suprême le pouvoir d'examiner le procès dans son entier, de réviser à la fois la constatation des faits et l'application qui leur a été faite d'une règle de droit ; en d'autres termes, d'en faire un juge d'appel, devant lequel se déroulerait une nouvelle instance et qui donnerait au procès la solution définitive ?

Cette conciliation des divers intérêts en présence se heurte, malheureusement, à une impossibilité matérielle.

Si l'on fait du Tribunal suprême un nouveau degré de juridiction, un nouvel appel, si l'on permet de porter devant lui un procès quelconque, le Tribunal qui naturellement jouira plus que tout autre juge de la confiance des plaideurs, va être encombré de recours ; et pour les juger, il sera obligé de se diviser en un nombre élevé de chambres ou de sections.

Mais du même coup l'unité de jurisprudence sera en péril, chacune des divisions du Tribunal suprême étant susceptible d'avoir son interprétation propre des règles de droit. Pour sauvegarder l'unité de jurisprudence, il faut maintenir l'unité intérieure du Tribunal suprême et pour cela il faut d'une façon quelconque restreindre son rôle.

Si la conciliation est impossible, et s'il faut choisir, le choix ne fait pas de doute : l'unification de la jurisprudence est le rôle essentiel du Tribunal suprême. Il faut que ce dernier soit organisé de telle façon que ce but primordial soit atteint.

Nous touchons ici au problème central que soulève l'organisation du Tribunal suprême.

Comment ce problème a-t-il été résolu dans les divers pays, c'est là

ne doivent pas être mises hors du domaine de la cassation v. Plassard, *Des ouvertures communes à cassation et à requête civile*, thèse Paris, 1924. V. aussi, notre ouvrage précité, n° 9 et s., p. 19 et s., n° 53 et s., p. 89 et s.; et Calamandrei *Sulla distinzione fra error in iudicando ed error in procedendo*, dans les *Studi nel processo civile*, 1930, t. I, p. 213 et s.

(14) Calamandrei, *op. cit.* II, n° 63 et s., p. 131 et s.; Schwinge, *op. cit.*, p. 202 et s.

une question importante et qui mène au centre de la vie juridique de chaque État.

Il est bien entendu impossible de faire ici un examen général des solutions actuelles.

Le choix nécessaire portera sur quelques pays dont l'organisation judiciaire apparaît typique au point de vue qui nous occupe :

D'une part l'Empire britannique, caractéristique du système anglo-saxon (I).

D'autre part, la France, l'Allemagne et l'Italie, qui sont caractéristiques du système continental (II).

I. — Il est préférable d'examiner d'abord le système anglo-saxon qui est le plus proche des origines régaliennes de la juridiction suprême.

Nous parlerons surtout du système judiciaire du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ; nous dirons ensuite quelques mots du système applicable au reste de l'Empire britannique.

A. — Le droit anglais est à l'heure actuelle — il est à peine besoin de le rappeler — en partie non écrit (*common law, equity*) et en partie écrit (*statute law*).

Le Tribunal suprême est la Chambre des Lords.

Pour comprendre quel est le rôle de la Chambre des Lords, quant à l'unification du droit, il faut voir que tout le système judiciaire anglais est orienté vers l'unité.

1. — Il l'est d'abord parce que l'organisation judiciaire est très concentrée, comme va le montrer un tableau sommaire où sont volontairement négligées certaines juridictions particulières de moindre importance, héritage du passé.

Au premier degré sont les cours de comtés, juridictions qu'on peut approximativement dire intermédiaires entre les juges de paix et les tribunaux de première instance français : il y a pour l'Angleterre et le Pays de Galles 450 cours de comtés, groupées en 55 circuits, pour chacun desquels il existe en principe un seul juge qui doit siéger dans chaque cour de son circuit au moins une fois par mois. On voit qu'au premier degré de l'échelle judiciaire la concentration est déjà grande ⁽¹⁵⁾.

Au-dessus se trouve la Cour Suprême de justice qui siège à Londres ⁽¹⁶⁾.

Cette Cour suprême, créée sous sa forme actuelle en 1873, comprend deux juridictions superposées.

Au premier degré la Haute Cour (*High Court*) qui est la juridiction d'appel des cours de comtés, et d'autre part le Tribunal de droit commun en premier ressort pour toute l'Angleterre.

La Haute Cour comprend actuellement une trentaine de magistrats, répartis en cinq divisions : la division de la Chancellerie (*Chancery*), la division du Banc du roi (*King's bench*), et la *Probate, divorce and admiralty division*.

(15) Sur les *County courts*, v. notamment E. Jenks, *Sources and judicial organisation of English law*, opera academiae universalis jurisprudentiae comparativae, 1931, p. 58 et s.; v. aussi R. C. K. Ensor, *Jueces y tribunales en Inglaterra, Francia y Alemania* (traduit de l'anglais) 1935, p. 20 et s.

(16) Sur cette *Supreme Court of judicature*, v. Jenks, op. cit. p. 50 et s. Sur les assises, tenues hors de Londres par certains juges de la *High court*, v. p. 53.

Les affaires sont, en principe, jugées par un juge unique. Toutefois, dans certains cas elles sont déferées à une cour divisionnaire formée d'au moins deux magistrats réunis ⁽¹⁷⁾.

Au-dessus de la Haute Cour, dans le sein de la Cour Suprême, est placée la Cour d'appel (*Court of appeal*). Juridiction d'appel pour la Haute Cour et certaines autres juridictions ⁽¹⁸⁾.

Elle comprend : le Lord Chancelier, le *Lord Chief justice*, le Président de la division des Probate (qui font déjà partie de la Haute Cour) et en plus le *Master of rolls*, toute personne ayant eu la charge de Lord Chancelier, et cinq *Lords Justices of appeal*.

La Cour peut pour les besoins du service se scinder en divisions qui doivent comprendre au moins trois juges.

On aperçoit comment par suite du petit nombre de magistrats, siégeant tous à Londres, cette organisation judiciaire est favorable à l'unité de la jurisprudence.

Une concentration analogue se retrouve en matière criminelle, où la hiérarchie des juridictions est couronnée par une Cour d'appel criminelle, pendant de la Cour d'appel civile ⁽¹⁹⁾. Il y a une certaine communauté de personnel entre les Cours supérieures criminelle et civile ⁽²⁰⁾.

En Ecosse, l'organisation judiciaire est également couronnée, au moins en matière civile, par une organisation analogue à la *Supreme Court of judicature* anglaise, la *Court of Session* ⁽²¹⁾, de même en Irlande du Nord existe une *Court of appeal* unique.

Organisation judiciaire très centralisée, tel est le premier facteur d'unité que révèle l'examen du système judiciaire du Royaume-Uni.

2. — Le second facteur est fourni par le système bien connu du précédent ⁽²²⁾.

Il est assez difficile de préciser exactement la portée de ce système : les règles précises, rigides, sont rares ; il s'agit plus fréquemment de souples directives qui sont, selon « l'humeur propre du droit anglais », propices à « d'infinis détours ».

Rappelons cependant les traits les plus certains :

a) — Tout d'abord, lorsqu'un juge décide une question, la décision qu'il rend s'impose obligatoirement pour l'avenir à tous les juges de degré inférieur dans les cas semblables. Par exemple, une décision de la Cour d'appel lie les juges de première instance ; de même une décision émanant d'une cour divisionnaire ⁽²³⁾.

(17) Notamment lorsqu'il s'agit de l'appel contre les décisions des *County Courts* (v. aussi Jenks, *op. cit.* p. 32, note 3).

(18) Par exemple, *Palatine Courts*.

(19) Sur cette organisation judiciaire criminelle voir Jenks, *op. cit.* p. 51, 56, 61.

(20) Notamment entre la *Court of criminal appeal* et le *King's bench* (Jenks *op. cit.* p. 51).

(21) Sur la *Court of Session*, v. H. C. Gutteridge, in *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht*, V° Grossbritannien, p. 87, vol. 2.

(22) Sur le système du précédent obligatoire, consulter notamment en outre des ouvrages déjà cités : Jenks, *op. cit.* p. 29 et s. ; A.-B. Schwartz, *Das englische Recht und seine Quellen*, in *Die Zivilgesetze der Gegenwart*, II, 1931, p. 17 et s. V. aussi Ancel, *La « common law » d'Angleterre*, thèse, Paris, 1927, p. 155 et s. Pour les Etats-Unis voir J.-C. Gray, *The nature and sources of the law*, 2° éd. 1927, p. 241 et s.

(23) V. Halsbury, *Laws of England*, XVIII, 1911, V° Judgement and Orders n° 535 ; *English and Empire Digest*, XXX, 1926, V° Judgement and Orders n° 615 et s. Cependant

b) D'autre part, après hésitation, la Cour d'appel admet qu'elle est liée par ses propres décisions.

En dehors de ce cas le système du précédent ne paraît pas fonctionner de façon aussi obligatoire ⁽²⁴⁾ ; mais malgré cela le respect des précédents demeure très grand.

Ainsi les juges de la Haute Cour ne paraissent pas se considérer comme liés par leurs propres décisions et celles des juridictions coordonnées. Mais la tendance très générale est de respecter tout de même les précédents tant qu'ils n'ont pas été modifiés par une décision du degré supérieur ⁽²⁵⁾.

De même les décisions des cours de comté ne paraissent pas avoir la valeur des précédents obligatoires. Cependant, mêmes les juridictions supérieures se considèrent comme tenues de respecter une jurisprudence des cours de comté si elle a été longtemps suivie et si la pratique s'est fondée sur elle ⁽²⁶⁾.

De même encore si les décisions des cours écossaises et irlandaises ne sont pas obligatoires pour les cours anglaises, elles ont droit au plus haut respect ⁽²⁷⁾.

On aperçoit aisément par ces quelques indications, combien le système du respect obligatoire, ou même simplement volontaire des précédents est favorable à la stabilité et à l'unité de la jurisprudence. Notamment lorsque la Cour d'appel de Londres a jugé une question, le droit se trouve fixé et unifié pour toute l'Angleterre ⁽²⁸⁾.

3. — Ainsi par le double effet de la centralisation des cours judiciaires et du système du précédent, la tâche du Tribunal suprême, la Chambre des Lords, se trouve singulièrement préparée, allégée ⁽²⁹⁾.

Tellement allégée que la Chambre des Lords en tant que juridiction suprême a failli disparaître. Lorsque, en 1873, les libéraux firent la réforme de la Cour suprême de justice, ils supprimèrent les juridictions supérieures de la Chambre des Lords, mais avant que la réforme fut appliquée, les conservateurs revenant au pouvoir, maintinrent la *House of Lords* au sommet de l'organisation judiciaire en la réformant.

La Chambre des Lords en tant qu'organe politique est nombreuse : elle comprend plus de 750 membres ⁽³⁰⁾. Mais depuis longtemps les pairs non juristes ne s'occupent plus du jugement des procès. En tant qu'organe judiciaire, la Chambre des Lords comprend seulement le Lord Chancelier et ceux des pairs qui ont exercé une haute fonction judiciaire, les

n'ont pas autorisé les décisions de « *nisi prius* » rendues par les juges de la Haute-Cour dans leurs assises hors de Londres, v. Jenks, p. 33.

(24) Par exemple la Cour d'appel civile ne se considère pas comme liée par les décisions de la Cour d'appel criminelle et réciproquement (Allen *op. cit.* p. 152).

(25) *English and Empire Digest*, loc. cit. n° 653 et s.

(26) Pourvu qu'elle ne contienne pas une fausse interprétation d'un statut. Halsbury, loc. cit. n° 536.

(27) Halsbury, loc. cit. n° 357.

(28) Au moins en ce qui concerne les juridictions civiles. V. note 24.

(29) Sur la Chambre des Lords on pourra consulter notamment : l'article de MM. Vaughan Williams et Ralph Sutton dans l'ouvrage de J. Magnus, *Die Höchsten Gerichte der Welt*, 1929, p. 122 et s.; Grinberg-Vinaver, *Le Rôle judiciaire de la Chambre des Lords*, thèse, Paris 1936; et R. C. N. Ensor *op. cit.* p. 25 et s.

(30) Sur la Chambre des Lords considérée à ce point de vue v. Y. Peyrony, *Le problème de la réforme de la Chambre des Lords depuis le Parliament Act de 1911*, thèse, Paris, 1935.

law peers. Mais ces *law peers* sont peu nombreux et l'on n'arriverait pas à faire fonctionner convenablement la Chambre des Lords ; aussi en 1876 on leur a adjoint des juges professionnels qui sont pairs à vie, les *Lords of appeal in ordinary* ⁽³¹⁾.

La Chambre des Lords ainsi constituée est juridiction suprême pour tout le Royaume-Uni : elle connaît des appels contre les décisions de la Cour d'appel, de la Cour des appels criminels, des Cours supérieures d'Ecosse et de la *Court of appeal* d'Irlande du Nord ⁽³²⁾.

La Chambre des Lords malgré cette juridiction étendue, est loin d'être surchargée. Le nombre des affaires jugées annuellement oscille entre 60 et 90 ⁽³³⁾.

Le peu d'encombrement du rôle s'explique d'abord par la haute autorité qui s'attache aux décisions des juridictions subordonnées, et notamment de la *Court of appeal*.

Il s'explique aussi parce que la Chambre des Lords est bien défendue contre l'afflux excessif des recours.

Elle l'est d'abord par le coût élevé d'une instance devant les Lords ⁽³⁴⁾.

D'autre part, le recours aux Lords est exclu dans certaines affaires considérées comme de peu d'importance (il en est ainsi en principe pour les petites erreurs de compte, les questions de frais et dépens ou même de procédure) ⁽³⁵⁾.

Enfin et surtout la Chambre des Lords est défendue par le système de la permission d'appeler ⁽³⁶⁾.

Ce système est appliqué depuis 1907 pour les arrêts de la *Court of criminal appeal* ; l'appel n'est admis en ce qui les concerne que si l'appelant a obtenu de l'*attorney* général un certificat affirmant que l'affaire soulève « une question de droit d'une importance exceptionnelle et qu'il est de l'intérêt général que le recours soit formé » ⁽³⁷⁾.

Un système analogue était appliqué dans certaines matières civiles et commerciales (pour le recours en matière de mariage et de filiation, ou en matière de faillite, ou pour les arrêts interlocutoires). Le recours n'était possible qu'avec l'autorisation de la *Court of Appeal* dont émanait l'arrêt.

La loi du 25 juillet 1934 a généralisé le système de l'autorisation d'appel. Désormais, en toutes matières, le recours aux Lords pour être recevable doit être autorisé, soit par la Cour d'appel dont la décision émane, soit par la Commission d'appel qui a été organisée à cet effet dans le sein de la Chambre des Lords. Cette Commission d'appel dont la fonction est de trier les recours n'est pas sans analogie avec la Chambre des Requêtes française.

(31) Actuellement au nombre de sept (S. Grinberg-Vinaver, p. 63 et s.).

(32) Sur la compétence de la *House of Lords* en appel v. Halsbury. *Laws of England*, 2^e éd., tome VIII, 1933, V^o Courts n^o 1201 et s.; sur sa compétence de première instance, n^o 1193 et s.

(33) V. les statistiques fournies par S. Grinberg-Vinaver, p. 178 et s.

(34) V. cependant sur la charge des dépens devant les Lords, les indications de S. Grinberg-Vinaver (op. cit. p. 82 et s.).

(35) Ces restrictions sont d'ailleurs loin d'être absolues (v. S. Grinberg-Vinaver, p. 98 et s.; Halsbury, loc. cit. n^o 1201).

(36) Sur lequel : S. Grinberg-Vinaver, p. 100 et s., qui donne également certains textes et leur traduction.

(37) Halsbury, loc. cit. n^o 1201.

Il est tôt encore pour juger les résultats de la réforme, mais il est vraisemblable que le nombre des affaires soumises à la Chambre des Lords en sera encore diminué.

Une fois saisie, la Chambre des Lords a le pouvoir d'examiner le procès dans son entier, en fait et en droit. Elle est une juridiction d'appel, une nouvelle instance. Elle peut donc, si cela lui paraît opportun, reprendre l'examen des faits et des preuves, ordonner même de nouvelles mesures d'instruction ⁽³⁸⁾.

Mais il faut noter que dans certains arrêts la Chambre des Lords a marqué sa répugnance à reprendre l'examen complet des faits.

Ainsi elle indique que lorsque la décision de l'affaire dépend du choix entre deux groupes de témoignages, elle hésitera à réformer l'appréciation des juges qui ont directement entendu les témoins ⁽³⁹⁾.

De même elle déclare qu'elle hésitera à détruire des constatations de fait sur lesquelles les juges des deux précédentes instances se sont accordés ⁽⁴⁰⁾.

Il y a là le germe lointain d'une restriction de la compétence de la *House of Lords*. Mais l'on est loin encore d'une distinction des questions de fait et de droit analogue à celle qui caractérise les juridictions de Cassation.

C'est seulement dans des matières exceptionnelles que la Chambre des Lords joue le rôle d'une juridiction de Cassation pour erreur de droit : par ex. : pour les appels en matière criminelle qui portent seulement, comme il a été dit, sur un point de droit d'intérêt général ⁽⁴¹⁾, de même en matière de filiation et mariage, ou de dépens ⁽⁴²⁾.

Lorsque la Chambre des Lords a jugé, le système du précédent s'applique. La solution détruit l'autorité des précédents non conformes émanant des juridictions subordonnées et s'impose à ces juridictions. Le précédent lie la *House of Lords* elle-même, et elle ne peut être déliée que par une loi ⁽⁴³⁾.

B. — En ce qui concerne le reste de l'Empire britannique, la juridiction supérieure est le Comité judiciaire du conseil privé (*Judicial committee of the Privy council*).

L'histoire en serait curieuse à retracer. Lorsque la Chambre des Lords se fut imposée comme juridiction suprême du Royaume-Uni, on tenta de maintenir au-dessus d'elle un recours au roi en son conseil. Mais ces tentatives échouèrent car la résistance fut vive. La compétence du roi en son conseil ne put prévaloir que pour les possessions extérieures au Royaume-

(38) Halsbury. V° Courts n° 1202 ; *Olympic Case* (1914) L. J. t. 84, 49.

(39) Ibid.

(40) Ibid; comp. dans la doctrine allemande les développements sur le *Difformitätsprinzip* Schwinge op. cit. p. 221. V. aussi le cas *Bow's emporium limited v. A. R. Brett and company limited* (Times law reports, 1928, tome 44, p. 94).

(41) Les pourvois en matière criminelle sont très rares (deux en quinze ans de 1921 à 1935 d'après S. Grinberg-Vinaver p. 116 et s.).

(42) V. S. Grinberg-Vinaver, p. 97 et p. 98.

(43) V. Halsbury, V° Judgement an orders, n° 535; *English and Empir Digest*, eod. verbo, n° 563 et s.; S. Grinberg-Vinaver, p. 134 et s., même si la cour au moment de la décision invoquée avait été également divisée (V. Pollock, op. cit. p. 339. Cpdt Halsbury V° judgement an orders, n° 535).

Uni, les îles de Man et de Jersey d'abord, puis les possessions au delà des mers (44).

C'est ainsi que le comité judiciaire du conseil privé est devenu juridiction suprême d'appel pour les Cours suprêmes des Dominions et colonies (45).

Sa décision s'impose à titre de précédent obligatoire à toutes les Cours supérieures de l'Empire, et ainsi, malgré les différences de droit entre ses diverses parties, il tend à se former, dans une certaine mesure, un droit commun de l'Empire (46).

Il faut noter qu'à la différence de la Chambre des Lords, le conseil privé n'est pas lié par ses propres décisions. C'est qu'en effet, ce n'est pas le Comité judiciaire qui juge ; il prépare la décision et c'est le roi qui, officiellement, la décide. Et le roi doit demeurer toujours libre (47).

Le Conseil privé est un peu plus occupé que la Chambre des Lords. Il juge entre 100 et 150 affaires par an (48).

Il faut noter que la juridiction du Conseil privé est menacée par l'indépendance croissante des Dominions : spécialement l'Irlande depuis qu'elle a obtenu le statut de Dominion résiste à la compétence du Conseil privé.

Les deux systèmes judiciaires du Royaume-Uni et de l'Empire sont indépendants. Les décisions du Conseil privé n'ont pas valeur de précédent pour le Royaume-Uni. Et inversement les décisions anglaises pour l'Empire.

Mais en fait les précédents sont très respectés (49) et d'autre part, l'unité est maintenue par une certaine communauté de personnel entre le Comité judiciaire du Conseil privé et la *House of Lords* (50).

Tel est, en un tableau rapide, le système anglais d'unification du droit.

On ne peut méconnaître sa valeur : il réussit à donner unité et certitude à un droit en grande partie jurisprudentiel.

Il présente cependant certains inconvénients.

La concentration très poussée de l'organisation judiciaire n'est pas sans gêner les plaideurs éloignés de Londres (51).

Quant au système du précédent, il appelle aussi certaines réserves (52) ; il a le défaut d'être trop rigide et de paralyser l'évolution du droit : un juge doit craindre en décidant de se lier pour toujours, spécialement la Chambre des Lords.

(44) Comp. Winkel, op. cit., p. 34 et s.

(45) Sur le comité judiciaire du conseil privé v. W. Reeve Wallace, dans J. Magnus, op. cit. p. 127 et s.

(46) Sur cette influence, v. Ancel, op. cit.

(47) *English and Empire Digest*, V° Judgement an orders, t. XXX, 1926, n° 600. V. aussi Jenks, p. 36 note 1 ; Pollock op. cit. p. 341.

(48) La moyenne est de 141 affaires pour la période 1927-1931. Plus des deux tiers des affaires viennent de l'Inde.

(49) Halsbury, V° Judgement and orders, n° 539.

(50) Le Lord chancelier et les sept lords of appeal font partie du judicial committee (V. J. Magnus p. 131).

(51) V. à ce sujet les critiques de R. C. K. Ensor p. 111 et s.

(52) Sans aller jusqu'à dire avec Swift : « If once jugdes go wrong, they make it a rule never to come right » (cité par Ancel p. 156 ; Comp. Shakespeare, Marchand de Venise, acte 4, scène 1). Voir les réserves de Goodhart, op. cit.

Aussi pour échapper à cette excessive rigidité, on s'efforce de limiter l'autorité du précédent. Comme l'a dit un juge anglais « *a case is an authority for that which it decides* » (53). Ce qui veut dire, en termes moins évidents, que dans les précédents on tient compte seulement de l'essentiel, la *ratio decidendi*, en négligeant les affirmations accessoires les *obiter dicta* (54).

Puis quand un précédent est gênant on s'efforce de l'écarter par la pratique du *distinguishing* en démontrant qu'il se distingue de l'affaire à juger par des circonstances particulières, et l'on se contente parfois de différences minimales.

Enfin la possibilité n'est pas exclue d'une rébellion ouverte contre le précédent, s'il est évidemment injuste ou erroné (55), « s'il n'a pas été suivi » (c'est-à-dire est demeuré sans influence sur la pratique) (56) ou si les circonstances ont changé (57) en sorte qu'il peut y avoir des précédents contradictoires.

Ainsi pour avoir voulu réaliser une unification et une stabilisation trop stricte, on retourne à la diversité de solutions.

2. — Ni la centralisation très poussée de l'organisation judiciaire, ni la doctrine du précédent ne se retrouvent dans les systèmes juridiques continentaux, en France, en Allemagne ou en Italie. Aussi l'unification du droit y est-elle conçue de façon très différente et le rôle du Tribunal suprême beaucoup plus grand.

Les Tribunaux suprêmes de France, d'Allemagne et d'Italie appartiennent au même type, le type Cour de Cassation : la Cour de Cassation de France, la première en date, a servi de modèle : le *Reichsgericht* de Leipzig, la Cour de Cassation du royaume en Italie, malgré d'importantes différences, en sont des dérivés (58).

Il ne saurait être question de faire un exposé complet de l'organisation et du fonctionnement des trois Tribunaux suprêmes ; ce qui importe, c'est de faire ressortir leurs caractéristiques et pour cela de les mettre en parallèle sur quelques points essentiels.

1. — La première question qui se pose, question essentielle, est celle de l'unité du Tribunal suprême, condition *sine qua non* de l'unité de jurisprudence. Dans quelle mesure cette unité est-elle réalisée en France, en Allemagne et en Italie ?

a) En France, on le sait, l'unité est grande, il n'y a qu'une Chambre criminelle. En matière civile, il y a deux Chambres dont l'une, la Chambre des Requêtes, filtre les pourvois et dont l'autre, la Chambre civile, a seule le pouvoir de casser. Les dangers d'opposition de jurisprudence entre les Chambres sont réduits au minimum. Ils existent cependant et il ne serait pas difficile de trouver des exemples de conflits entre la Chambre des Re-

(53) Jenks, p. 36.

(54) Sur cette distinction v. Goodhart, *Determining the ratio decidendi of a case*, dans *Essays in jurisprudence and the common law* 1931, p. 1 et s.

(55) V. quelques exemples de précédents ainsi entachés d'« *obvious blunder* » dans S. Grinberg-Vinaver, p. 132 et s.

(56) Jenks, p. 35.

(57) Ibid. L'idée est la même que celle qu'exprime à propos de la loi la maxime « *Cessante ratione legis, cessat lex* »

(58) Comp. Calamandrei, I, n° 279.

quêtes et la Chambre civile, ou les Chambres civiles et la Chambre criminelle ⁽⁵⁹⁾.

b) En Allemagne, l'unité du Tribunal suprême est beaucoup moins grande ⁽⁶⁰⁾.

Le Tribunal d'Empire comprend un grand nombre de Chambres ; après des fluctuations diverses ⁽⁶¹⁾, il aurait actuellement, selon les derniers renseignements recueillis, 12 chambres, 7 chambres civiles et 5 chambres pénales ⁽⁶²⁾. Naturellement, ce nombre élevé de chambres risque d'introduire une diversité de jurisprudence au sein du Tribunal suprême. Pour y parer a été organisé le système du *Plenum*.

Lorsqu'une chambre civile voulait rendre une décision qui diffère d'une décision déjà rendue par une autre chambre civile, elle devait provoquer une assemblée plénière des chambres civiles qui décidait.

De même, en cas de danger de divergence entre les chambres pénales, il y avait lieu à une réunion de chambres pénales.

Enfin, s'il y avait danger de divergence entre les chambres pénales et les chambres civiles, il y avait lieu à une réunion de toutes les chambres civiles et pénales.

Ce système était ingénieux, mais en fait il fonctionnait mal. Le *plenum*, assemblée nombreuse, était difficile à manier. Aussi hésitait-on à en provoquer la réunion : on disait en Allemagne que le *Reichsgericht* avait l'*horror pleni* ⁽⁶³⁾. Les chambres qui voulaient s'écarter du précédent établi par une autre chambre se livraient à des distinctions rappelant le *distinguishing* anglais. Et en fait des jurisprudences divergentes s'établissaient.

Une loi du 28 juin 1935 a remplacé l'assemblée plénière des chambres civiles par un Grand Sénat civil et l'assemblée plénière des chambres pénales par un Grand Sénat Pénal ; à l'assemblée générale du *Reichsgericht* sont substitués les Grands Sénaats Réunis. Le but de la réforme est d'obtenir des juridictions plus maniables.

Les Grands Sénaats n'ont d'ailleurs pas seulement recueilli l'ancienne compétence des *Plena* : les divers Sénaats peuvent leur renvoyer les affaires de particulière importance ; et en matière pénale le Procureur général (*Oberreichsanwalt*) peut demander ce renvoi.

Il est encore trop tôt sans doute pour juger des résultats de ces réformes ⁽⁶⁴⁾.

c) En Italie, il y avait originairement cinq Cours de cassation régionales qui naturellement avaient des jurisprudences souvent différentes.

(59) V. sur ces conflits, Dubié, *Essai sur la technique des conflits de jurisprudence en droit civil*, thèse, Toulouse, 1932.

(60) Sur l'organisation du *Reichsgericht* v. W. Simons, in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, tome V, 1928, V° *Reichsgericht*, et in Magnus, op. cit. p. 3 et s.

(61) Sur lesquelles pour les années récentes, v. *Die Rechtsentwicklung der Jahre 1933 bis 1935-36*, supplément au *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, 1937, V° *Reichsgericht* par Fritz Hartung p. 616.

(62) Le service est assuré par 1 président, 1 vice-président, 10 présidents de chambres, 82 conseillers, et 8 magistrats auxiliaires. Le Parquet comprend 1 procureur général, 5 avocats du Reich, et 7 auxiliaires.

(63) V. Simons, dans Magnus, p. 14.

(64) Le système n'est pas sans analogie avec celui plus complexe et plus nuancé encore que l'on rencontre au sein du Conseil d'Etat français statuant au contentieux. (Cf. décret-loi du 5 mai 1934.)

L'unité était depuis longtemps désirée et l'on y tendait peu à peu en augmentant progressivement les attributions de la Cour de Rome. La réforme complète a été réalisée par le décret du 24 mars 1923 qui a fixé à Rome le siège de la Cour de Cassation du royaume ⁽⁶⁵⁾.

Mais si l'unité externe de la Cour de cassation est atteinte, il n'en est pas de même de l'unité intérieure. La Cour comprend en effet à l'heure actuelle trois chambres civiles et trois chambres pénales ⁽⁶⁶⁾.

Malgré cela il n'y a pas, pour parer au risque de jurisprudence divergente, une organisation analogue à celle des grands sénats ou sénats réunis d'Allemagne. Pour prévenir les divergences de jurisprudence, on a seulement créé deux organes annexes. Un *officio del massimario* qui tient un fichier des décisions de la Cour Suprême en dégagant de chaque arrêt la solution caractéristique. Et un *officio del ruolo* qui examine chaque recours, signale les irrégularités formelles susceptibles d'entraîner le rejet *de plano* (ce qui rappelle un peu l'activité de notre Chambre des requêtes), et recherche les précédents qui seront communiqués aux chambres de jugement ⁽⁶⁷⁾.

Cette organisation est très pratique et ingénieuse. Toutefois pour qu'elle suffise, comme on l'affirme, à éviter de façon à peu près complète les jurisprudences divergentes, il faut qu'il existe au sein de la Cour de cassation d'Italie une discipline volontaire très grande. Si elle venait à se relâcher, l'unité de jurisprudence serait presque fatalement compromise.

2. — Le deuxième point de vue important pour un parallèle des trois Tribunaux Suprêmes continentaux est l'étendue du contrôle exercé sur les décisions objets de pourvoi.

Aucun des trois Tribunaux Suprêmes n'est un troisième degré de juridiction. Le pourvoi en cassation français ou italien, comme la révision allemande, ne peuvent conduire qu'à un contrôle limité. Mais comment le contrôle de chacune des Cours Suprêmes est-il conçu ?

a) En vertu des textes qui l'ont institué, la Cour de Cassation française ne peut examiner le fond des affaires, elle ne peut intervenir que si la décision attaquée présente certains vices que l'on désigne sous le nom d'ouvertures au pourvoi : violation de forme, incompétence, excès de pouvoir, contrariétés de jugements, violation de la loi proprement dite. Toutes ces ouvertures se ramènent à la violation de la loi ⁽⁶⁸⁾. Et la Cour de cassation interprète le mot loi de façon très restrictive; trop restrictive : elle n'admet pas que la violation d'une loi étrangère ou d'une règle coutumière (usage) donne lieu à cassation. Il faut qu'il y ait eu violation d'une loi écrite française ⁽⁶⁹⁾.

Si sur ce point la jurisprudence de la Cour suprême est demeurée très stricte, par contre on peut dire que par ailleurs la Cour n'a cessé d'étendre son contrôle.

Lorsque l'on jette aujourd'hui un coup d'œil, même rapide, sur la jurisprudence de la Cour suprême, on aperçoit combien la pratique actuelle

(65) Sur la Cour de Cassation italienne v. d'Amélio dans Magnus, op. cit., p. 238 et ss.

(66) Le service est assuré par un premier président, 15 présidents de section, 87 conseillers, 7 conseillers adjoints.

(67) Sur cette organisation, v. d'Amélio, loc. cit. p. 246.

(68) Pour la démonstration v. notre ouvrage précité n° 49 et s., p. 80 et s.

(69) Ibid n° 59 et s., p. 101 et s.; et pour la critique n° 85 et s., p. 142 et s.

est loin du texte original qui enjoignait de ne casser que pour « contravention expresse à la loi ».

Il est depuis longtemps admis que la Cour peut casser pour fausse interprétation de la loi, c'est-à-dire lorsque le juge a donné de la loi une interprétation générale, abstraite, qui paraît erronée.

Depuis longtemps aussi il est admis que la Cour peut casser pour fausse application, c'est-à-dire lorsque le juge du fond a donné aux faits qu'il constate une qualification juridique inexacte. Cela n'est pas étonnant, car le contrôle de la qualification est de première importance pour le maintien de l'unité du droit. Lorsque le juge, après avoir constaté tel et tel faits, dit par exemple que ces faits constituent une faute, il donne en réalité une définition de la faute: non pas une définition générale, abstraite, mais une définition particulière valable pour les cas semblables. C'est par cette casuistique qu'une notion juridique peu à peu se construit. C'est ainsi que se fait, pour reprendre les expressions de Paul Claudel, « ce travail infini dans le détail, et dans son ensemble d'une plénitude royale de composition »⁽⁷⁰⁾ qui est comme un épanouissement des lois écrites. Pour maintenir cette harmonie d'ensemble, il était nécessaire que la Cour de Cassation exerçât son contrôle sur la qualification juridique. C'est ce qu'elle fait depuis longtemps et qu'elle tend à faire de plus en plus, abandonnant les distinctions par lesquelles on avait prétendu limiter son intervention⁽⁷¹⁾.

Enfin la Cour de Cassation est allée plus loin, si elle ne revise pas la constatation des faits qui appartient aux juges du fond, elle exige par contre que ces faits lui soient décrits dans des motifs précis, cohérents, et sérieux. Cela lui paraît à juste titre indispensable pour que le contrôle sur la qualification juridique des faits ne soit pas vide de substance. Comment contrôler l'exactitude d'une qualification juridique si les faits qualifiés ne sont pas exactement décrits? C'est pour obtenir cette description exacte des faits que la Cour de Cassation casse lorsqu'il y a insuffisance de motifs, ou lorsque les motifs sont contradictoires, ou enfin lorsqu'il y a dénaturation des actes sur lesquels les constatations de fait s'appuient. La Cour de Cassation ne prend pas parti sur le sens de l'acte. C'est pour elle une question de fait, mais elle refuse d'ajouter foi aux déclarations des juges si elles sont en contradiction avec les documents cités à l'appui, et si aucune raison plausible n'est donnée pour étayer l'interprétation adoptée⁽⁷²⁾.

Dans certaines décisions récentes la Cour de Cassation est allée plus loin. Nous faisons allusion aux arrêts rendus par la Chambre civile le 14 janvier 1931 dans l'affaire *Ville de Tokio*⁽⁷³⁾. Il s'agissait de l'interprétation de titres et prospectus d'un emprunt étranger. Et deux interprétations contradictoires, toutes deux plausibles et motivées, avaient été données par les Cours de Paris et de Besançon. Il s'agissait de l'interprétation d'un acte juridique. On ne pouvait prétendre qu'il ait été dénaturé sans

(70) *Conversations dans le Loir-et-Cher*, chronique du Roseau d'or, p. 65.

(71) Sur ce point notre ouvrage précité n° 109 et s., p. 191 et s.

(72) Ibid n° 137, p. 277 et s.

(73) D. P. 1931-1-5 avec les conclusions du P. G. Matter et la note de M. Savatier; S. 1931-1-125. Déjà un arrêt de la Chambre civile du 9 juillet 1930 (affaire de la *Société du port de Rosario*) pouvait faire prévoir cette évolution du contrôle de la Cour Suprême (D. P. 1931-1-5; S. 1931-1-124).

motif. La Cour de Cassation aurait dû rejeter les pourvois en déclarant les deux interprétations admissibles, si elle avait suivi sa jurisprudence ordinaire. Elle n'a pas cru possible de le faire; elle a pris parti en approuvant l'une des interprétations et condamnant l'autre. C'est dans sa jurisprudence un fait nouveau de grande importance : il s'agissait d'un acte privé, mais intéressant un grand nombre de personnes, elle n'a pas cru qu'il fut possible de laisser s'établir des interprétations divergentes. Et ainsi s'affirme à propos d'actes juridiques ayant une portée étendue la tendance de la Cour de Cassation française à intervenir de plus en plus, toutes les fois qu'est en cause une question d'intérêt général, susceptible de servir de précédent pour les affaires à venir, c'est-à-dire toutes les fois que son intervention est utile pour unifier la jurisprudence; on ne peut à mon sens que l'en approuver ⁽⁷⁴⁾.

b) Le contrôle du Reichsgericht est de même nature que celui de la Cour de Cassation, mais beaucoup plus étendu ⁽⁷⁵⁾.

Depuis longtemps le Reichsgericht se montre beaucoup plus hardi que la Cour de Cassation dans son contrôle juridique.

D'abord s'il refuse de reviser l'interprétation des lois étrangères, il admet par contre que la violation de toute règle juridique allemande, écrite ou non écrite, donne ouverture à révision. Il ne fait d'ailleurs que se conformer à l'article 550 de la *Zivilprozessordnung* : « La loi est violée, lorsqu'une règle de droit n'a pas été appliquée ou l'a été faussement » ⁽⁷⁶⁾.

(74) Qu'il nous soit permis de rappeler que nous avons prévu, précisément à propos des arrêts des cours de Paris et de Besançon, la difficulté à laquelle allait se heurter la cour de cassation; nous avons souhaité l'extension de son contrôle (V. notre ouvrage précité p. 344, note 3). La Cour de Cassation dans ses arrêts ne justifie pas le contrôle qu'elle exerce; le pourvoi est fondé sur la violation de l'article 1134, et le P. G. Matter, à la fin de ses conclusions, fait seulement une allusion rapide à la dénaturation (D. P. 1931-1-25 vol. 2). Comme nous l'expliquons au texte cette justification ne saurait suffire : en effet la Cour de Cassation ne se borne pas à constater que les juges du fait se sont écartés sans explications plausibles du sens obvié d'un document visé; il suffit de lire les arrêts de la Chambre civile pour apercevoir qu'elle refait elle-même le travail d'interprétation et conclut en donnant son interprétation. Les arrêts subséquents ne démentent pas cette attitude, même ceux qui utilisent au maximum les constatations fournies par les juges du fait, Civ. 7 juillet 1931 (*Société d'Héraclée*) S. 1932-1-256 (cet arrêt vise la dénaturation des clauses claires et précises, mais correspond nous semble-t-il à un contrôle plus large); Civ. 24 janvier 1934 D. P. 1934-1-73 avec la note de M. L. Troabas; Civ. 14 février 1934 (3^e et 4^e espèce, *Banque hypothécaire franco-argentine*) D. P. ibid; S. 1934-1-297, avec la note de M. A. Mestre. La Cour exige cependant que les documents invoqués devant elle aient été soumis aux juges du fond (v. Civ. 24 janvier 1934 (2^e espèce). La Chambre des Requêtes paraît adhérer à l'extension du contrôle (Req. 5 novembre 1934 D. H. 1934, p. 570; Req. 20 janvier 1936; S. 1936-1-127); le dernier arrêt peut à vrai dire s'inscrire dans le contrôle classique de la dénaturation. Nous avons par avance esquissé la justification de ce contrôle élargi, telle que nous la renouvelons sommairement au texte (V. notre ouvrage précité, n° 160, p. 343 et s.); dans le même sens Savatier (note précitée D. P. 1931-1-8) qui ne paraît pas avoir exactement interprété la position adoptée par nous. Comp. les observations de M. Maury, *La distinction du fait et du droit devant la Cour de Cassation*, Revue de droit international privé, 1931, p. 583 et s. Cf. E. Lambert, Un parère de jurisprudence comparative, 1934, p. 154 et s.

(75) La meilleure et la plus récente étude d'ensemble sur le contrôle du Reichsgericht est sans doute l'excellent ouvrage d'Erich Schwinge, *Grundlagen des Revisionsrechts*, 1935, aux ouvrages utilisés par lui, aj. Günter Schoppe, *Revision und Kassation*, 1935.

(76) Schwinge, op. cit. p. 60 et s. et les décisions analysées par lui. En ce qui concerne les règles juridiques étrangères, le Reichsgericht en matière civile contrôle seulement le parti pris sur le point de savoir quelle loi est applicable, mais ne revise pas

En second lieu, le Reichsgericht est dans l'ensemble plus hardi que la Cour de Cassation dans le contrôle de la qualification juridique (*subsumtion*). S'il était possible d'établir un parallèle détaillé dans une matière déterminée, la responsabilité civile par exemple, il apparaîtrait selon toute vraisemblance que la jurisprudence de Reichsgericht est plus que celle de la Cour de Cassation de nature à guider les juges inférieurs (par exemple en ce qui concerne les fautes susceptibles d'engendrer la responsabilité) (77).

En ce qui concerne l'interprétation des actes juridiques, le contrôle du Reichsgericht diffère sensiblement de celui de la Cour de Cassation (78). D'abord il revise depuis longtemps l'interprétation des conditions générales d'actes juridiques à domaine d'application étendu (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*) (79).

Quant aux actes juridiques et « déclarations de pensée » ordinaires le Reichsgericht malgré certaines allusions isolées (80) paraît répugner au contrôle dit de la dénaturation (81). Pour contrôler l'interprétation, il s'appuie sur les règles d'interprétation écrites ou non écrites dont il recherche les violations. Son contrôle est fort développé car il s'étend aux violations des règles d'expérience (*Erfahrungssätze*) ou des lois logiques (*Denkgesetze*) (82).

l'interprétation de la loi étrangère compétente. En matière pénale au contraire son contrôle serait plus large (v. Günter Schoppe, op. cit. p. 310 p. 23). Nous regrettons de n'avoir pu consulter le cours non encore publié de M. H. Lewald, *Le contrôle des Cours Suprêmes sur l'application des lois étrangères*. Rec. des cours de l'Académie de Droit international, 1936 (à paraître).

(77) Cf. Boyens, *Grenze zwischen Tatfrage und Rechtsfrage in der Rechtsprechung der Zivilsenate des Reichsgerichts*, *Sächsisches Archiv für Deutsches Bürgerliches Recht*, 1904, p. 165; Schwinge, p. 130. Parfois cependant même en matière de responsabilité, la Cour de Cassation se montre plus hardie que le Reichsgericht. Ce dernier considère par exemple que la question de savoir si une imprudence est « grossière » est pure appréciation de fait (V. Zivilsenat 14 juin 1932 J. W. 1932, 2.514); au contraire la Cour de Cassation contrôle si une faute mérite le qualificatif de « grave » (V. par exemple Civ. 15 janvier 1929 D. H. 1929 p. 204). De façon générale la différence n'apparaît pas très grande entre les deux jurisprudences. Celle du Reichsgericht accuse quant au contrôle de la *subsumtion* des incertitudes et des illogismes analogues à celles que l'on peut relever dans le contrôle français de la qualification (V. à ce sujet les décisions citées par Schwinge, loc. cit., et Schoppe p. 36 et s.). L'analogie est encore plus grande en matière pénale, étant donné la position plus réticente que conservent les chambres pénales du Reichsgericht (V. Mannheim, *Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstösse im Strafverfahren*, 1925, p. 85 et s., 103 et s.; Schwinge, p. 131 et s.).

(78) Sur cette question v. notamment A. Manigk, *Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen*, dans *Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben*, vol. VI, p. 94 et s.; E. Schwinge, op. cit. p. 92 et s.

(79) V. déjà VII Sénat civil 13 décembre 1912 (R. G. Z. 81, p. 117); cette jurisprudence est analysée par Schwinge, p. 99 et s.; cf. notamment VI Sénat civil 23 novembre 1922 (R. G. Z. 106, p. 120 et s.). Les Sénats pénaux au contraire sont moins hardis et ne suivent pas cette jurisprudence (Schwinge, p. 101) aj. Hildebrandt, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, *Archiv für die civilistische Praxis*, 1937, spécialement p. 343; Ludwig Raiser, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1935, p. 325 et s.

(80) VI Sénat civil 19 février 1931 (R. G. Z. 131, p. 343 et s. spécialement p. 350)

(81) V. au reste sur l'« *Aktenwidrigkeit* », les critiques de Schwinge, p. 237, et spécialement sur l'attitude de la jurisprudence allemande p. 239.

(82) Pour l'analyse de cette jurisprudence v. Manigk, op. cit. et Schwinge p. 173 et s. Les divergences entre Sénats autrefois signalées par Boyens (p. 175 et s.) paraissent avoir disparu.

Règles d'expérience et lois logiques sont également utilisées pour contrôler l'appréciation des preuves ⁽⁸³⁾.

Il y a là quelque chose de tout à fait étranger à la pratique française qui notamment ignore totalement les notions de règles d'expérience et de lois logiques. Cependant comme nous l'avons montré ailleurs, les notions générales déduites de l'expérience sont fréquemment utilisées pour interpréter et appliquer les règles légales ⁽⁸⁴⁾. Quant au contrôle de la violation des lois logiques, on peut en trouver une application dans la cassation pour motifs contradictoires. Ce ne sont là cependant que des applications partielles, fort éloignées des affirmations générales que contiennent les décisions allemandes, au moins quelques-unes d'entre elles ⁽⁸⁵⁾.

Enfin le Reichsgericht n'est pas, comme la Cour de Cassation, lié par le pourvoi quant à l'examen à faire de la décision attaquée.

La Cour de Cassation ne peut reviser la décision que dans la mesure où elle a été attaquée, dans la mesure des moyens proposés par les parties. A peine peut-elle invoquer d'office les moyens d'ordre public s'ils sont de pur droit.

Le Reichsgericht n'est lié par le pourvoi que s'il s'agit d'erreurs de procédure. S'il s'agit d'erreurs de jugement, il a le droit de relever d'office toutes les erreurs que la décision contient. C'est la pratique de la libre révision, la *Freie Revisionspraxis* (art. 559 Z. P. O.).

c) En Italie, les anciennes Cours de cassation régionales exerçaient leur contrôle suivant des principes à peu près identiques à ceux de la Cour de Cassation française vers la même époque. Depuis l'institution de la Cour de cassation unique, le contrôle a évolué ⁽⁸⁶⁾. A un point de vue tout au moins cette évolution paraît s'être réalisée dans le sens de l'extension : nous voulons parler du contrôle de l'interprétation de la loi étrangère rendue applicable par le droit international privé italien ⁽⁸⁷⁾. Mais sous résér-

(83) Sur la mesure de cette utilisation Schwinge, p. 148 et s.

(84) V. notre ouvrage précité, p. 161.

(85) I Sénat pénal 11 janvier 1927 (R. G. St. 61 p. 151). Cf. Schwinge p. 188. Il n'est pas sûr d'ailleurs que ces affirmations trop générales ne présentent pas des dangers. C'est l'avis de Schwinge qui s'efforce de faire disparaître la violation des maximes d'expérience et lois logiques en tant que motifs autonomes de révision, et de les intégrer dans le contrôle de la *subsumtion*, de l'interprétation, de l'appréciation des preuves ou de la motivation (op. cit. p. 178 et s.).

(86) Il n'existe pas, à notre connaissance, dans la doctrine italienne une étude d'ensemble de la jurisprudence de la Cour Suprême sur l'étendue de son contrôle. Nous devons donc nous borner à quelques impressions recueillies en parcourant les décisions récentes.

(87) Cass. Regno 30 juillet 1931 *Massimario del Foro italiano*, n° 661. Sur cette décision (citée avec la date du 8 juillet 1931) V. *Revista italiana di diritto internazionale privato e processuale* 1931 p. 280, et les observations de Diena, *ibid* 1932, p. 329 et s. qui critique l'allusion faite par la Cour Suprême à la théorie du « renvoi réceptif ». Comp. à ce sujet, J. Maury, *Règles générales des conflits des lois*, extrait du Recueil des Cours de l'Académie de droit international 1937, n° 51 et s. Par contre si le juge ne connaît pas la loi étrangère, il n'est pas tenu d'en rechercher la teneur, la preuve incombe aux parties. Et cette preuve ne peut être faite pour la première fois en cassation par production de documents non soumis aux juges du fait (Cass. Regno, I section civile, 23 mai 1930, *Foro italiano*, I, 968, note Andrioli). En ce qui concerne l'usage, la Cour de Cassation, si elle se réserve le contrôle de la qualification d'« usage législatif », abandonne aux juges du fond l'appréciation des preuves de l'existence et de la portée de cet usage. V. par exemple 2^e section civile 20 janvier 1933, *Foro italiano*, I, 573.

ve de ce qui vient d'être indiqué, il semble que la Cour de Cassation unique ait conçu son contrôle de façon plus restrictive que les Cours régionales et même que la Cour de cassation française. Cette tendance restrictive est apparente en ce qui concerne le contrôle sur la constatation des faits. Si la Cour Suprême italienne a réservé le droit de casser non seulement pour défaut complet de motifs, mais aussi pour « motivation défectueuse » (impossible, illogique, contradictoire, voire insuffisante) ⁽⁸⁸⁾, par contre le contrôle de la dénaturation des actes et documents (*travisamento*) est désormais exclu par une jurisprudence constante ⁽⁸⁹⁾; cette jurisprudence s'étend même à l'interprétation du contenu des jugements en vue de déterminer s'il y a chose jugée ⁽⁹⁰⁾.

L'abandon de la cassation pour *travisamento* ne paraît pas compensé à la manière du *Reichsgericht* par le contrôle de l'application des règles d'interprétation, ni par un contrôle de l'interprétation des actes juridiques ayant un domaine d'application étendu ⁽⁹¹⁾.

Quant à la notion de « maxime d'expérience » si elle a reçu grand accueil de la doctrine italienne ⁽⁹²⁾, il n'apparaît pas qu'elle soit explicitement utilisée par la Cour de Cassation dans sa jurisprudence, comme base d'un contrôle distinct de celui de l'interprétation abstraite de la loi, de la qualification juridique ou de la motivation ⁽⁹³⁾.

3. — Pour compléter l'examen des traits caractéristiques des deux tribunaux suprêmes, il faut se demander comment ils imposent aux tribunaux inférieurs le respect de leurs décisions.

a) La Cour de Cassation française se caractérise par le système du renvoi (loi du 1^{er} avril 1837).

Si la décision des juges du fond lui paraît entachée d'erreur de droit, elle ne peut en tenant les faits pour constants modifier le raisonnement juridique, et rendre une décision différente : elle n'a pas le pouvoir de juger. Elle doit casser et renvoyer à un juge du même ordre qui statue à nouveau en fait et en droit avec pleine liberté. Si le juge de renvoi résiste

(88) V. à ce sujet R. Provinciali, *Il giudizio di rinvio*, 1936, n° 3 et les exemples de cassation cités par lui p. 11 note 1.

(89) V. par exemple 18 mars 1937, *Massimario* 1937, n° 819, vol. 186; 3 juillet 1935, *Repertorio generale del Foro italiano* 1935, V° Cassazione in materia civile, n° 130.

(90) Sous réserve du contrôle de la qualification juridique ou de la motivation défectueuse. Jurisprudence très fournie. V. 22 mars 1937 *Massimario* 1937, n° 853, vol. 196, 23 février 1937, *ibid*, n° 510 vol. 120, etc. Comp. les critiques de P. d'Onoprio, note au *Foro italiano* 1929, I, p. 719. Pour l'interprétation souveraine des actes de procédure v. par exemple 21 décembre 1934 *Massimario* 1934, n° 3.660.

(91) V. par exemple 2^e section civile 18 janvier 1933, *Foro italiano* 1933, I, 418, qui considère comme souveraine l'interprétation d'un contrat collectif de travail. Aj. Montessori, *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza*, Chr. dans la *Revista del diritto commerciale*, 1934, p. 262 et les décisions citées.

(92) Note Andrioli précitée et les renvois.

(93) Dans son discours *Aspetti della corte di Cassazione compiuto il decennio della sua unita*, (*Revista penale* 1934, p. 1), le Procureur Général S. Longhi, signale comme manifestation de la tendance à un contrôle toujours plus étendu et profond de la Cour de Cassation, le contrôle exercé sur l'affirmation d'un fait notoire, ou sur l'application d'une maxime d'expérience, ou sur l'interprétation des actes juridiques (p. 6). Mais il semble, ainsi que nous l'indiquons au texte, que ce contrôle n'est pas une véritable autonomie par rapport à ceux de la qualification ou de la motivation et s'exerce par leur intermédiaire. Comp. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 1934, n° 414, p. 576.

à l'opinion juridique émise par la Cour de Cassation, il y a lieu à nouveau pourvoi devant les chambres réunies et cette fois la décision juridique de la Cour Suprême s'impose à la juridiction de renvoi. C'est par ce moyen que l'unité de jurisprudence se trouve en définitive assurée.

Dans certains cas cependant la Cour de Cassation censure la décision juridique des juges du fait sans avoir recours au renvoi.

Il en est ainsi tout d'abord lorsque la Cour, constatant que les motifs de droit invoqués par les juges du fait sont erronés, considère cependant que le dispositif peut être justifié par d'autres motifs. En ce cas elle rejette le pourvoi en suppléant l'argumentation juridique correcte. Ce procédé est utilisé par la Cour de Cassation en matière civile ⁽⁹⁴⁾; il l'est également en matière pénale où il est connu sous le nom de théorie de la peine justifiée ⁽⁹⁵⁾.

Même lorsque la Cour suprême estime injustifiés non seulement les motifs, mais la décision elle-même, elle ne renvoie pas toujours : il y a des hypothèses de cassation sans renvoi.

C'est d'abord le cas de façon générale, en ce qui concerne les cassations prononcées sur pourvoi du Procureur Général dans l'intérêt de la loi, ou sur ordre du garde des sceaux pour excès de pouvoir.

D'autre part, en matière criminelle, la cassation sans renvoi est pratiquée dans le cas de cassation par voie de retranchement qui élimine de la sentence certaines dispositions accessoires injustifiées et divisibles de la décision principale (par exemple prononcé irrégulier d'une peine complémentaire) ⁽⁹⁶⁾, ou encore lorsque la cassation de la décision objet du pourvoi, ne laisse plus pour l'avenir rien à juger (par exemple parce que le fait ne constitue pas une infraction punissable, parce qu'il y a eu prescription, amnistie, etc.) ⁽⁹⁷⁾.

En matière civile, en doctrine, on a soutenu que la cassation devrait avoir lieu sans renvoi dans certains cas : il semble par exemple que lorsque la Cour Suprême casse une décision qui a déclaré à tort un appel recevable, il pourrait suffire de casser sans renvoi la décision d'appel, ce qui ferait sortir à plein effet le jugement du premier degré, considéré désormais en dernier ressort. De même en cas de contrariété de jugement, il pourrait sembler suffisant de casser sans renvoi la seconde décision qui a méconnu la chose jugée par la première, laquelle recouvrerait ainsi pleine autorité. Mais la jurisprudence de la Cour de Cassation n'est pas favorable à cette doctrine et même dans ces hypothèses le renvoi est prononcé ⁽⁹⁸⁾.

b) En Allemagne, le système du renvoi n'existe pas.

Lorsque le Reichsgericht constate qu'une sentence qui lui a été déférée est erronée, il a le choix entre deux partis.

(94) V. par exemple Req. 14 novembre 1933 S. 1933-1-376; Comp. Morel, *Traité élémentaire de Procédure civile*, 1932, n° 660, p. 673.

(95) Patin, *Essai sur la peine justifiée*, thèse, Paris 19336 et les renvois; R. et P. Garraud, *Traité d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome V, 1928, n° 1815 et s., p. 351 et s.

(96) Sur ce point Garraud, op. cit. n° 1928 et s.

(97) V. article 429 C. I. C.; Garraud, op. cit. n° 1939 et s.; Falque, *La Cassation sans renvoi de l'article 429 du Code d'Instruction criminelle*, Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé, 1937, p. 39 et s.

(98) V. Glasson, Tissier et Morel, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure*, 3^e édition, tome III, 1929, n° 979.

Ou bien il estime que l'affaire est en état d'être jugée par lui; alors, en tenant les faits constatés par les juges inférieurs pour constants, il peut reviser le raisonnement juridique et rendre lui-même la décision. C'est la *revisio in jure* (art. 563 Z. P. O.).

Ou bien l'affaire n'est pas en état d'être jugée, et il y a lieu à renvoi au juge inférieur qui statue à nouveau mais est lié par l'opinion juridique émise par le Reichsgericht (Art. 565 Z. P. O.) (99).

Les deux systèmes ont leurs avantages. Le système français du renvoi (100) permet aux juges inférieurs de défendre leur opinion; l'élaboration du droit jurisprudentiel est plus mûrie. Le développement de la jurisprudence sur la responsabilité du fait des choses pourrait à titre d'exemple illustrer cette affirmation. Le système allemand conduit à une décision plus rapide; il est plus expéditif, moins coûteux.

c) Le droit italien occupe actuellement une situation intermédiaire.

Un système analogue à celui pratiqué en France demeure appliqué en matière civile (101).

Par contre en matière pénale, dès le premier renvoi, le juge à qui l'affaire est renvoyée « doit se conformer à la sentence de la Cour de Cassation pour ce qui concerne toute question de droit décidée par cette Cour » (102).

Ce dernier système gagne du terrain même en matière civile, pour la cassation de décisions rendues dans certains domaines spéciaux; exemple : les décisions des *tribunali del lavoro* (103).

4. — La structure des trois tribunaux suprêmes, les moyens employés pour unifier la jurisprudence étant connus, il reste à examiner dans quelle mesure les trois juridictions suffisent à leur tâche.

a) En Italie, les statistiques de l'année 1933-34 sont les suivantes (104) : en matière civile, il restait à juger au début de l'année 3.180 recours; pendant l'année 3.283 recours ont été introduits; 3.956 ont été évacués; en sorte que 2.507 seulement demeuraient à la fin de l'année. En matière pénale 5.266 recours étaient pendants au début de l'année; 8.818 ont été introduits; 10.030 évacués; ainsi 4.054 sont demeurés à juger. Le retard dans les deux domaines apparaît donc supportable et l'on peut considérer que pour le moment la Cour de Cassation italienne n'est pas dépassée par sa tâche.

b) En Allemagne, depuis son institution, le Reichsgericht a été de

(99) V. notamment Stein, *Die Bindung des Tatrichters gemäss § 565*, Juristische Wochenschrift 1922, p. 1.489. Schonke, *Die Bindung des Berufungsgericht an das Urteil des Revisionsgerichts*, 1934.

(100) Que l'auteur anglais Allen (op. cit. p. 122) considère comme « *extraordinarily circuitous* ».

(101) V. R. Provinciali, *Il giudizio di rinvio*, 1936. La Cour de Cassation italienne se reconnaît le droit de substituer des motifs exacts aux motifs erronés pour justifier le dispositif (Provinciali, n° 5, p. 14 et s. et ses critiques); elle pratique également en matière civile la cassation sans renvoi dans certains cas (Chiovenda, *Istituzioni*, II, n° 418, p. 601). Sur la question de savoir si le juge de renvoi est libre ou lié en cas de cassation pour erreur *in procedendo* v. Provinciali, n° 35, qui discute l'opinion contraire de Chiovenda.

(102) Art. 546 du Code procédure pénale du royaume d'Italie, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1931 (traduction Laguerre et Magnol, 1934, p. 236).

(103) Chiovenda, *Istituzioni*, II, n° 168; Provinciali n° 36.

(104) Statistiques fournies par le discours inaugural du P. G. Piola-Caselli, *Revista penale* 1935, p. 1.258.

façon presque continuelle encombré; périodiquement le problème de « l'allègement du Reichsgericht » s'est posé. Pour le résoudre, divers moyens ont été utilisés.

D'abord, le Reichsgericht a été déchargé de certaines fonctions annexes étrangères à la tâche principale ⁽¹⁰⁵⁾.

D'autre part, la tâche du Reichsgericht a été allégée par l'institution de Tribunaux supérieurs qui ont parfois avec lui une certaine communauté de personnel, et qui le remplacent dans certaines matières déterminées. Tels ont été ou sont, la *Reichsfinanzhof*, le *Reichswirtschaftsgericht*, le *Reichsversorgungsgesicht*, le *Kartellgericht*, le *Reichsarbeitsgericht* ⁽¹⁰⁶⁾, la Cour suprême militaire ⁽¹⁰⁷⁾. Il convient cependant de noter en sens opposé la récente modification de l'organisation judiciaire bavaroise qui a eu pour conséquence le transfert au *Reichsgericht* des révisions autrefois portées devant le *Bayerisches Oberstes Landesgericht* ⁽¹⁰⁸⁾. Au total, la multiplication des tribunaux suprêmes, même reliés par une certaine communauté de personnel, n'est pas sans danger pour l'unité de la jurisprudence.

Enfin, même dans le domaine d'activité réservé en propre au Reichsgericht divers moyens ont été employés pour limiter le nombre des pourvois.

D'une part, le pourvoi n'est admissible que si l'intérêt en litige dépasse une certaine somme : cette *Revisionssumme* a fait l'objet d'augmentations successives. Elle aboutit à exclure la révision dans les petits et même moyens procès. On peut considérer que cela est regrettable car l'intérêt juridique des questions décidées n'est pas fonction de l'importance matérielle de l'affaire ⁽¹⁰⁹⁾.

D'autre part, dans les affaires relatives à la vie conjugale (divorce, etc...) le pourvoi en révision ne peut être formé que si le juge d'appel a donné avis favorable au recours ⁽¹¹⁰⁾.

c) Quant à la Cour de Cassation française, malgré son personnel relativement réduit ⁽¹¹¹⁾, elle a derrière elle un très long passé d'activité satisfaisante. Bien qu'elle ait la charge de certaines compétences annexes (par exemple en matière disciplinaire, ou pour la révision en matière pénale) bien que son contrôle s'étende en principe sans restriction à toute décision en dernier ressort, même celles rendues par les juges de paix ⁽¹¹²⁾, la Cour

(105) Par exemple l'institution du *Volksgerichtshof* (loi du 24 avril 1934) a eu pour résultat de décharger le *Reichsgericht* de sa compétence de première instance.

(106) Simons, dans Magnus, op. cit. p. 15. Sur l'augmentation de la compétence de la cour financière du Reich par la loi du 27 mai 1933 v. *Handwörterbuch*, vol. 8, V° *Reichsgericht*, p. 167, vol. 2. Sur l'activité du *Reichsarbeitsgericht*, ibid. p. 617.

(107) *Handwörterbuch*, loc. cit. p. 618.

(108) *Handwörterbuch*, loc. cit. p. 617.

(109) V. les critiques de Schwinge, op. cit. p. 217 et s.

(110) V. O. du 14 juin 1932. Sur l'effet de la réforme v. deuxième tableau, p. 617, V° *Reichsgericht* dans le tome VIII du *Handwörterbuch*. C'est un système analogue à l'autorisation d'appeler du droit anglais. Mais le « climat » est ici différent. Le juge anglais désire souvent le recours aux Lords pour que soit ruinée l'autorité d'un précédent gênant. Sur le problème général de la réforme de la Révision, v. Schwinge, p. 196 et ss.

(111) Un premier président, trois présidents de chambre, quarante-cinq conseillers, un procureur général et six avocats généraux.

(112) Depuis la loi du 2 décembre 1915. V. Morel, op. cit. n° 657, p. 671.

de Cassation a jusqu'ici suffi à sa tâche ⁽¹¹³⁾. Cependant peu à peu, mais de façon à peu près constante, le retard augmente. L'inquiétude que l'on pouvait concevoir il y a quelques années ⁽¹¹⁴⁾ est considérablement accrue par les statistiques récentes ⁽¹¹⁵⁾. Au début de l'année 1936, en effet, la Chambre des Requêtes avait à juger 3.565 affaires. Si l'on néglige les affaires électorales d'ailleurs évacuées, elle a été saisie dans l'année de 1.557 pourvois nouveaux; 1.484 affaires ont été terminées, en sorte qu'à la fin de l'année 1936 il demeurait 3.638 affaires, soit, au rythme actuel, plus de deux ans de travail. Quant à la Chambre civile, elle avait au début de la même année 877 affaires en retard; 406 affaires nouvelles ont été introduites; 436 terminées; en sorte que le retard demeure de 847 affaires, soit presque deux ans de travail ⁽¹¹⁶⁾. La Chambre criminelle n'évacue pas non plus tous les pourvois dont elle est saisie ⁽¹¹⁷⁾.

Pour faire face à cette situation devenue inquiétante, peut-être suffira-t-il de chercher des remèdes dans les cadres actuels et éprouvés de l'institution, par exemple dans une augmentation du nombre des magistrats ou dans une meilleure utilisation de la Chambre des Requêtes ⁽¹¹⁸⁾.

Mais s'il était nécessaire d'aller à la recherche de modifications organiques ou de règles nouvelles, l'étude des expériences poursuivies dans d'autres pays serait à coup sûr fort instructive pour la préparation d'une semblable réforme. Cela est évident pour les organisations allemande et italienne qui sont des variantes fort proches de la Cassation française ⁽¹¹⁹⁾. Mais l'on peut beaucoup apprendre aussi du système anglo-saxon quoiqu'il soit le produit d'une culture juridique toute différente. Rapprochements et échanges sont possibles car, en tous pays, on retrouve la même idée dominante et directrice, la nécessité d'unifier la jurisprudence; et partout, au moins dans les pays étendus, dont la population est nombreuse et le commerce juridique intense, l'on est aux prises avec des difficultés analogues de réalisation pratique. C'est pourquoi peu de domaines ouvrent un champ meilleur à l'application de la méthode comparative.

(113) En ce qui concerne les décisions rendues par application de la législation spéciale sur les baux à loyer, il a été formé une commission supérieure de cassation qui décharge la Cour Suprême de ce travail (loi du 14 décembre 1920; décret-loi du 8 août 1935).

(114) V. à ce sujet notre ouvrage précité, p. 368 et 369.

(115) Que nous devons à l'obligeance de M. le conseiller Josserand et de M. le greffier en chef Plum.

(116) Nous négligeons les affaires prud'homales pour lesquelles le retard est même grand; ainsi que les affaires d'assurances sociales dont la charge nouvelle a été imposée à la Chambre civile par la loi du 5 avril 1928 et le décret-loi du 8 octobre 1935. (V. aussi décret du 25 juillet 1930, art. 235).

(117) Nous ne connaissons pas le chiffre exact du retard actuel mais en comparant pour les quatre années 1933-1936, le nombre des pourvois formés (31.076) et celui des arrêts rendus (27.567), on arrive à la conclusion que le retard a augmenté de 3.509 affaires.

(118) Sur ce dernier point, v. notre ouvrage précité, p. 370.

(119) La doctrine allemande qui avait autrefois tendance à accuser les différences entre la Cour de Cassation française et le *Reichsgericht*, reconnaît plus justement aujourd'hui par delà les différences secondaires, les similitudes fondamentales. V. notamment Schwinge, op. cit. principalement p. 40 et s.; Günter Schoppe op. cit. spécialement p. 58 et s.

LA LEGISLATION UNIFORME AUX ETATS-UNIS

Par RODNEY L. MOTT

*Professeur de Science Politique
Directeur de l'Ecole des Sciences Sociales
de la Colgate University*

Traduit par Armand ROUILLEAULT
Avocat à la Cour d'Appel de Lyon

Les Etats-Unis semblent constituer un sol fertile pour le développement d'une législation uniforme. Les quarante-huit Etats, en effet, ne présentent aucune différence marquante dans leurs idéals politiques, ni dans leur machinerie gouvernementale ; ils ne sont pas profondément séparés par leurs habitudes juridiques, ni par leurs intérêts économiques, ni par des différences dans les classes sociales qui les constituent —, le peuple a reçu un héritage culturel commun et parle la même langue ; la nation possède une forme d'organisation des affaires et un système de communications qui ont fortement centralisé sa vie commerciale, et le cadre constitutionnel développe, plutôt qu'il n'empêche, une action commune entre les Etats. Si les lois uniformes résultent de l'homogénéité sociale, les conditions américaines ne fournissent pas seulement une base idéale, mais aussi les forces génératrices nécessaires pour leur développement.

D'ailleurs, une longue tradition d'uniformité croissante du droit a résulté de l'extension graduelle des pouvoirs nationaux. La Constitution fédérale a été établie pour éliminer les différences de traitement commercial entre les Etats, et en même temps que grandissait le besoin d'une réglementation uniforme les pouvoirs du Gouvernement Central se sont développés pour faire face à ce besoin. Cette extension des pouvoirs fédéraux a été accomplie en partie par des amendements à la Constitution, et en partie par les décisions de la Cour Suprême des Etats-Unis, qui ont donné une interprétation de plus en plus large au pouvoir du gouvernement fédéral de réglementer « le commerce entre les divers Etats ». Avec l'approbation de la Cour, l'uniformité a été établie en des matières aussi variées que les tarifs de chemin de fer, les marques de fabrique, les boîtes de conserves, la réglementation des monopoles, les licences de radiotélégraphie et le contrôle des bourses des valeurs.

Il y a, cependant, des bornes très nettes à l'emploi des pouvoirs fédéraux pour réduire les divergences entre les systèmes juridiques coexis-

tants aux Etats-Unis. Même une Cour Suprême fédérale animée d'un esprit aussi national que celle des Etats-Unis ne peut pas décréter par elle-même que la réglementation du commerce (business) local, en même temps que du commerce entre Etats, qui a été tentée en vertu du National Industrial Recovery Act, rentre dans les pouvoirs accordés au Congrès par la Constitution. Et, comme le Professeur Ed. Lambert l'a si bien montré (dans « Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis », la même Cour, qui a accueilli à bras ouverts l'uniformisation en matière commerciale, a fermé la porte aux réglementations fédérales du travail.

Même s'il n'y avait point de portes constitutionnelles fermées à ouvrir, il resterait encore de hautes barrières à réduire avant que l'uniformité puisse être réalisée par voie de commandement fédéral. L'expérience qui a été faite du contrôle national du trafic des spiritueux, sous le régime de l'amendement de prohibition, ou de la réglementation des prix, pendant la courte vie de la *National Recovery Administration*, n'a pas été entièrement heureux. Il ressort évidemment de l'un et l'autre de ces cas qu'une uniformité législative qui n'est pas accompagnée d'une application intelligente et prudente de la loi, ne peut être qu'un mirage. De plus, quand le gouvernement fédéral aborde un nouveau champ d'activité, il se produit, avec les législations de chaque Etat, d'innombrables points de conflits. Une des principales objections à l'amendement, qui a été proposé pour donner au Gouvernement fédéral contrôle sur le travail des enfants, est que, à l'abri de cet amendement, le Congrès pourrait tenter de centraliser également l'éducation.

Une loi nationale, sur le mariage et le divorce, a été souvent proposée pour remplacer la situation présente où une concurrence s'établit entre les divers Etats, pour attirer à eux les affaires de mariage, en se montrant chacun plus accommodant que le voisin. L'établissement d'un unique code en ce domaine serait certainement désirable. Mais seul un néophyte en matière de droit pourrait envisager avec complaisance la tâche d'ajuster une loi fédérale sur cette matière aux règles diverses des Etats sur des sujets en corrélation avec elle, tels que le droit de la propriété, le droit des successions, de la légitimation, de la tutelle, le droit de la santé publique et le code pénal.

Les difficultés constitutionnelles administratives et légales que le Gouvernement national rencontre en prescrivant des règles uniformes sont de peu d'importance en présence des obstacles politiques d'ordre pratique à toute action législative en harmonie par les quarante-huit Etats. Une certaine mesure d'unité a pourtant été réalisée sans aucun plan, fortuitement. Les rédacteurs des projets d'où sont sorties certaines constitutions ou certaines lois d'Etats ont souvent pris, comme modèles, pour l'accomplissement de leurs tâches, ceux des documents similaires d'Etats frères qui leur semblaient les mieux appropriés. Ces copies législatives ont souvent coulé un certain nombre de pièces de législation dans des moules similaires, quoique les résultats de ce procédé n'aient pas toujours été fort heureux. C'est ainsi que l'Etat éloigné de la mer, dont le territoire est fait de prairies avec fort peu de rivières navigables et de lacs, qu'est le South Dakota, a solennellement stipulé dans sa Constitution que son gouverneur serait le commandant en chef des « forces militaires et navales de l'Etat » ; phrase copiée

sur les plus anciennes constitutions des Etats maritimes. Une loi sur les baux d'habitation, votée il y a quelques années par une législature de l'Ouest bien intentionnée, mais sans imagination, a été copiée sur une loi édictée pour la ville de New-York. Il en est résulté que tout fermier a été requis de fournir à ses domestiques des chambres pourvues d'eau courante et d'installations hygiéniques de toilette, choses qui, naturellement, étaient presque inconnues à cette époque dans ces pays ruraux.

Heureusement, beaucoup d'Etats ont pris des mesures nécessaires pour prévenir les plus graves inconvénients qui auraient pu résulter d'une copie trop intégrale des statuts des autres états. Beaucoup de législatures font procéder à un examen attentif de tout problème important par une commission d'enquête peu nombreuse avant qu'une nouvelle loi soit volée pour le résoudre. Plus de deux cents de ces commissions sont nommées pendant chaque période biennale (durée du mandat de chaque législature dans la plupart des Etats). Dans beaucoup de cas on donne des fonds à la commission pour se procurer un personnel d'experts pour étudier le problème, s'enquérir de la législation des autres Etats et rédiger un projet de loi. L'emploi de ces commissions d'enquête ne tend pas seulement à rendre les lois des divers Etats plus uniformes sur un problème donné ; une enquête réellement approfondie aboutit souvent à un Acte législatif si bien construit que d'autres Etats trouvent désirable d'accueillir ses dispositions dans leurs propres lois.

L'excellent rapport de la Commission new-yorkaise sur les Pensions de retraite pour la vieillesse, sous la direction du Sénateur Seabury C. Mastick, a été largement employé comme base pour la législation dans d'autres états, aussi bien que dans celui de New-York.

Les législatures de plus des trois-quarts des Etats ont établi des agences législatives permanentes de documentation pour guider leurs membres au travers du dédale des diverses législations. Beaucoup de ces agences sont bien organisées avec un personnel expérimenté, des ressources suffisantes de bibliothèque et des bureaux appropriés. Elles compilent les lois des autres états sur les sujets d'intérêt courant, préparent des résumés d'information technique pour le législateur et quelquefois font des recherches approfondies sur les effets sociaux et économiques des types divers de lois. Dans quelques Etats, elles rédigent un grand nombre de projets de lois qui sont ensuite introduits devant les corps législatifs et quelques législatures leur soumettent même tous les projets de lois pour les revoir quant à la forme avant qu'ils soient définitivement adoptés.

Par leur étude constante de la législation, ces agences sont en mesure d'indiquer quelle est celle des lois d'un autre état qui serait le plus apte à produire le résultat que le législateur désire. Cette pratique tend à provoquer une sorte de similitude de fait entre les lois des états, à défaut d'une uniformité rigoureuse.

Pour faciliter la tâche de ces services de renseignements législatifs en leur procurant des données sur les législations des autres états, on a établi récemment l'*Interstate Reference Service*. Cet organe fonctionne comme un « *clearing house* » d'information sur les problèmes législatifs, répond aux demandes des services de renseignements législatifs des Etats, prépare des bulletins sur certains sujets de législation et publie mensuellement une revue « *State Government* » dans laquelle sont discutées les ma-

tières législatives. Il est maintenant possible aux améliorations réalisées dans la législation d'être connues en un temps très court dans l'ensemble des Etats-Unis par ceux qui ont à rédiger des projets de loi.

Durant la crise bancaire de 1933, des exemplaires de lois d'Etats destinés à faire face à cette crise (*emergency statutes*) ont été envoyés par la poste aérienne et se sont trouvés sur les tables des directeurs des Bureaux de documentation législative en deux jours. Cet organisme a déjà prouvé sa valeur pour mettre en harmonie les lois des divers Etats et, comme il s'établit sur des bases de plus en plus solides, son influence dans cette voie ne cessera pas d'augmenter. Entretenu par les subventions des législatures elles-mêmes avec l'assistance d'une des fondations philanthropiques, il ne peut guère être accusé de servir les intérêts du lobby.

Les organisations qui se livrent à la propagande dans les couloirs des législatures ont eu, cependant, une part considérable dans ce travail de développement de l'uniformité législative en un certain nombre de domaines. Un almanach publié par le *Public Administration Clearing House* énumère cent cinquante agences qui cherchent à exercer une action législative d'ensemble sur des sujets particuliers dans les divers Etats. Certaines d'entre elles sont fort puissantes et possèdent un personnel de recherches qualifié qui a fait parfois d'excellente besogne. Ainsi le *National Safety Council*, avec un personnel de quatre-vingt-quinze personnes, a exercé une influence considérable dans la direction de lois plus uniformes pour développer la sécurité dans les usines, sur les chemins de fer, sur les voies publiques et dans les maisons privées.

Encore plus influente est l'*American Automobile Association* qui compte à son siège central un personnel de deux cents personnes et a des représentants dans chaque Etat. Par une campagne très étendue de propagande, elle est en mesure d'exercer une influence considérable dans le sens d'une plus grande uniformité dans la législation sur les véhicules automobiles. Beaucoup de ces organisations sont soutenues par des citoyens qui ont en vue l'intérêt public, et comme elles ne s'intéressent au développement de l'uniformité que dans un domaine limité, elles n'ont aucun intérêt égoïste à protéger; de même l'*American Association for Labor Legislation* a eu une grande influence sur la propagation de l'information sur les lois sur le Travail et elle a aidé à éviter des diversités inutiles entre elles. La plupart de ces organisations se livrent à beaucoup d'autres activités que la poursuite d'une uniformité législative. L'*American Uniform Boiler Law Society*, cependant, a pour but unique d'assurer l'adoption d'un code uniforme par la Société Américaine des Ingénieurs techniciens.

En général, ces organisations représentent de simples particuliers, des sociétés ou des maisons de commerce indépendantes du Gouvernement. Il y a, cependant, un certain nombre d'organisations de fonctionnaires dont beaucoup ont un champ d'action national et augmentent ainsi, dans leur domaine propre, l'uniformité législative. Ainsi, l'*American Public Welfare Association* procure, entre autres choses, un personnel qualifié qui peut conseiller les comités législatifs des Etats et les magistrats municipaux sur les modifications à apporter à leurs lois sur l'assistance aux pauvres ou leurs lois sur leurs institutions publiques de prévoyance et assistance sociale. Ses membres se composent de fonctionnaires des états ou des municipalités, elle dispose de grandes ressources techniques pour son travail et

elle peut faire beaucoup pour l'unification de la législation sur le bien-être public. La *National Tax Association*, composée de fonctionnaires de l'administration des Finances, de contribuables, de professeurs de science et législation financière, a eu une activité particulièrement grande dans l'étude des problèmes soulevés par la double taxation et dans la recherche d'un système fiscal plus apte à harmoniser les intérêts des Etats et ceux de la Nation.

Il est cependant fort naturel que les membres des législatures d'Etats regardent avec plus ou moins de suspicion les représentants de ces organisations. Leurs tactiques de propagande, leur intérêt limité à des domaines législatifs spéciaux et parfois la source de leurs subsides financiers ont été de nature à porter préjudice à leur travail. En dépit de ces handicaps, ces organisations ont été d'une aide réelle dans l'élaboration d'une législation plus harmonieuse. Leur enthousiasme, la vigueur de leurs campagnes éducatives, la continuité de leur travail d'années en années et le caractère intelligent et éclairé de leurs dirigeants ont été une source extraordinaire de force. Si elles n'ont pas obtenu l'uniformité des textes législatifs autant que l'uniformité des idées, leur travail a été cependant la base d'une structure législative plus consistante aux Etats-Unis.

La *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* est de beaucoup la plus importante organisation s'efforçant de réaliser l'uniformité de la législation dans les Etats-Unis. C'est un corps officiel créé par les lois d'Etats et dans lequel entrent pour chaque état ou territoire trois délégués nommés par le Gouverneur et qui sont invariablement choisis parmi les membres les plus influents du barreau ou les professeurs des écoles de droit. La Conférence a aujourd'hui quarante-cinq ans d'existence et a compté parmi ses membres beaucoup des savants américains les plus connus dans le domaine du droit comparé. L'esprit de dévouement à la chose publique de ces délégués est tel qu'aucun d'entre eux ne reçoit de traitement et qu'ils peuvent même ne pas se voir rembourser leurs frais de voyage pour les réunions annuelles de la Conférence, et cependant leur assiduité à ces réunions est, d'ordinaire, très grande.

Le mode de travail de la Conférence est de nature à inspirer confiance en son œuvre. Un Acte Uniforme est préparé et étudié pendant un certain nombre d'années, et d'ordinaire il en est établi plusieurs éditions préliminaires qui sont soumises à discussion, correction et amendement avant d'être présentées au public. Quand la Conférence décide qu'un Acte Uniforme est désirable sur un sujet déterminé, elle nomme un sous-comité pour le rédiger. Ces sous-comités ont souvent demandé l'assistance d'experts juridiques, hommes d'une réputation reconnue dans leur domaine, pour rédiger les modèles d'Actes législatifs portant sur les sujets les plus compliqués. Ainsi, plusieurs des modèles d'Actes qui constituent les premiers éléments d'un Code Commercial Uniforme ont été rédigés par le professeur Samuel Williston, de l'Université Harvard, qui est reconnu par tous comme l'homme le plus compétent en ce domaine. Le texte, une fois préparé par son rédacteur, est ensuite examiné par le sous-comité qui peut le modifier, le renvoyer pour une nouvelle rédaction ou, au contraire, décider de le soumettre à l'Assemblée annuelle. Là, il est discuté section par section ; les objections y sont examinées et les modifications proposées. L'Acte est ensuite renvoyé au sous-comité pour examen à nouveau. Ce processus peut être répété plusieurs fois avant qu'un texte soit présenté qui reçoive l'approbation de la Confé-

rence. L'Acte Uniforme sur les Connaissements ne fut approuvé par la Conférence qu'après que cinq rédactions différentes eurent été successivement préparées, imprimées et discutées.

Les Actes Uniformes, qui ont été approuvés par la Conférence sont soumis à la Section des Lois Uniformes d'Etats de l'Association du Barreau Américain pour obtenir son approbation, et sont ensuite adressés aux associations du barreau des divers Etats et recommandés à leur attention. Seuls les Actes, qui peuvent obtenir cet appui très étendu, sont soumis aux législatures d'Etats en vue d'arriver à ce qu'elles les adoptent. Cette procédure laborieuse fait des Lois Uniformes des modèles de rédaction et les textes législatifs-types que la Conférence a établis, exercent une importante influence sur l'amélioration technique des lois américaines. Le soin méticuleux qui est apporté à la préparation des Lois Uniformes est une garantie de leur importance et, par là même, rend difficile aux législatures des Etats de les ignorer.

Cette procédure, toutefois, est mieux adaptée à certains types de législations qu'à d'autres. Si elle est admirablement adaptée à la rédaction des lois gouvernant les transactions commerciales, elle n'opère pas aussi bien dans le champ de la législation sociale. Tout homme de loi qui a réussi près de la clientèle rencontre des problèmes commerciaux dans l'exercice de sa profession et les avocats qui composent la Conférence sont vraisemblablement très au courant de ces matières-là. Mais, en revanche, ils sont assez rarement en contact avec les besoins sociaux même les plus primordiaux, qui seraient mieux connus d'économistes, de spécialistes des sciences politiques, ou de sociologues. De plus, la Conférence s'est abstenue de tenir des séances pour audition de ceux qui ont une connaissance spéciale de ces problèmes et qui pourraient l'éclairer. Le résultat en a été que les modèles de lois rédigés par elle dans le domaine social n'ont pas toujours tenu compte de tous les aspects du problème. Et, par suite, les législatures ont été portées à prendre en considération de préférence les programmes de législation sociale qui étaient appuyés par les groupes d'intérêts qui sont affectés par elle quoique le but de ces groupes soit souvent un but égoïste.

Pendant les quarante-deux premières années de son existence (jusqu'en 1934), la Conférence a rédigé et approuvé 66 actes, et, en outre, en a approuvé sept qui avaient été rédigés par d'autres organismes. Quelques-uns de ses plus anciens Actes ont été déclarés surannés ou ont été retirés par la Conférence ; restent 53 Actes seulement qui sont recommandés à l'adoption par les législatures des états.

L'acte organique régissant l'activité de la Conférence déclare que son objet est de « promouvoir l'uniformité dans les lois des Etats sur tous les sujets où cette uniformité est jugée désirable et praticable ».

En général, elle s'est fait de cet objet une vue plutôt stricte. La Conférence a cherché à limiter ses recommandations à des sujets présentant un intérêt pour l'ensemble des Etats-Unis et rentrant dans les domaines pour lesquels les principes du droit sont bien établis ; et elle a évité le domaine de la police publique (lois sociales). Quelque rapidement que se soit accru le nombre des Actes qu'elle a approuvés, la Conférence s'est généralement gardée de travailler à préparer de nouvelles lois ou des réformes législatives. Un de ses membres a déclaré : « On ne saurait rendre uniforme ce qui n'a pas encore été formé ».

La Conférence opère avec un budget relativement faible d'environ 10.000 dollars par an. Les deux tiers de ces sommes à peu près viennent d'une subvention annuelle de l'Association Américaine du Barreau. Le reste du budget est fourni par les contributions d'Associations du Barreau, soit d'Etats, soit municipales, et des crédits alloués par les législatures d'Etats. Durant les trente dernières années, les législatures de trente-deux Etats ont fait un ou plusieurs dons à la Conférence. Si l'apport pécuniaire des autorités publiques à l'œuvre de la Conférence a été assez faible, il n'en atteste pas moins l'intérêt qu'elles attachent à cette œuvre. La seule autre source appréciable d'aide financière que la Conférence ait jamais reçue, a été un don en 1905 de l'Association Américaine des propriétaires d'entrepôts, pour payer sa part des frais de rédaction de l'Acte Uniforme sur les récépissés de magasins généraux (*Uniform Warehouse Receipts Act*). Il n'y a aucun indice que la Conférence ait jamais permis qu'une des contributions pécuniaires qui lui ont été apportées puisse influencer son jugement sur les Actes Uniformes proposés.

Le résultat des efforts de la Conférence des Commissaires pour l'uniformisation des lois d'Etats a été, à tout prendre, désappointant. Après une dépense d'environ 200.000 dollars, après le temps et les efforts consacrés à cette œuvre par plusieurs centaines d'entre les juristes des Etats-Unis les plus capables et les plus animés du souci de l'intérêt général, il est quelque peu décourageant de constater que les lois uniformes-types de la Conférence n'ont guère été adoptées que par un quart des Etats. Un seul acte a été adopté par tous les Etats et territoires : l'*Uniform Negotiable Instruments Act* (loi sur les effets de commerce, lettres de change et billets à ordre) ; quatre autres seulement ont été adoptés par la moitié des Etats et Territoires : l'*Uniform Sales Act* (loi sur la vente de meubles), l'*Uniform Warehouse Receipts Act* (loi sur les récépissés de magasins généraux), l'*Uniform Bills of Lading Act* (loi sur les connaissements) et l'*Uniform Veteran's Guardianship Act* (retraite des combattants de la guerre) ; vingt Actes seulement ont été adoptés par un quart des législatures. D'autre part, il y a douze actes qui n'ont pas été adoptés par plus d'une législature. Autrement dit, environ un cinquième de l'œuvre n'a eu aucune action sur l'uniformisation des lois d'Etats et moins d'un dixième a produit sur elle un effet matériel.

Il faut, naturellement, beaucoup de temps pour rendre familières aux législateurs de quarante-huit Etats les dispositions de ces Actes et pour briser leur hésitation naturelle à accepter des lois rédigées par d'autres agences. La presque totalité des douze Actes qui n'ont pas été adoptés par plus d'une législature ont moins de dix ans d'existence. Mais le temps n'est pas seul en cause. Le premier acte qui ait été approuvé par la Conférence, l'*Uniform Acknowledgments Act* (loi sur les Reconnaissances d'actes instrumentaires écrits) n'a été adopté que par cinq états depuis quarante ans qu'il est offert aux législatures et l'*Uniform Marriage and Marriage License Act* (loi sur le mariage et la licence de mariage, qui a été approuvée par la Conférence en 1911, n'a encore été introduit que dans la législation du seul Etat de Wisconsin. Il est évident que la Conférence n'a pas réussi à acquérir le prestige nécessaire pour permettre à ses Actes d'être adoptés par les législatures sans opposition.

La difficulté à laquelle elle s'est heurtée est, en partie, d'ordre juridique et, en partie, d'ordre politique; malgré le fait que beaucoup d'entre les Actes

Uniformes contiennent des articles et des clauses qui se trouvaient déjà dans les lois de beaucoup d'États, il peut être délicat pour certains d'entre eux de les adopter entièrement. Souvent, les termes employés doivent être rendus conformes à la phraséologie des autres lois de l'état particulier où on les introduit. Ainsi le mot « felony » a une grande variété de significations dans le droit pénal américain et il est fréquemment nécessaire pour la législature d'amender la lettre de l'Acte Uniforme pour assurer la réalité de l'uniformité. La procédure civile et criminelle varie d'état à état ; et comme les Actes Uniformes doivent être appliqués par les cours de justice des États, il est souvent nécessaire de changer le texte d'une loi préexistante pour qu'un Acte Uniforme puisse opérer avec le minimum de difficultés dans la juridiction de tel ou tel État. Ces difficultés d'ordre juridique ne sont sans doute pas sans importance ; mais, si on les aborde franchement et avec le désir sincère d'établir un statut qui s'harmonise avec les lois des autres états, elles peuvent, en général, être surmontées. Elles expliquent certains des changements qui ont été faits dans les Actes Uniformes, au moment de leur adoption dans les divers états. Mais elles ne les expliquent certainement pas tous. Le plus sérieux obstacle à l'unification est, en effet, de beaucoup l'obstacle politique.

Ceux qui ont organisé la Conférence des Commissaires à l'uniformisation des lois d'États n'ont pas tenu compte de la courte durée du mandat des Assemblées législatives américaines et des rapides changements qui se produisent dans la composition de leur personnel. Près de la moitié des membres des quarante-huit législatures ne sont en fonction que pour une durée de deux ans et durant cette période il n'y a qu'une seule session législative. Dans chaque législature, la comparaison des listes successives de ses membres montre qu'un petit nombre seulement de ceux-ci a siégé pendant quatre sessions ou plus. Il y a donc assez peu de continuité dans le personnel de ces législatures et, en conséquence, la politique y est discontinuée d'une session à l'autre. Même quand une session décide de soutenir l'œuvre de la Conférence, en lui donnant une aide financière et en approuvant les lois proposées par elle, il n'y a aucune certitude que ce soutien sera continué pendant la session suivante. Tout dépend de l'intérêt qu'y prendront les individus qui feront partie de la législature, et la tâche d'intéresser à nouveau, tous les deux ou quatre ans, la majorité d'entre les 7.500 membres des corps législatifs d'États américains est une tâche à laquelle la Conférence n'a jamais été apte à faire face.

Un législateur nouvellement élu est submergé de propositions de lois. Beaucoup de celles-ci proviennent d'organisations dont les noms et les entêtes indiquent un égal intérêt pour le bien public que celui que lui porte la Conférence des Commissaires à l'Uniformisation des lois d'État. Quelques-unes, d'ailleurs, déclarent qu'elles se consacrent aussi à la poursuite de l'uniformisation de la législation. Il y a là de quoi étonner et déconcerter le législateur novice. De plus, même après avoir fait son entrée à la Chambre de son État, il n'y trouve aucun de ses collègues qui ait été membre de la Conférence ; car, les membres de la législature n'y sont jamais nommés durant la durée de leur mandat. S'il est membre de l'Association Américaine du Barreau, il soutiendra probablement les propositions de la Conférence, mais il n'y a guère qu'un quart des juristes des États-Unis qui soient membres de cet organisme, et, pour ceux qui n'en font pas partie, il est

probable qu'ils se joindront à ceux des membres de la législature qui ne sont pas hommes de lois, dans leur suspicion naturelle contre les mobiles de la Conférence. En conséquence, même quand une législature est favorablement disposée envers le principe de l'uniformité, elle examine les propositions de la Conférence de très près. Le résultat se traduit alors par un grand nombre d'amendements, dont chacun tend à détruire la valeur de la loi qui sera votée en tant que moyen de mettre en harmonie les unes avec les autres les lois des divers Etats.

Les inconvénients qui en découlent sont de deux sortes : Les Actes proposés par la Conférence n'ont pas été adoptés par beaucoup d'Etats, ou bien ils ont été modifiés par les législatures d'Etats de telle manière que leur uniformité en a été affaiblie. Les rapports de la Conférence montrent que les lois uniformes proposées par elle ont été modifiées en moyenne par un huitième des législatures, et — ce qui est encore de plus mauvais augure — cette tendance à modifier les modèles d'actes uniformes va sans cesse croissant. C'est ce qui ressort clairement du tableau suivant :

Modifications apportées aux Lois uniformes par les législatures.

Années	Actes approuvés par la Conférence	Nombre total d'adoptions	Nombre d'adoptions avec modifica- tions	Pourcentage de modifica- tions
1920	22	274	11	4,0
1925	34	375	18	4,8
1930	48	540	67	12,4
1935	58	693	88	12,7

Cette tendance des Etats à modifier les Actes Uniformes avant de les adopter, risque fort de détruire la valeur des efforts de la Conférence pour promouvoir l'uniformité des lois d'Etats si on n'arrive pas à la freiner.

Si les amendements se bornaient à des modifications de détail, la situation ne serait pas bien grave. Mais Graves (*Uniform State Action*, page 52) a estimé que, dans les deux tiers au moins des cas, les modifications ont été assez sérieuses pour nuire à l'uniformité de l'acte. Une étude comparative du texte de quelques-unes des lois uniformes, après leur adoption par les divers états, montre qu'elles se heurtent à un esprit très conservateur. Si on comptait chaque changement fait dans les textes d'un modèle d'Acte Uniforme, on s'apercevrait que ceux de ces textes qui ont été l'objet d'adoptions identiques sont très peu nombreux. L'Acte sur les effets de commerce (*Uniform Negotiable Instruments Act*) a été modifié dans quelques-uns de ses éléments particuliers par 47 des 53 Etats et Territoires où il est devenu la loi en vigueur. Des changements ont été apportés à 117 des 197 sections de cet Acte Uniforme. Beaucoup de ces changements sont naturellement de très faible importance et certains d'entre eux sont sans aucun doute des erreurs. Malgré cela, on reste surpris par le nombre des Etats qui ont réécrit des sections (articles français), ajouté à des sections des clauses qui ne figuraient pas dans l'Acte Uniforme, supprimé quelques-unes de ses clauses ou même des sections entières.

Le tableau suivant montre dans quelle proportion un même acte a pu être modifié par quelques-unes des législatures.

*Modifications législatives apportées au Negotiable Instruments Act
par certains des Etats :*

Etats	Section où des clauses (paragra- phes) ont été ajoutées	Sections où des clauses ont été omises	Sections réécrites	Sections omises
Arizona.	—	3	2	2
Georgie.	1	1	2	1
Illinois.	2	2	14	2
Kentucky.	1	4	1	2
Massachusetts.	—	1	3	1
Caroline du Nord.	3	2	—	1
Dakota du Sud.	3	2	8	5
West Virginia	3	2	30	1
Wisconsin.	—	2	—	1
Total pour tous les Etats, y compris ceux qui ne figurent pas dans la liste ci-dessus..	34	35	46	33

Ce tableau ne fait pas entrer en ligne de compte les variantes qui proviennent d'erreurs évidentes dans la promulgation d'un « statut » d'Etat, ni même les changements volontaires d'un mot ou deux qui peuvent cependant altérer le sens de l'Acte plus que l'omission d'une section entière. Les difficultés que la Conférence rencontre du côté des législatures d'Etats sont évidemment des plus graves.

Si nous avons choisi pour une analyse détaillée les adoptions dont a été l'objet le *Negotiable Instruments Act* (loi sur les effets de commerce), c'est parce que cet Acte est le seul qui ait été adopté par tous les Etats et territoires, et parce qu'on le considère généralement comme le succès le plus frappant que la Conférence ait remporté dans son effort pour développer l'uniformité des lois. L'étude des autres Actes nous raconterait d'ailleurs sensiblement la même histoire. En général on constate que les Actes, qui ont été adoptés rapidement par un grand nombre d'Etats, ont subi moins de mutilations que ceux qui ont touché à des questions controversées. On peut dire aussi que les efforts faits pour apporter l'uniformité dans les divers champs de la législation sociale ont rencontré beaucoup plus de résistance législative que ceux qui ont été faits dans le champ du droit commercial. La seule pièce de législation sociale uniforme qui ait réussi à être adoptée par un quart des Etats, est l'*Uniform Desertion and Non-Support Act* (loi sur la désertion des devoirs de famille) qui est en vigueur dans dix-neuf juridictions d'Etats. Cet Acte a, d'ailleurs, été modifié par chacune des législatures qui l'ont fait entrer dans le corps des lois (Statute Book) de leur Etat, et il n'y a pas une seule de ses sections qui soit identique dans l'ensemble des dix-neuf Etats. Les mêmes forces qui ont amené certaines législatures à rejeter la législation sociale uniforme, ont provoqué les modifications et altérations qui lui ont été apportées par d'autres.

Ce dernier résultat naturellement est moins regrettable que le premier, parce qu'un acte d'unification, malgré les modifications diverses que lui font subir les diverses législations, pourra produire un ensemble considérable.

de règles qui seront communes aux Etats qui l'auront adopté. Mais on doit, toutefois, déplorer que les législatures éprouvent le besoin de modifier des modèles de lois, qui ont été si soigneusement rédigés.

Une situation analogue a été créée par les amendements qui ont été faits à un Acte postérieurement à son adoption. La Conférence n'a jamais déclaré que les Actes qu'elle rédigeait fussent infaillibles et ne dussent jamais être changés. D'ailleurs, elle a elle-même rédigé et approuvé des amendements à trois de ces Actes, et elle est, à l'heure actuelle, en train d'examiner une longue série d'amendements au *Negotiable Instruments Act* (loi sur la lettre de change et le billet à ordre). Mais les amendements non autorisés qui ont été adoptés par les législatures, ont de beaucoup dépassé à la fois en nombre et en importance ceux des amendements adoptés par la Conférence qui ont été édictés par des législatures d'Etats.

Le *Negotiable Instruments Act* a lui seul a été ainsi amendé dans vingt-neuf des cinquante-trois Etats ou Territoires, qui l'avaient mis en vigueur. Des changements ont été par là apportés à trente-deux de ses 197 sections. Environ un tiers de ces amendements ont mis la loi d'Etat plus en harmonie avec l'Acte Uniforme; mais la grande majorité ont agi dans le sens d'une diminution plutôt que d'une augmentation de l'uniformité. Les amendements aux Actes Uniformes de législation sociale ont même été plus drastiques. Trois Etats ont abrogé l'Acte Uniforme sur la désertion des devoirs de famille et lui ont substitué une loi rédigée suivant d'autres lignes. Treize autres Etats lui ont fait subir d'importants amendements, et dans deux seulement les amendements ont été destinés à mettre la loi d'Etat en harmonie avec l'Acte Uniforme.

Une action législative adverse n'est pas, toutefois, le seul péril auquel un Acte Uniforme ait à faire face. Plus désastreuse encore est une interprétation adverse des règles contenues dans ses dispositions par les différentes Cours de justice des Etats. La doctrine du *stare decisis* est si fortement ancrée dans la pensée juridique américaine qu'il est parfois difficile aux Cours de justice de comprendre que la législature, en donnant sa sanction à un Acte Uniforme, a réellement eu l'intention de changer des règles anciennes qui avaient été appliquées dans cet Etat.

Les cas où les tribunaux ont ignoré l'existence de cette loi ont heureusement été peu nombreux, mais le danger d'interprétations divergentes dans chaque Etat est beaucoup plus grave. Dans le système d'organisation judiciaire américaine, il n'y a aucun corps qui puisse mettre en harmonie les décisions des Cours de justice des divers Etats sur l'interprétation de leurs « statuts » et leur imposer une interprétation commune. La Cour Suprême des Etats-Unis ne joue le rôle de Cour régulatrice suprême que par rapport à la loi fédérale et aux Cours fédérales; mais pour toutes les matières qui sont du domaine de la loi de chaque Etat, une compétence exclusive appartient aux Cours de justice de cet Etat.

Le danger d'interprétations différentes de la loi devenait si grand, que la Conférence, depuis 1906, a inséré dans chacun des Actes qu'elle a approuvés, une clause prévoyant que les Cours de justice des Etats devront interpréter l'Acte de façon à produire l'uniformité avec les lois des autres Etats. Ceci n'a pas entièrement résolu le problème; car il arrive que les Cours de justice décident des cas auxquels l'Acte Uniforme peut s'appliquer sans

citer ces autres lois ou sans se référer à l'interprétation que l'on a donnée au même texte dans un Etat frère.

Dans un petit nombre de cas ces interprétations opposées de dispositions d'Actes Uniformes ont amené les législatures à voter des amendements pour faire cesser ces divergences en précisant le sens de la loi. La responsabilité de ce fâcheux état de choses n'est pas, toutefois, uniquement imputable aux membres des Cours d'Etats. Les hommes de lois, qui plaident devant elles, sont si ancrés dans les principes du *Common law* d'origine anglaise, qu'il leur est difficile d'apercevoir les conséquences qui découlent implicitement des modifications qui leur sont apportées par la législation, surtout quand ces modifications sont basées, comme c'est le cas pour certains Actes Uniformes, sur des lois de l'Europe continentale.

Le caractère national de l'enseignement du droit a servi à réduire cette situation d'une manière considérable. Les écoles de droit les plus puissantes et d'esprit le plus progressiste enseignent les principes du *common law* (judiciaire) plutôt que les règles appliquées dans une unique juridiction d'Etat. Cette pratique a son bon et son mauvais côté. Elle tend, sans nul doute, à donner au développement général des décisions judiciaires un caractère d'uniformité plus grand dans l'ensemble du pays et, si cette tendance persiste encore pendant une génération, on pourra voir se développer un *Droit Commun Américain*. Ce mouvement est activé d'ailleurs par l'*American Law Institute* au moyen de ses *Restatements du Common Law*, une œuvre qui poursuit, par rapport au droit des décisions judiciaires, quelque chose d'assez comparable à l'œuvre que la Conférence des *Commissioners on Uniform States Law* accomplit par rapport au droit des actes législatifs (*Statutes*). Mais il faut observer, d'autre part, que, à raison de ce qu'il n'y a qu'une faible partie de leur production législative qui soit commune à tous les Etats, les écoles de droit nationales tendent à délaisser l'étude des Actes législatifs (*Statutes*).

L'étudiant est beaucoup plus mis en état de connaître les règles du *Common law* sur les *fiduciaries* (fidéicommissaires, ceux qui tiennent ou agissent en vertu de trusts ou de rapports fiduciaires) que de connaître la signification des dispositions de l'Acte Uniforme sur le même sujet. Mais cette situation n'est nullement sans espoir, car quand les Actes Uniformes auront grandi en nombre et en popularité, ils seront sans aucun doute plus fréquemment étudiés. Quand ce jour viendra, l'Amérique aura accompli un progrès énorme dans la voie de l'uniformisation de son système juridique.

Les *Commissioners on Uniform States Law* sont pleinement conscients des difficultés à vaincre. Les procès-verbaux de leurs conférences annuelles contiennent souvent des discussions de ces problèmes et de nombreuses suggestions ont été émises pour remédier à cette situation. Ces suggestions s'échelonnent depuis la proposition de limiter le travail de la Conférence aux matières qui ne sont pas de nature à soulever de controverses ou à celles qui sont uniquement du domaine du droit commercial, jusqu'à des propositions tendant à lier les mains des législatures d'Etats au moyen de traités entre les Etats et à empêcher ainsi que des amendements détruisent l'uniformité de la loi. Aucune de ces propositions, cependant, n'a été retenue. La Conférence a toujours refusé de réduire ses efforts à un seul groupe de lois ou de recommander aux législatures d'abdiquer leur pouvoir de mettre

les actes législatifs de leur Etat en harmonie avec les transformations qui se produisent dans les conditions de la vie sociale.

Il y a un réel danger que l'action utile de la Conférence n'aille en diminuant, si elle n'arrive pas à appliquer des méthodes qui lui permettent de surmonter les difficultés auxquelles elle se heurte. Une méthode concurrente capable d'assurer l'uniformité a, d'ailleurs, conquis plus de popularité durant les dix dernières années et peut rejeter la *Conference on Uniform States Law* sur un plan secondaire ou auxiliaire. Le gouvernement fédéral a fini par découvrir qu'il peut trouver dans ses pouvoirs propres la puissance d'amener les Etats à agir dans l'intérêt commun. Ces pouvoirs ont été employés de façons diverses. Herbert Hoover, alors qu'il occupait le poste de Secrétaire d'Etat au commerce, convoqua plusieurs Conférences nationales sur la « sécurité des rues et des routes », conférences qui étaient réclamées par les représentants des industries de l'automobile et des possesseurs d'automobile, ainsi que par les fonctionnaires des Etats ou des municipalités chargés de veiller à l'application des lois sur la circulation, et enfin par les fonctionnaires fédéraux du « Bureau des Voies publiques ». Ces conférences rédigèrent un Code de la route uniforme (*Uniform Vehicle Code*) et, après une délibération attentive, l'approuvèrent pour présentation aux législatures d'Etats et aux Conseils municipaux. Ce Code fut ensuite examiné à nouveau par la Conférence Nationale des *Commissioners on Uniform States Law* et approuvé par elle, il a été incorporé dans son programme. Ce code uniforme de la circulation des véhicules a par la suite été assez largement adopté, quoique les diverses législatures l'aient si fortement modifié qu'il est difficile de mesurer son influence en termes quantitatifs.

Divers autres bureaux fédéraux ont déployé une grande activité dans la poursuite d'une législation uniforme. L'Acte Uniforme sur les narcotiques, approuvé par la *Conference on Uniform State Law*, a été rédigé par le *Bureau Fédéral des Narcotiques*, qui a aussi exercé une pression pacifique près des législatures d'Etats pour son adoption. Le Département du Travail s'est vivement intéressé au développement des législations d'Etats sur le travail et, en rassemblant et disséminant l'information, a exercé une notable influence sur l'uniformisation du droit dans ce domaine. Une activité de même ordre a été développée par l'*Office Fédéral d'Education* en ce qui concerne la législation de l'enseignement dans les Etats. Plus récemment le Département Fédéral de la Justice a fait son entrée dans le champ de la législation d'Etat. Le développement des activités criminelles sur des bases englobant plusieurs Etats a virtuellement forcé le gouvernement fédéral à apporter son assistance aux Etats pour l'application de leurs lois pénales. Il est évident que cette assistance sera plus efficace si les divergences entre les lois d'Etats peuvent être réduites. A cette fin, l'Attorney Général des Etats-Unis a convoqué en 1934 une *National Crime Conference*, et nommé un fonctionnaire spécial pour développer les contacts entre les Etats et susciter des conférences entre les Etats pour la répression des crimes et délits. A cet égard le travail de ce Département est encore dans la période des débuts; mais, en opérant en coopération avec le *Conseil des Gouvernements d'Etats*, il y a lieu de croire qu'il peut prendre une réelle importance dans le mouvement vers l'uniformité législative.

Les efforts du Gouvernement fédéral ont abouti à des résultats plus tangibles dans d'autres domaines. Le « *National Resources Board* », en une

courte période de deux ans, a pu amener quarante-six Etats à établir des bureaux [pour l'établissement ou l'administration] de plans pour la plupart d'entre eux en vertu d'actes législatifs. Cet exemple sans précédent d'action uniforme des Etats a été accompli par le simple expédient d'offrir à l'Etat l'assistance d'un expert technique pour l'établissement de ses plans à la condition que son Bureau soit organisé sur le modèle fédéral. L'uniformité qui a été ainsi assurée est plutôt une uniformité de fait que de forme; car les dispositions des actes législatifs sur l'établissement des plans économiques d'Etat varient considérablement d'un Etat à l'autre. La crainte que l'aide fédérale puisse être retirée a, cependant été suffisante pour empêcher des déviations importantes sur les points essentiels.

Peut-être le plus important exemple de direction fédérale exercée sur la marche de développement d'une législation uniforme des Etats est-il fourni par l'œuvre du *Bureau de Sécurité Sociale*.

Cette agence, établie par le *Social Security Act* en 1935, a été chargée de la mise en œuvre générale du programme fédéral d'assurances contre le chômage. Ce programme demande la coopération des Etats et aussi l'émission de lois d'Etats en conformité avec la législation fédérale. Le Bureau s'est bien gardé de dicter un seul Acte uniforme, que chaque Etat soit obligé d'adopter, pour recevoir les bienfaits de la loi fédérale. Deux modèles différents d'actes législatifs ont été préparés par lui, qui répondent l'un et l'autre aux exigences de la loi fédérale. En outre, le Bureau s'est montré disposé à accepter des modifications à ces modèles d'actes, tant que l'uniformité est maintenue sur les points essentiels. Les Actes législatifs, sous la forme où ils ont été émis par les législations d'Etats, sont revus, à ce point de vue, par le Bureau. S'il trouve qu'ils sont conformes aux exigences fédérales, les employeurs de l'Etat en question sont exemptés d'une large part des taxes levées en vertu de la loi fédérale.

Cet arrangement n'est qu'un nouvel emploi de la méthode appliquée depuis plusieurs années dans le domaine de l'impôt sur les successions. En accordant au contribuable sur la taxe successorale fédérale la déduction de 80 % de ce qu'il paie comme taxe successorale d'Etat, le Gouvernement fédéral a amené tous les Etats, sauf un seul, à adopter la forme de taxation qu'est l'impôt sur les successions. De cette combinaison est sorti l'un des très rares traits d'uniformité qu'on rencontre dans le système fiscal américain, et elle a été généralement appréciée de façon très favorable par les administrateurs publics et les autorités fiscales. Et le *Social Security Act* stipule que les taxes fédérales ne peuvent être réduites [pour les habitants d'un Etat] que quand cet Etat aura promulgué une loi d'assurance contre le chômage qui aura été approuvée par le *Social Security Board*. Ceci établit un contrôle administratif sur la législation des Etats qui permet de demander l'uniformité sur les points essentiels sans écarter la possibilité pour chacun des Etats de tenter de nouvelles expériences et d'ajuster ses lois aux conditions locales.

Au 1^{er} avril 1937, des lois d'assurance contre le chômage avaient été votées dans quarante-quatre Etats; trente-neuf de ces lois avaient été approuvées par le Bureau; et il en restait cinq à examiner par lui. Le Bureau n'a donc encore jamais trouvé nécessaire de rejeter un Acte voté par une législature, parce que les projets de lois d'où sont sortis ces Actes avaient été pour la plupart rédigés d'après les modèles fédéraux, et qu'il n'avait

été apporté de modifications à ces projets, qu'avec l'aide des représentants du Bureau. La rapidité avec laquelle le gouvernement fédéral est en mesure d'assurer l'uniformité des traits essentiels d'une législation aussi fortement discutée que les lois sur l'assurance ou l'assistance contre le chômage est un éclatant témoignage de l'efficacité de cette méthode. Quoique la Cour Suprême des Etats-Unis ne se soit point encore prononcée sur la constitutionnalité de la Loi (fédérale) sur la Sécurité Sociale, les lois sur ce sujet figurent actuellement dans les corps de droit législatif (*Statutes Book*) des Etats, et même si la Cour déclarait la loi fédérale inconstitutionnelle, il n'en aurait pas moins été réalisé une large part d'uniformité ⁽¹⁾.

Il se peut que cette nouvelle méthode d'assurer la similitude entre les lois des Etats ne soit que le prélude d'une centralisation plus grande dans le gouvernement fédéral. Beaucoup suggèrent, cependant, que le coût d'un bureau fédéral est trop élevé par rapport à l'uniformité qu'il assure. Mais ce n'est là en dernière analyse qu'un conseil d'inaction. Ce n'est pas la standardisation de la législation qui détruit les « droits des Etats », mais bien plutôt le développement de l'industrie et de la société américaines sur une base nationale. Si l'uniformité est désirable dans des matières législatives de nature à soulever des discussions — et bien peu le nieront — l'expérience a montré qu'il fallait quelque stimulant pour amener les Etats à agir en ce sens. La force qui les y poussera peut être la pression d'intérêts privés organisés en groupes pour manier le *lobby*, ou ce peut être l'attrait des avantages ou subventions que le gouvernement fédéral peut accorder aux Etats. Entre ces deux stimulants tous les avantages sont du côté de la direction fédérale. Il peut être infiniment préférable que l'uniformité soit assez flexible pour permettre à la loi uniforme de s'adapter aux besoins particuliers des divers Etats plutôt que d'établir entre eux tous un niveau mort de médiocrité législative. L'emploi d'un organe administratif fédéral pour assurer cette flexibilité semble admirablement adapté à ces deux buts jumeaux : l'établissement de l'uniformité essentielle entre les législations et le maintien des Etats comme laboratoires expérimentaux de gouvernement.

(1) Note d'éditeur. — Postérieurement à l'époque où cette contribution a été rédigée et envoyée, la constitutionnalité du *Social Security Act* a été proclamée par la Cour Suprême des Etats-Unis dans trois arrêts de la fin du 24 mai 1937, qu'on trouvera analysés dans le *Recueil International de Jurisprudence du Travail*, 1936-1937, Etats-Unis, n° 3.

LE CONSEIL LEGISLATIF EN ROUMANIE
Organe de technologie et de politique législatives destiné
aussi à l'unification des Droits locaux d'un même
Etat unitaire

Par TRAJAN R. IONASCO

*Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Jassy,
Conseiller temporaire du Conseil législatif roumain*

APERÇU HISTORIQUE ET CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Dès le début du XIX^e siècle, on peut relever la préoccupation réitérée des gouvernants roumains pour la création et l'aménagement d'une institution officielle de technologie et de politique législatives.

C'est d'abord l'institution du « *jurisconsulte de l'Etat* » créé le 1^{er} janvier 1818, en Moldavie, par le Prince Scarlat Calimah qui, prenant modèle sur le « *Nomophilax* » des Byzantins — chargé du contrôle dans l'application et l'interprétation des lois — élargit les attributions de ce jurisconsulte lui assignant de rapporter à la puissance législative toute suggestion utile afin de combler les lacunes des lois, de les corriger et de les adapter aux nécessités du milieu social. Toujours en Moldavie, en 1822, D. Sturdza manifesta des préoccupations semblables lorsqu'il élaborait son projet de Constitution qu'il avait lui-même nommée « *aristo-démocratique* ». Selon son système, la fonction législative devait s'accomplir par deux assemblées au vote desquelles il fallait soumettre tout projet de loi, dont la préparation était à la charge d'une commission de six membres délégués, à raison de trois, par chacune des assemblées.

Mais en 1849, les assemblées législatives ayant été supprimées, on organisa — sur le fondement de l'acte de Balta Liman — un *corps consultatif* destiné à étudier les projets de lois envoyés par le Prince. C'était donc un véritable *Conseil législatif*, dont les membres se recrutaient parmi les Ministres et les Présidents des Cours de Justice.

C'est ainsi que le Prince Barbu Sirbei fut amené à proposer, en 1855, l'organisation d'un *Conseil d'Etat*, à trois sections, dont une « *de législation* », spécialement destinée tant à l'élaboration des projets de loi demandés par le gouvernement, qu'à l'étude et à l'amendement des projets de lois envoyés par le gouvernement. Deux ans après, le même Prince prépa-

ra un projet de Constitution dont les dispositions assuraient l'organisation d'un *Conseil d'Etat* moulé sur le Conseil d'Etat français de l'époque. Mais, notre Conseil d'Etat devait également assurer : a) la préparation des lois et des règlements d'administration publique); b) la défense de ces projets de loi devant l'assemblée législative; c) l'étude et l'admission des amendements proposés par l'assemblée législative.

Vers 1858, Barbu Catargi prévoyait, dans son projet de Représentation nationale, l'aménagement d'un « Sénat », constitué par l'élite de toutes les branches de l'activité publique et dont la compétence s'étendait, non seulement à l'élaboration des projets de loi requis par le gouvernement, mais encore à l'étude ainsi qu'à l'admission des amendements proposés par la Chambre des Députés.

Cependant, l'origine manifeste de notre actuel Conseil législatif doit être attribuée à la *Commission centrale de Focsani*, créée dans les Principautés Unies roumaines — la Moldavie et la Valachie réunies — en 1859, par l'application des articles 27 à 37 de la Convention de Paris du 7-19 août 1858 qui préparait ainsi l'union définitive de nos deux Principautés.

Cette commission centrale de Focsani, constitué par huit membres pour chaque Principauté, dont quatre délégués par l'assemblée législative et quatre par le Prince, devait remplir de multiples fonctions. Et, d'abord, elle a été l'ange gardien de la Convention de Paris, qui faisait emploi de Constitution dans les Principautés roumaines. C'est pourquoi le droit de contrôle de notre Commission centrale, quant aux actes du gouvernement, s'étendait même au contrôle de la dissolution du Parlement et des élections pour la constitution du corps législatif. La même commission centrale avait à remplir le rôle de Tribunal de conflits. En dernier lieu, et c'est bien là l'origine évidente de notre actuel Conseil législatif, la Commission centrale de Focsani a eu la mission de : a) empêcher l'élaboration de lois anticonstitutionnelles; b) réaliser l'unification des législations des deux Principautés; c) étudier et amender les projets de loi, envoyés par le Prince; d) signaler au Prince, les lacunes et les obscurités des lois en vigueur.

En exécution de ses fonctions législatives, cette Commission centrale élaborait, en 1859, le projet de Constitution des Principautés. Aux termes de l'article 32 de ce projet, « la puissance législative s'exerce *collectivement* par le Prince, l'Assemblée générale et la *Commission centrale* ». Lorsqu'en 1862, l'union des Principautés roumaines étant complètement réalisée, la Commission centrale de Focsani fut dissoute, elle nous laissa un projet de loi pour l'organisation d'un Conseil d'Etat, dont l'économie était entièrement calquée sur ce qu'avait été son propre aménagement et ses fonctions spécifiques.

Mais à la place de ce projet, on vota, toujours en 1862, une loi portant institution d'un *Comité provisoire de législation* — renfermant tous les ministres et un nombre égal de députés délégués par l'assemblée — chargé de l'élaboration des projets de loi.

C'est seulement le 11 février 1864 qu'on fit voter la loi pour la création du Conseil d'Etat, loi empruntée au modèle que la France possédait alors en la matière. Après le coup d'Etat du 2 mai 1864, le Prince Cuza octroya, le 2 juillet 1864, son « *Statut* » dont les dispositions créant le Sénat, corps pondérateur, devaient avoir des répercussions sur l'aménagement du Conseil d'Etat.

En effet, le « Statut » reconnaissait au Sénat le droit de faire au Prince des propositions quant à l'amélioration du régime de l'administration publique, et au Prince de décider s'il y avait lieu à les recommander au Conseil d'Etat afin d'y puiser la substance des projets de loi qu'il devait élaborer. C'est seulement au Prince qu'appartenait l'initiative des lois qu'il faisait préparer au Conseil d'Etat.

C'est ce Conseil d'Etat qui a réalisé l'unification législative des deux Principautés, en élaborant, en 1864 : a) le code civil et celui de procédure civile encore en vigueur; b) le code pénal et celui de procédure pénale, abrogés le 1^{er} janvier 1937; c) l'organisation judiciaire et l'institution des Tribunaux maritimes (voir quant aux sources et à la substance de ces codes, les chapitres respectifs de MM. V.-V. Pella, Trajan R. Ionasco et Al. Costin du volume « Roumanie » de la collection « La vie juridique des peuples »). Après trois années de fonctionnement — au cours desquelles notre Conseil a également établi le projet de Constitution selon le projet déjà élaboré par la Commission centrale de Focsani en 1859 — la Constituante supprima, dans la Constitution roumaine de 1866, les textes concernant le Conseil d'Etat, édictant, à l'instar de la Constitution belge, que ce sont les Ministres qui, avec la collaboration des commissions temporairement nommées à cet effet, élaborent les projets de loi.

Mais dès 1871, nos hommes politiques (Grégoire Sturdza et Jean Brătianu) commencent à demander le rétablissement du Conseil d'Etat qu'on avait, à tort, supprimé, au moins pour ce qui regarde ses fonctions législatives. Partant, la loi constitutionnelle de 1884 édictait qu'il est prohibé de rétablir le Conseil d'Etat en tant qu'instance de contentieux administratif, mais en échange, elle permettait l'institution d'une commission *permanente* destinée à l'étude et à l'élaboration des projets de loi. Et c'est ainsi qu'en 1885, E. Statesco, Garde des Sceaux, elabora son projet de loi pour l'organisation du Conseil législatif et qu'en 1897, un autre Garde des Sceaux, G. Palladi, prépara un nouveau projet de Conseil législatif ⁽¹⁾. Les partis politiques, les professeurs de droit, la magistrature et le barreau demandèrent sans cesse la création de ce Conseil législatif, surtout après la grande guerre mondiale, lorsque s'est réalisée l'union nationale roumaine par le retour à la mère-patrie des provinces historiques roumaines libérées. Le problème de l'unification de la législation roumaine se posait de nouveau, avec plus d'acuité que par le passé. Car il s'agissait de rapprocher, pour réduire à l'unité, des législations assez dissemblables, appartenant à quatre systèmes juridiques différents, à savoir : 1) celui de l'ancien Royaume (la Moldavie, la Valachie et la Dobroudja) fondé sur le système juridique français; 2) celui de Transylvanie, basé sur le système juridique hongrois et autrichien; 3) celui de Bucovine, reproduisant le pur système autrichien; 4) celui de Bessarabie, fondé sur le système juridique russe et, en partie, sur le système de l'ancien droit roumain d'extraction byzan-

(1) C'est au remarquable article de M. Filitti, *Origines și rostul Constituțional al Consiliului legislativ român*, publié dans le volume « Consiliul legislativ român » — *Zece ani de activitate*: 1926-1936 — pp. 77-90, que nous avons emprunté toutes les données de cet aperçu historique. C'est donc là qu'il faut chercher toute la documentation historique. En collaboration avec M. Vrabiesco, M. Filitti a fait paraître, en français, dans la *Revue des sciences politiques* (1929) une étude : *Le Conseil législatif en Roumanie*.

tine. C'est pourquoi, en 1920, fut déposé un projet de loi — élaboré par une commission de professeurs de droit et de hauts magistrats, mais dû à l'initiative parlementaire — en vue de l'institution d'un Conseil législatif. Le projet de Constitution établi par le professeur G. Stere, en 1922, dans le cadre du programme du parti politique paysan, renfermait aussi des dispositions instituant le *Conseil législatif* composé d'un *Conseil économique supérieur* et d'un *Comité de législation*. Les 25 membres dont il était formé devaient être nommés pour dix ans par le Roi qui avait à exercer son choix sur une liste de présentation de 50 personnes élues par la Chambre des Députés parmi : a) les représentants autorisés des différentes branches de l'administration publique; b) les jurisconsultes les plus réputés; c) et les spécialistes et les hommes de science de compétence notoire en matière législative et administrative ou économique et sociale. Mais en 1923 intervient la nouvelle Constitution roumaine, régissant tout le territoire agrandi du pays (voir pour la substance de cette Constitution les chapitres de MM. Paul Negulesco et A. Téodoresco du volume « Roumanie », déjà cité). C'est l'article 76 de cette Constitution qui ordonna l'institution d'un *Conseil législatif permanent* destiné à aider à la rédaction et à la coordination des lois et de leurs règlements généraux d'application dus soit au pouvoir exécutif, soit à l'initiative parlementaire.

C'est pour exécuter cette disposition constitutionnelle que le regretté G.-G. Marzesco, ancien Garde des Sceaux, elabora, avec la collaboration de quelques juristes, parmi lesquels l'actuel Président de la section de droit public du Conseil législatif, M. Ionesco-Dolj, ainsi que le soussigné, le projet de loi devenu *la loi pour l'organisation et le fonctionnement du Conseil législatif* du 26 février 1925.

C'est assurément, pour satisfaire aux inexorables nécessités *scientifiques et techniques* (v. Fr. Geny, *Science et technique*) de l'art de légiférer et de la *politique juridique* (v. Ed. Lambert, *Fonction du Droit comparé*) qu'on a institué cet organe, de *compétence spécialisée* en matière de *technologie* (v. Zitelmann, *Kunst der Gesetzgebung*) et de *politique législatives*, qu'est le Conseil législatif (v. l'ample *Exposé de motifs* de notre loi du 26 février 1925).

Aussi, quoique *adjoint au Corps législatif* et *fonctionnant près du Ministère de la Justice*, notre Conseil est *personne de droit public* (art. 3 de la loi), dont l'*autonomie* et la *stabilité* sont garanties, tant par l'*inamovibilité* de ses membres que par sa consécration *constitutionnelle*.

C'est par la *permanence* de son activité qualifiée que cet organe est à même d'assurer, non seulement l'*unité de conception*, de *méthode*, de *terminologie*, la *cohésion* et la *concordance* de la législation *in globo* ainsi que de chaque loi spéciale, mais encore la *consécration législative des créations stables de la jurisprudence*, de la *politique extra-judiciaire* et de la *doctrine*, aussi bien que la « *rationalisation* », l'*unification intérieure* et l'*internationalisation du droit*. C'est pourquoi, aux termes de l'article 76 de la Constitution de 1923, « la *consultation du Conseil* est *obligatoire* pour tous les projets de loi, moins pour ceux qui concernent les crédits budgétaires ».

Lorsque le projet est dû à l'initiative du gouvernement ou à celle du Parlement, le Conseil doit donner son avis dans un délai de 5 à 10 jours, selon l'urgence du projet.

Aussi les Présidents des Assemblées législatives sont-ils obligés d'être en possession de l'avis du Conseil législatif pour avoir le droit de déclencher la procédure du travail législatif parlementaire.

Pourtant, quoique *obligatoire*, l'avis du Conseil est simplement *consultatif*, laissant donc toute liberté d'*initiative*, de *décision* et d'*amendement*, tant aux Ministres qu'aux Assemblées législatives. Car, il ne fallait pas que la collaboration du Conseil à l'œuvre législative, autant nécessaire que fructueuse, puisse amoindrir, soit l'*initiative* et la *responsabilité ministérielle*, soit les *pouvoirs spécifiques des Assemblées législatives*.

C'est également pourquoi il lui est défendu de se prononcer et de discuter l'*opportunité* et les *considérations purement politiques* du projet de loi soumis à son avis (art. 58 de la loi du 26 février 1925). Le caractère « politique » du gouvernement et des Assemblées législatives s'oppose à toute collaboration qui risquerait d'empiéter sur ce domaine, *réserve exclusivement* en leur faveur.

Cependant, le rôle du Conseil législatif ne se borne pas seulement aux avis qu'il doit donner pour les projets de loi élaborés par les Ministres ou par l'initiative parlementaire. Son rôle est de beaucoup plus étendu et important. C'est ce que nous démontrent les art. 2-3 de la loi du 26 février 1925.

En effet, selon les textes cités, le Conseil législatif doit remplir les attributions suivantes :

a) *Etudier* par rapport à la *doctrine*, à la *jurisprudence*, à l'*histoire comparative*, à la *législation comparée* et aux *besoins qui demandent à être légiférés*, toutes les questions portées devant lui;

b) *Elaborer* les *études préparatoires*, les *avant-projets*, les *projets de loi* et de *règlements généraux* ainsi que les *exposés de motifs* qu'on lui demande;

c) *Contrôler* les mêmes actes, lorsque c'est le gouvernement ou l'initiative parlementaire qui les a élaborés, afin d'aviser aux *modifications de forme ou de fond* réclamées, soit par la *correction* et la *clarté de la rédaction juridique des textes*, soit par leur *coordination* avec les conceptions et les *principes économiques, sociaux et politiques* de la Constitution ou les *dispositions des lois et règlements en vigueur*.

d) *Classer et étudier* les *codes, lois, ordonnances et règlements* en vigueur afin de signaler au pouvoir exécutif ou à celui législatif, les lois *anticonstitutionnelles* ou bien celles *confuses, contradictoires* ou tombées en *désuétude*, en vue de leur *modification, unification* ou même de leur *abrogation*;

e) *Suivre et étudier* la jurisprudence de la Haute Cour de Cassation et de toutes nos autres instances judiciaires afin de signaler aux pouvoirs déjà nommés les *vices* révélés dans l'*interprétation* et l'*application* des lois dont il s'en suit de proposer la *modification, l'unification* ou même l'*abrogation*;

f) *Faire des recherches d'histoire comparative des institutions et de droit comparé* (par son Bureau d'histoire et de droit comparé) ainsi qu'*avoir des relations avec les institutions similaires* de l'étranger et avec les associations d'études juridiques, économiques ou sociales, du pays et de l'étranger, afin de recueillir toute la documentation scientifique nécessaire pour l'accomplissement de sa mission;

g) *Faire des enquêtes* de toutes sortes, les services publics de l'Etat, des départements et des communes étant tenus de lui fournir les statistiques, le matériel et tous les travaux pouvant servir à l'étude du problème qui est à légiférer (art. 78 de la loi) ainsi que de lui signaler, de plein droit et annuellement, tous vices et défauts d'organisation constatés dans la pratique judiciaire et administrative.

h) *Défendre ses avis et projets* par des délégués propres, devant les commissions de législation des Assemblées législatives (art. 49).

On voit donc que par les fonctions que la loi lui a confiées, le Conseil législatif a à remplir un rôle considérable.

Non seulement il exerce un contrôle de la concordance, de la cohésion et de la constitutionnalité des projets de loi et des lois déjà en vigueur, de leur rédaction juridique et de la déformation qu'elles ont subie en jurisprudence et en pratique extra-judiciaire ou de leur discordance avec le milieu où elles sont appliquées, mais aussi, il peut être saisi, ou *s'en saisir lui-même*, de l'élaboration de toutes les études et des recherches préparatoires ainsi que de la rédaction des projets de loi, devant, dans ce but, faire l'emploi d'un véritable centre de *documentation scientifique* et d'*information législative*.

Aussi, il nous apparaît comme un organe de *politique législative* (au sens donné à ce terme par M. Ed. Lambert), superposé sur une institution de *technologie législative* (ainsi que M. Zitelman entend cet art).

Et la preuve évidente de notre conclusion, nous la tenons du fait que la loi lui a implicitement reconnu un *droit, subsidiaire et conditionnel, d'initiative législative*.

En effet, notre Conseil a le droit, comme on l'a vu, de proposer à l'exécutif ou au législateur, tout projet de loi portant modification, refonte, unification ou abrogation des lois en vigueur, lorsque telle a été sa conclusion après avoir étudié les codes, les lois, la jurisprudence, la pratique extra-judiciaire et le milieu social. Pourtant ce droit d'initiative ne peut aboutir à l'élaboration d'une loi que lorsque la proposition du Conseil législatif a été reçue et approuvée, soit par le gouvernement, soit par le Corps législatif. C'est pourquoi nous avons parlé d'une initiative *subsidiaire et conditionnelle*.

Ainsi qu'il a été donc conçu par la Constitution roumaine de 1923 et par la loi du 26 février 1925, le Conseil législatif n'offre aucune prise aux justes et multiples critiques qui ont été partout adressées, tant aux commissions et au travail parlementaire, ainsi qu'aux bureaux et aux commissions spéciales ministérielles qui, à défaut d'un tel Conseil législatif, représentent, dans notre régime démocratique, les principaux moyens dont on puisse disposer pour l'élaboration des projets de loi.

Que peut-on reprocher à ce Conseil législatif, *autonome, stable, permanent, compétent et spécialisé* dans la *technologie* et la *politique législatives* dont l'avis, *quoique obligatoire*, est *facultatif*, n'apportant donc aucune atteinte aux pouvoirs des Assemblées législatives ou du gouvernement?

Qu'il ne peut renfermer et offrir toutes les compétences et les multiples spécialités qu'il faut connaître pour faire de bonnes lois? Mais, notre loi a prévu cette grave objection et c'est pourquoi d'abord, elle a organisé, dans le cadre du Conseil législatif, un *bureau d'histoire comparative des institutions et de droit comparé*. Car, comme l'a fort bien dit M. Ed. Lam-

bert (*Fonction du droit comparé*, pp. 892 et suiv.), « l'histoire et la comparaison des législations existantes constituent les deux principaux champs d'expérience de la politique juridique » qui doit les consulter indirectement par l'intermédiaire de la discipline du droit comparé, nommé « droit commun législatif » et de la discipline de « l'histoire comparative des institutions ». Ainsi la consultation du droit comparé et de l'histoire comparative, tellement nécessaire pour une bonne politique juridique, se fera sans aucun danger et inconvénient, puisque accomplie par un organe compétent et destiné spécialement à cet effet.

C'est pour écarter la même objection que notre loi a également laissé toute liberté au Conseil législatif de se faire aider dans ses travaux par des personnalités étrangères à sa composition permanente, chaque fois que la spécialité du problème dont il s'occupe nécessite une telle collaboration. Aussi « toute personne qui, par sa *spécialité*, sa *compétence* ou son *expérience*, peut contribuer utilement au travail » (art. 18 de la loi) est susceptible d'être nommée « *conseiller temporaire* », sur la recommandation du Conseil législatif. Et c'est ainsi que notre Conseil peut obtenir la collaboration des professeurs, des magistrats, des avocats — comme jurisconsultes — des parlementaires — dont la participation peut être précieuse quant au vote du projet de loi — et des représentants qualifiés des diverses professions et branches d'activité — dont on veut légiférer les intérêts. Par là, le Conseil législatif a encore à sa disposition un instrument qui peut lui assurer le contact, sans cesse renouvelé, avec la vie du dehors et l'expérience qui s'y poursuit, sans qu'il soit toujours obligé à procéder à des enquêtes.

Partant, ce Conseil législatif doit être considéré comme le meilleur instrument d'élaboration législative connu dans le régime démocratique. Il est donc temps de faire connaître son organisation, son fonctionnement, et les résultats qu'il a pu donner dans les dix années d'activité développée depuis sa création.

L'ORGANISATION, LE FONCTIONNEMENT ET LES RÉSULTATS DONNÉS

Le Conseil législatif contient *trois* sections, à savoir :

1° *La section de droit public interne et international*, dont la compétence, donc, regarde tout ce qui a trait à la législation de droit constitutionnel, administratif, électoral, pénal, avec sa procédure, international public ainsi que la législation du régime des cultes, de l'éducation nationale, des arts, de l'armée et de la défense nationale;

2° *La section de droit privé interne et international*, compétente, donc, pour tout ce qui concerne la législation de droit civil, commercial, maritime, de procédure civile et de droit international privé, ainsi que l'unification des codes.

3° *La section de législation sociale, économique et financière*, compétente en matière de législation ayant trait au travail, à l'industrie, à l'hygiène publique, aux assurances et prévoyances sociales, au commerce, à l'agriculture, aux finances, aux voies de communications, aux biens du domaine public, aux coopératives, etc...

Mais, à part ces sections, le Conseil possède encore deux bureaux, à savoir : a) *le bureau d'histoire comparative des institutions et de droit comparé*; b) *le bureau et les archives du bulletin législatif et de la collection des lois*. Le premier bureau est destiné à *recueillir toute la documentation scientifique* nécessaire à la consultation du *droit comparé* et de *l'histoire comparative des institutions juridiques*. Le second bureau doit remplir quelques attributions accessoires que la loi a accordées au Conseil. C'est ainsi que ce dernier bureau doit : a) *conserver* un exemplaire *original* de tout texte de loi et de règlement général; b) *en surveiller l'impression* au « Journal officiel »; c) *faire paraître* des collections annuelles des lois et règlements, de recueils officiels de travaux législatifs, exposés de motifs et études préparatoires, ainsi qu'un bulletin annuel d'études et de travaux législatifs (en roumain et en français); d) *contrôler l'administration de l'imprimerie* du Conseil législatif.

Le Conseil est dirigé par son Premier Président. Chacune de ses trois sections est composée d'un président, quatre conseillers permanents, trois référendaires titulaires, trois référendaires stagiaires et autant de conseillers temporaires, nommés pour l'élaboration d'un projet déterminé, qu'il en est besoin sans, toutefois, que leur nombre soit supérieur à cinq. En effet, le nombre des conseillers temporaires ne saurait dépasser ce *maximum*. Car, autrement, les conseillers permanents de la section risqueraient d'être majorés par leurs collègues temporaires et l'unité de l'œuvre à accomplir ainsi que la cohésion et la concordance de la législation en souffriraient.

Le bureau d'histoire comparative des institutions et de droit comparé est constitué par deux conseillers permanents spécialisés, deux référendaires titulaires et un référendaire stagiaire. Quant au *bureau et aux archives du bulletin législatif et de la collection des lois*, il est confié à deux référendaires titulaires et à un référendaire stagiaire, contrôlés par un conseiller permanent, délégué à cet effet.

Le fonctionnement du Conseil comporte toute une procédure selon laquelle il doit développer l'activité nécessaire à l'accomplissement de ses importantes attributions. Si la collaboration du Conseil à l'élaboration législative s'exerce par la voie de l'avis, qu'on lui demande de formuler quant à un projet de loi ou règlement déjà établi, il faut faire une discrimination selon que le projet a été élaboré par le gouvernement ou par l'initiative parlementaire.

Ainsi, lorsque c'est d'un projet du gouvernement qu'il s'agit, l'avis du Conseil doit être demandé par le Ministre titulaire du département compétent, après avoir obtenu l'adhésion préalable du Conseil des ministres. Cependant, si le projet de loi est de nature constitutionnelle, la demande d'avis doit être formée par le Président du Conseil des Ministres.

Quant aux projets dus à l'initiative parlementaire, « les députés ou sénateurs, en nombre déterminé par les règlements de l'assemblée, sont tenus de formuler leur demande d'avis au Conseil législatif par l'intervention du Président de leur assemblée » (art. 66 de la loi).

Dans les deux cas, la demande d'avis doit être formulée par écrit devant contenir la conception, le but et les éléments caractéristiques du projet envoyé, ainsi que la signification de l'adhésion du Conseil des Ministres. On peut y ajouter : le nom du délégué ministériel ou parlemen-

taire — commissaire — qui représentera le Ministre ou l'initiative parlementaire pendant les travaux suscités par le projet; ou bien, la nature confidentielle du projet confié; ou enfin des suggestions quant aux conseillers temporaires à nommer.

Selon la même procédure, le Conseil peut être saisi, soit par le gouvernement, soit par l'initiative parlementaire, afin d'effectuer des études préparatoires, de recueillir la documentation et l'information nécessaires ou bien d'élaborer lui-même l'avant-projet ou le projet de loi dont il serait question.

Toutefois, nous pensons que, pour une telle hypothèse, point n'est besoin de l'adhésion du Conseil des Ministres. Il en est de même au cas où le Conseil se saisit lui-même en vertu de son propre droit d'initiative. Il est parfaitement vrai que c'est un droit subsidiaire et conditionnel, mais toujours est-il vrai, également, que le Conseil peut se saisir lui-même sans procédure externe aucune quant aux travaux que la loi lui impose pour l'accomplissement de sa mission. C'est ainsi que chaque section organise l'étude des lois et règlements ainsi que de la jurisprudence, comme elle l'entend; pourvu que les lacunes, contradictions, inadvertances, obscurités, et autres vices de la législation en vigueur soient mis en vedette. Ce sont les référendaires qui, habituellement, ont à établir les fiches qui constatent tous ces défauts de la législation ainsi que les interprétations jurisprudentielles déformantes, extensives ou prétoriennes.

Mais, quoi qu'il en soit quant aux modes du Conseil de se saisir lui-même, toujours est-il, qu'une fois la demande d'avis reçue au Conseil, le Premier Président la répartit à la section compétente ou, s'il y a lieu, à deux sections unies.

Pour ce qui est du travail intérieur de la section, c'est le Président de celle-ci qui décide la méthode à suivre. Aussi, peut-il conférer des délégations collectives ou individuelles aux membres conseillers ou référendaires de la section afin d'effectuer les études préparatoires et le rapport, qui doivent accompagner le projet de loi et qui serviront comme base de discussion, lors de la délibération de la section (art. 44 de la loi). Mais, il y a plus. Le Président de la section peut demander au Ministre responsable — comme à tout fonctionnaire public, d'ailleurs — de prendre part au travail de la section et d'y donner de plus amples informations, quant au projet dont il s'agit (art. 73).

Il en est de même lorsque le Conseil législatif est saisi, ou se saisit lui-même, de l'élaboration d'un projet de loi. Cependant, pour ce cas, il est fort compréhensible que les délégations conférées aux membres de la section concernent, non seulement les informations, les études et les recherches préparatoires, mais aussi l'élaboration d'un avant-projet, sur le fondement duquel puissent porter les discussions de la section, en séance plénière.

La section peut siéger dès qu'on constate la présence d'au moins trois conseillers permanents et de la majorité absolue des conseillers temporaires qui y sont adjoints. Ce n'est qu'après l'achèvement de l'avis ou des études demandés, ou bien du projet de loi, que les sections doivent présenter leur travail au Premier Président du Conseil afin d'en obtenir l'approbation.

Cependant, le Premier Président peut décider, s'il y a lieu, le renvoi

du travail dont il s'agit devant *deux* sections unies ou même devant les trois sections réunies du Conseil. Mais, pour ce faire, il faut que le travail non approuvé d'une section soit, d'abord, soumis à l'examen de la commission de coordination et de vérification. C'est le Président de la section intéressée qui aura à diriger les discussions de cette commission dont la composition est assurée par la délégation de deux conseillers permanents, tirés au sort par chaque section. Cette commission ne peut siéger qu'en la présence de tous les conseillers permanents qui la composent et de la majorité absolue des conseillers temporaires qu'on y a nommés. Ce n'est que lorsque l'avis de cette commission est défavorable au travail de la section intéressée que le Premier Président peut saisir toutes les sections réunies qui auront à se prononcer définitivement, pouvant décider toute modification du travail dont il s'agit. Les sections réunies ne peuvent siéger qu'en présence d'au moins neuf conseillers permanents et de la majorité absolue des conseillers temporaires. C'est par le moyen de cette procédure qu'on peut assurer l'unité de conception, de méthode et de terminologie dans les travaux du Conseil législatif, ainsi que la concordance et la cohésion de la législation élaborée par cet organe.

L'activité spécifique du Conseil législatif peut, en principe, se développer sans aucune limitation, quant au temps employé, sauf lorsqu'elle se manifeste sous la forme de l'avis qu'on lui demande pour un projet élaboré par le gouvernement ou par l'initiative parlementaire. C'est que, dans ce dernier cas, il ne faut pas donner au Conseil législatif la possibilité de retarder, ou même de compromettre l'aboutissement du projet de loi dont l'initiative appartient au gouvernement ou aux Assemblées législatives.

Aussi, la loi a fixé des délais d'avis pour le cas où la demande d'avis ne contient aucune indication à ce sujet. Pourtant, ces délais ne sauraient être moindres de cinq jours. En effet, il faut au moins cinq jours de travail pour que le Conseil puisse donner un avis sérieux. Et si le Conseil ne donne pas son avis dans le délai fixé, les Assemblées législatives peuvent procéder à la discussion du projet.

Encore faut-il ajouter que, par une exception aisément compréhensible, le délai d'avis, quant aux amendements proposés dans les Assemblées législatives, est très court, à savoir : vingt-quatre heures. L'avis du Conseil législatif sur ces amendements — qui peuvent produire de graves et malheureuses répercussions quant à l'unité (la cohésion, la concordance) d'une loi ou de la législation — est fort utile. Cependant, notre loi n'exige plus, comme obligatoire, l'avis du Conseil législatif, pour ces amendements. Aussi, il n'y a lieu pour un tel avis que lorsque l'Assemblée, la section ou la commission parlementaire veulent bien le demander. C'est là une grave erreur de notre loi. Car, il ne suffit pas de se contenter de l'avis que le Conseil a donné avant que le projet ait reçu des modifications dans la teneur qu'il avait lors de cet avis.

Il faut, de plus, que toute modification ultérieure qu'on lui apporte soit soumise à l'avis du Conseil législatif, si l'on veut que la contribution technologique de celui-ci soit vraiment efficace et bienfaisante. C'est seulement ainsi qu'on pourra lutter avec succès contre les effets, assez souvent pernicioeux, des amendements. Il va sans dire, que la liberté politique des Assemblées législatives n'a rien à craindre puisque, d'une part, l'avis du Conseil ne peut porter, ni sur l'opportunité de l'amendement, ni

sur les considérations politiques sur lesquelles il est fondé ; d'autre part, il ne faut pas oublier que cet avis, quoique obligatoire à prendre, reste toujours facultatif à suivre. C'est donc d'un avis purement technique qu'il s'agit. Aussi doit-on l'introduire et le déclarer obligatoire, non seulement pour les modifications ultérieures que le gouvernement a apportées au projet, mais aussi pour les amendements proposés dans les Assemblées législatives.

Après avoir donné ce court aperçu de l'organisation, de la manière dont on assure le fonctionnement du Conseil législatif, il y a lieu de nous demander, en guise de conclusion, quels sont les résultats obtenus au cours de ses premières dix années d'activité.

Ces résultats sont parfaitement consignés dans les rapports annuels que le Premier Président du Conseil doit, selon l'art. 79 de la loi, présenter au Ministre de la Justice, pour l'informer sur l'état des travaux en cours et spécialement sur ceux de l'unification législative. Ils ont été synthétisés, pour les premières dix années d'activité, tout récemment, toujours par le distingué Premier Président du Conseil, dans un article paru à l'occasion de cet anniversaire (2). Nous allons donc utiliser les données statistiques publiées pour ces dix années d'activité, car elles nous donnent les meilleures informations qu'on pourrait avoir quant au fonctionnement pratique du Conseil et aux résultats qu'il a pu donner.

Les travaux les plus importants et, tout à la fois, les plus fréquents du Conseil législatif ont été, d'une part, les avis donnés, quant aux projets de loi du gouvernement ou de l'initiative parlementaire, et, d'autre part, l'œuvre d'unification législative. Et d'abord les avis. Dans ces dix années d'activité, le Conseil a donné 2.675 avis, répartis, comme il suit, par section :

1 ^{re} section (droit public).....	1.427	avis
2 ^e section (droit privé).....	214	—
3 ^e section (législation sociale, économique et financière)	1.012	—
Sections unies	13	—
Toutes sections réunies.....	9	—
Total.....		2.675 avis

Du total de 2.675 avis, 1.527 ont été accompagnés d'observations critiques, tandis que le reste de 1.148 n'ont donné lieu à aucune remarque. Cependant, parmi ces derniers avis, il y a eu 461 qui se rapportaient à des projets de lois « formelles » (pour la ratification des conventions internationales, pour l'autorisation des départements et des communes à contracter des emprunts, etc...). En les laissant de côté, il nous reste les avis donnés pour les projets de lois *proprement dites*, dont 1.527 accompagnés d'ob-

(2) Voir Alex. N. Cané, « Zece ani de activitate », dans *Consiliul legislativ (Zece ani de activitate, 1926-1936)* pp. 10-59, auquel nous empruntons toutes les données statistiques que nous allons mettre en vedette. M. Alex. N. Gané a fait également paraître un exposé sur l'économie de la loi pour l'organisation du Conseil législatif : « Le Conseil législatif en Roumanie », *Bulletin de la Société de législation comparée roumaine*, 1930, pp. 36-46 (en français).

servations critiques et 687 sans observation aucune, ce qui revient à 68 % d'avis avec observations. Ce pourcentage nous démontre combien sont fréquents les défauts de l'élaboration législative effectuée en dehors du Conseil législatif.

Mais l'avis du Conseil législatif n'étant obligatoire qu'à prendre et non pas à suivre, il est important de connaître dans quelles proportions il a été respecté. Pour ce faire, il faut écarter les projets de loi qui ont été rétractés ou qui n'ont pas abouti à être votés, et dont le total s'élève à 620. Ainsi, il nous reste 907 avis donnés avec des observations critiques pour des projets de loi qui ont abouti à être promulgués. Du total de 907 avis, ainsi obtenus, on a constaté qu'on a tenu compte de 553 avis, ainsi répartis :

1 ^{re} section..... avis donnés.....	489
on a tenu compte de.....	306
donc un pourcentage de 63 %.	
2 ^e section..... avis donnés.....	89
on a tenu compte de.....	61
donc un pourcentage de 67 %.	
3 ^e section..... avis donnés.....	325
on a tenu compte de.....	182
donc un pourcentage de 56 %.	
Sections unies..... avis donnés.....	3
dont on a tenu compte de.....	3
donc un pourcentage de 100 %.	
Toutes sections réunies..... avis donné.....	1
dont on a tenu compte de.....	1
donc un pourcentage de 100 %.	

Faisant le total, on obtient 553 avis dont on a tenu compte, ce qui donne un pourcentage de 61 %. C'est une proportion assez intéressante pour les premières dix années d'activité du Conseil. Mais, il faut noter que ce pourcentage n'exprime pas toute la vérité car, en fin de compte, il faut lui ajouter tous les projets de loi entièrement élaborés, dès le début, par le Conseil et pour lesquels, donc, il n'y avait pas lieu de donner encore son avis, puisqu'il aurait fait double emploi. Ce sont 57 avant-projets ou projets qui rentrent dans cette catégorie. Ces avis dont on a tenu compte relevaient toutes sortes de défauts (de rédaction, de terminologie, de contradiction avec d'autres projets de loi, de dérogation aux principes fondamentaux du droit, d'inconstitutionnalité). La teneur des projets a parfois nécessité, de la part du Conseil, l'élaboration de *contre-projets* (on peut citer 15 contre-projets pour la 1^{re} section, 12 pour la 2^e section et 3 pour la 3^e section).

Mais, il est particulièrement important de reproduire les données statistiques, concernant les avis d'anticonstitutionnalité formulés par le Conseil législatif, pour nous rendre compte de l'utilité considérable du contrôle *technique préventif*, qu'il exerce à ce point de vue, et qui s'est montré parfaitement concordant au contrôle *judiciaire* de la constitutionnalité des lois dont la compétence appartient à la Haute Cour de Cassation, toutes chambres réunies. En effet, chaque fois que la Haute Cour a eu à juger la constitutionnalité d'une loi, pour laquelle le Conseil législatif avait relevé

déjà l'anticonstitutionnalité dans son avis, l'arrêt de la Haute Cour a toujours confirmé l'avis préventif du Conseil législatif.

Aussi, on s'explique pourquoi ses avis d'anticonstitutionnalité sont plus respectés que les autres.

Dans ces dix années d'activité, le Conseil a donné 518 avis d'anticonstitutionnalité, dont la répartition est la suivante :

<i>1^{re} section</i> avis d'anticonstitutionnalité.....	179
dont il faut écarter 81 puisque donnés,	
quant à des projets qui n'ont pas abouti à être votés,	
pour qu'il nous reste.....	98
on a tenu compte de.....	65
donc un pourcentage de 66 %.	
<i>2^e section</i> avis d'anticonstitutionnalité.....	37
dont il faut écarter pour les mêmes raisons.....	19
reste	18
on a tenu compte de.....	10
donc un pourcentage de 55 %.	
<i>3^e section</i> avis d'anticonstitutionnalité.....	295
dont il faut également écarter.....	91
reste	204
on a tenu compte de.....	129
donc un pourcentage de 63 %.	
<i>Sections unies</i> avis d'anticonstitutionnalité.....	3
dont on a tenu compte de.....	3
donc un pourcentage de 100 %.	
<i>Toutes sections réunies</i> avis d'anticonstitutionnalité....	4
dont on a tenu compte de.....	3
donc un pourcentage de 75 %.	
<i>Le pourcentage total est de 64 %.</i>	

Pour ce qui est des avis donnés quant aux *règlements généraux d'application*, le Conseil législatif en a émis, dans ses dix années d'activité, 429, dont 297 accompagnés d'observations critiques. Pour 204 projets de règlement, l'avis du Conseil a porté sur leur anticonstitutionnalité.

On relèvera la tendance des projets de règlement à l'anticonstitutionnalité, tendance qui est plus forte que celle des projets de loi. En effet, sur 1.527 avis pour projets de loi, il y a eu 315 avis d'anticonstitutionnalité, tandis qu'en ce qui concerne les projets de règlement, sur 429 avis, il y a eu 204 avis d'anticonstitutionnalité.

Il faut nous rappeler que l'avis du Conseil n'est pas obligatoire pour les amendements proposés dans les assemblées législatives. Aussi pendant dix ans, ce n'est que *deux* fois qu'on a demandé l'avis du Conseil pour de tels amendements. C'est pourquoi il faut le rendre obligatoire, même en ce qui concerne les amendements.

Nous avons déjà constaté que les projets de loi élaborés dès le début par le Conseil sont assez peu nombreux. La cause en est double : d'abord, l'habitude, acquise de par le passé, qui détermine les Ministres à légiférer avec la collaboration de leurs bureaux et commissions, tout en se réservant la possibilité de passer pour auteurs des lois; ensuite, la grosse charge donnée

entièrement au Conseil législatif pour tout ce qui regarde l'unification des codes.

Cette unification a pris le meilleur temps du Conseil législatif, pendant ces dix années d'activité.

C'est qu'il fallait préparer l'unification de tous les codes : civil, commercial, procédure civile, pénale, procédure pénale. La méthode à suivre pour l'unification ne pouvait pas consister dans l'extension des codes de l'ancien Royaume sur tout le territoire agrandi du pays. Car, la Constitution de 1923 avait déjà édicté que l'unification devrait être faite par la « *révision* » des codes existants. Il ne pouvait en être autrement, puisque les Droits locaux des provinces roumaines appartenaient à des systèmes juridiques assez différents, ainsi que nous l'avons déjà montré. Et, même pour ce qui est des codes de l'ancien Royaume, il faut bien convenir qu'ils ne correspondent plus aux nécessités de notre société, si on sépare leurs textes de la jurisprudence qui les a complétés, réformés et fait évoluer. Encore faut-il constater (comme l'a fait M. Ed. Lambert dans son beau livre déjà cité, p. 809 et suiv.) que « la jurisprudence est naturellement conservatrice et ne suit que de trop loin le mouvement des mœurs et les variations de la vie économique. Par cela seul qu'elle doit autant que possible dissimuler ses innovations sous le couvert d'une interprétation de la loi, elle n'arrive le plus souvent que par des voies tortueuses et détournées au but que le législateur peut atteindre directement et, par conséquent, beaucoup plus sûrement. »

C'est donc par la *révision* des codes existants qu'on a travaillé à l'unification de notre législation. Mais, cette révision implique, non seulement la comparaison des codes locaux et de la jurisprudence y afférente, mais aussi une recherche comparative des Droits étrangers qui ont inspiré nos législations locales. En dernier lieu, on a dû tenir compte, également, des projets internationaux qui ont été élaborés afin de rapprocher les législations nationales dans la voie du « *droit commun législatif* ». C'est selon cette méthode que, pendant ses dix premières années, notre Conseil législatif a préparé presque tous les projets d'unification des codes, et réalisé l'unité effective de la législation roumaine du droit public. La législation sociale et du travail, inspirée directement par les projets et les résolutions du Bureau International du Travail de la S. D. N., a été également unifiée (v. Aurelian Ionasco, chapitre « *Le Travail* », du volume « *Roumanie* », déjà cité).

Dans cette nouvelle législation roumaine de droit public unitaire, nous renfermons aussi le *code pénal* et celui de *procédure pénale*, codes qui ont été mis en vigueur tout récemment, le 1^{er} janvier 1937 (voir pour les nouveaux codes pénaux et de procédure pénale V. V. Pella, chapitre respectif du volume « *Roumanie* », déjà cité et Jean Radulesco, *Le projet de code pénal roumain*, *Bulletin de la Société de législation comparée*, n^{os} 10, 12, 1928 ; pour ce qui est des autres branches de la nouvelle législation roumaine de droit public unitaire, consulter les chapitres respectifs du volume « *Roumanie* » de la collection : « *La vie juridique des peuples* »).

Quant aux codes de droit privé, nous l'avons déjà dit, presque tous les projets d'unification ont été mis au point.

Ainsi, le projet du *code de procédure civile* (procédure contentieuse)

et des *voies d'exécution* a acquis sa forme définitive et attend qu'il soit déposé aux bureaux des Assemblées législatives.

Il en est de même du projet du code commercial, approuvé par la commission parlementaire mixte, depuis 1933 (voir Joseph Cohen, *Principes du projet de code commercial roumain*, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1934).

Mais, ces deux projets de codes doivent attendre parce que l'élaboration du projet de code civil n'est pas encore complètement terminée.

Et c'est le code civil qui domine l'ensemble du droit privé. Aussi, faut-il que la concordance entre les codes de droit privé soit établie, principalement, en fonction du code civil.

Le projet du *code civil* est presque complet.

Ainsi, le *titre préliminaire*, y compris le *système roumain de droit international privé* (voir Possa, *Bulletin législatif de droit international privé*, *Revue roumaine de droit privé*, n° 1, 1937) ; le *livre des personnes physiques et des personnes juridiques* (voir Trajan R. Ionasco : *Les associations et les fonctions en droit civil roumain*, *Revue générale du droit*, 1932 ; et *Les fondations*, *Revue roumaine de droit privé*, n° 1, 1937) ; le *livre de la famille*, y compris les *conventions matrimoniales* et la *protection des incapables* (voir Alex. Algelesco, *Le projet de code civil roumain*, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1934) ; toute cette matière a été définitivement élaborée et déposée aux bureaux des Assemblées législatives ; on en a obtenu, déjà en 1933, l'approbation de la commission parlementaire mixte.

Mais, il y a un autre groupe de matières civiles pour qui, quoique complètement et définitivement élaborées, le projet les contenant n'a pas encore été déposé au Parlement ; cependant, il a obtenu l'assentiment des Conseillers temporaires qui y ont collaboré effectivement. Ce groupe renferme : le reste de la partie générale du code, c'est-à-dire, la *classification des biens*, *l'acte juridique*, *la garantie* et *la prescription* ; *l'obligation en général* (on a pris comme base le projet franco-italien, lui apportant cependant quelques modifications) ; les *contrats spéciaux*, y compris les *donations* (toujours selon le projet franco-italien, lui apportant cependant quelques modifications) ; les *successions testamentaires et ab intestat* : le *livre foncier*, Le projet se rapportant à ce groupe de matières a été déjà envoyé au Ministère de la Justice afin d'être déposé au Parlement.

Enfin, la propriété et la possession ne sont traitées que dans un simple avant-projet, qui n'a pas été encore soumis aux discussions de la section de droit privé du Conseil, tandis que les droits réels principaux, autres que la propriété, ainsi que les garanties réelles n'ont formé l'objet d'aucun travail législatif.

On voit, donc, que le projet de code civil roumain unifié, *moins la matière des droits réels et de la possession*, est définitivement élaboré par le Conseil législatif. Il faut espérer que prochainement tout sera élaboré, pour qu'ainsi on puisse procéder à l'établissement de la concordance entre tous les projets de codes de droit privé, présentés par notre Conseil législatif.

L'œuvre d'unification du Conseil législatif présente une double importance : nationale et internationale. Elle est importante, au point de vue national, parce que, par l'unification législative, elle efface les dernières particularités du régime qui domine les roumains de toutes les provinces historiques, couronnant ainsi l'unité politique de la nation roumaine.

Elle est importante, au point de vue international, parce que par la méthode comparative employée dans l'élaboration de cette unification législative, elle a contribué « à rapprocher les droits frères ou parents dans la poursuite d'un idéal commun de progrès et provoquer ainsi, en même temps qu'une plus rapide amélioration de chacun d'eux, l'effacement progressif ou la diminution toujours croissante des diversités législatives accidentelles » (Ed. Lambert, *op. cit.* p. 963).

LE DROIT PUBLIC DES PROVINCES D'OUTRE-RHÔNE COMPARE A CELUI DES PROVINCES DE L'INTERIEUR DU ROYAUME DE FRANCE

Par Irénée LAMEIRE,

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

Le droit public comparé n'existe pas seulement entre Etats ; il existe dans l'intérieur d'un Etat, si sa législation n'est pas unifiée. Toute l'histoire de la France coutumière en est la preuve, peut-être plutôt au point de vue du droit privé qu'à celui du droit public, bien qu'on puisse mettre en avant les capitulations des provinces, jugées encore si importantes à la veille de la Révolution que l'arrêt du Parlement de Paris du 3 mai 1788 les mettait au nombre des lois fondamentales du royaume.

Pour les provinces de la rive gauche du Rhône, principalement Dauphiné et Provence, la question s'était posée de savoir, non pas seulement si elles avaient des garanties d'autonomie opposables au pouvoir central, mais même si elles ne formaient pas en droit strict des Etats séparés, unis seulement au royaume par l'identité du souverain et par une sorte d'Union réelle, pour me servir d'une expression de droit international moderne, déjà démodée, car elle ne paraît plus avoir d'exemple depuis 1918.

I

La théorie de la souveraineté à titre distinct se fonde, résultante lointaine du traité de Verdun, sur le royaume d'Arles et de Vienne, fondu dans l'Empire depuis la donation de Rodolphe le Lâche à Conrad le Salique, expression du reste inexacte, les Empereurs ayant gardé, dans des protocoles intermittents, le titre de roi de Bourgogne ou de roi d'Arles. L'absorption de la région par la France, en diverses étapes, la disparition de la mouvance de l'Empire à des dates imprécises, a jeté une certaine équivoque sur les relations entre le royaume et ces contrées. La théorie de la souveraineté distincte, complètement disparue au xvii^e siècle, réapparaît à la fin du xviii^e siècle ; et les historiens savent bien que, malgré l'apparence paradoxale, le xviii^e siècle est plus archaïque que le xvii^e. *Multa renascentur quæ jam cecidere*. Et parmi ces renaissances réapparut la théorie sur la souveraineté distincte, soutenue par Louis XV dans son édit de

1770, très facile à comprendre vers les années voisines de 1788, date à laquelle la révolution menace de se manifester dans sa forme historique ou pseudo-historique, c'est-à-dire par une décentralisation outrancière précédant peut-être le démembrement du royaume. C'est ainsi que l'*Art de vérifier les dates*, en 1784, se sert, à propos de la Provence, de la formule suivante : « La Provence a conservé jusqu'à nos jours, suivant le traité fait avec elle par Charles VIII, ses lois particulières et privilégiées. Elle n'est point encore regardée aujourd'hui comme province de France. C'est pour cela que, dans les arrêts du parlement d'Aix, on met toujours : Par le Roi, comte de Provence, et que nos rois, dans leurs lettres adressées à ce pays-là, prennent la qualité de comtes de Provence et de Forcalquier ». Cette théorie est suivie par Mirabeau qui, dans sa campagne électorale pour être élu député de la sénéchaussée d'Aix, en 1789, se sert pour la Provence, de l'expression de Co-Etat. On sait que Mirabeau changera radicalement d'opinion dans l'Assemblée Constituante, lorsqu'il s'agira du titre à prendre par Louis XVI, ensuite de la proposition Salicetti ; il dira alors que rien n'est plus contraire à l'unité monarchique que la multiplicité des appellations.

Pour continuer la constitution du dossier, dans le sens autonomiste, rappelons ces mots de Dumoulin à propos du Dauphiné : « Delphinatus qui non est de regno nec legibus et consuetudinibus regni regitur, licet regno inseparabiliter accedat ». A titre de document parallèle pour la Provence, rappelons les lettres de Compiègne, données par Charles VIII en octobre 1486 : « Adjoignons et unissons à nous et à ladite couronne sans que à icelle couronne ni au royaume ils soient (les comtés de Provence et de Forcalquier) aucunement subalternes ».

L'argument le plus pertinent en faveur de la souveraineté distincte consiste dans le titre de roi de France et de Navarre, dauphin de Viennois, comte de Valentinois, Diois, Provence, Forcalquier et terres adjacentes. Laissant de côté le titre de Navarre, dû à des causes très particulières, nous voyons que tous les titres du roi sont placés sur des provinces d'outre-Rhône. De là une théorie que j'entendis dans ma jeunesse au cours de M. Esmein, d'après laquelle ces titres ne seraient pris par le roi que relativement à l'administration des provinces en question. Viollot, dans son livre « Le roi, ses ministres » soutient la même opinion. Cette affirmation est inexacte car, dans un bail de cinq grosses fermes, pendant la minorité de Louis XIV, j'ai constaté la succession de tous les titres précédemment cités, depuis le Dauphiné de Viennois jusqu'aux terres adjacentes, et l'on sait assez que les cinq grosses fermes n'avaient aucun point territorial commun avec les provinces dont il s'agit.

Si je fais allusion au titre de Roi Dauphin, pris dans les actes relatifs au Dauphiné, à l'expression *Royaume et Dauphiné* employée dans le Concordat de 1516, au sceau particulier du Dauphiné, dont Louis XVI aurait essayé de se servir, lorsque, après Varennes, l'Assemblée Constituante s'empara du sceau du royaume, et à d'autres particularités anecdotiques, ce n'est que pour montrer des survivances. Mais, la part faite au début, dans ce bref exposé, à la théorie, sinon séparatiste, au moins de droit historique séparé, nous allons exposer les arguments qui militent en faveur de l'unité absolue du royaume et qui nous paraissent autrement solides, s'ils ne sont pas suffisamment connus.

II

Il ne s'agit pas de savoir quand ces provinces d'Outre-Rhône ont cessé de faire partie du Saint Empire. Charles-Quint dans sa lettre à Louise de Savoie, pendant la captivité de François I^{er} à Madrid, déclare implicitement cette revendication périmée pour le Dauphiné. Il ne veut retenir que les « querelles plus fraîches ». On peut mettre un point terminal à la dernière survivance des mouvances de l'Empire en citant les dispositions du traité de Westphalie relatives à Pignerol. Cette ville a été cédée à la France par le traité de 1631. Mais le duc de Savoie est mouvant de l'Empire. Le traité de Münster, confirmant la cession au titre impérial, déclare que Pignerol cesse de faire partie de l'Empire. *A fortiori* : c'est la libération du Dauphiné rétroactivement et tacitement confirmée. En plus, l'affirmation de ce principe que la souveraineté du roi est incompatible avec la moindre mouvance impériale. Cette incompatibilité radicale se trouve confirmée par une série d'actes que l'on trouve aux archives de l'Etat, à Turin, sous le titre : *Materie d'Impero*, dans lesquels le roi de Sardaigne, vassal de l'Empire, énumère les possessions pour lesquelles il est souverain absolu, et, parmi cette énumération se trouve Pignerol rétrocédé par la France au traité de Turin de 1696, prolégomène de Ryswick, mais cédé franc et quitte de toute mouvance impériale, à cause de la domination française, valant purge de toute mouvance.

Textes tardifs, mais textes définitifs. Nous n'avons plus à nous occuper des survivances de mouvance impériale ; nous considérons la Provence et le Dauphiné comme régions absolument libres. L'union complète avec la France est seule en question. C'est celle que nous allons examiner.

III

Parmi les faits témoignant de l'unité de souveraineté, nous placerons d'abord l'unité de *naturalité*. La nationalité française seule existe ; il ne fut jamais question de la naturalisation d'un Dauphinois ou d'un Provençal. Cette unité allait plus loin, car, depuis François I^{er}, elle s'étendait au Comtat. Intérêt de la naturalité française : avoir le droit de posséder offices et bénéfices dans le royaume. Pour les bénéfices ecclésiastiques, nous n'avons qu'à consulter les Almanachs royaux. Nous y constaterons les échanges incessants de personnel entre les évêchés de l'intérieur du royaume et ceux de l'Outre-Rhône. Pour le dernier état du droit, citons Boisgelin, de Rennes, archevêque d'Aix, Jean-Marie Dulau, né à Périgueux, archevêque d'Arles, Belloy, né près de Beauvais, évêque de Marseille, Vareilles, né en Poitou, évêque de Gap, Messey, né au diocèse de Langres, évêque de Valence. Villedieu, né en Berri, évêque de Digne, Des Portes, né à Reims, évêque de Glandèves. Cette liste pourrait être indéfiniment continuée. Aucune barrière entre les bénéfices à l'Est ou à l'Ouest du Rhône.

Après la naturalité, nous placerons, comme preuve de l'unité de souveraineté, la participation aux Etats Généraux. D'après le journal de Masselin, nous voyons la Provence élire quatre députés et le Dauphiné treize députés aux fameux Etats Généraux de Tours, de 1483. Le fait que ces pro-

vinces députassent globalement n'a rien à voir avec la souveraineté : nous verrons en 1789, les sénéchaussées du Poitou et du Maine députer globalement. *A contrario*, nous voyons que les trois évêchés de Metz, Toul et Verdun ne députent pas aux Etats de 1614. La participation aux assemblées du royaume, en 1483, n'est du reste pas la plus ancienne : dès 1470, le président du Parlement du Dauphiné fait partie des notables de Tours.

Autre argument en faveur de l'unité de souveraineté : il se trouve dans l'ordre de préséance des Cours de Parlement fondée sur leur ancienneté. A ce titre, aucune distinction n'est faite pour les provinces d'Outre-Rhône. La contestation entre Grenoble et Bordeaux pour le troisième rang est très célèbre. Jamais le parlement de Guyenne, pour obtenir sa préséance, n'a argué de la souveraineté particulière delphinale. Dans le même ordre d'idées, voyez les lettres patentes qui permettent à Guillaume de Corbie de posséder conjointement les offices de Conseiller au parlement de Paris et de président au parlement de Grenoble (13 septembre 1461).

Charles VII, le 14 novembre 1454, par ses lettres de Mehun-sur-Yèvre, établit le régime dit « de la fraternité » entre sa cour de parlement de Paris et le parlement de Toulouse, qu'il a établi, quelques années plus tôt : « Toutes et quantes fois qu'aucun de nos présidents et de nos conseillers de notre parlement de Toulouse se trouveront en notre ville de Paris pour leurs affaires, ou autrement, et se présenteront en notre dit parlement de Paris pour être tenus en leurs dits offices, que ceux de notre dit parlement de Paris soient tenus de les y recevoir... ». Bref, les conseillers de Paris et de Toulouse sont momentanément interchangeables à leur seule volonté, institution démontrant par avance que le système des classes et du parlement de France unique, soutenu avant le coup d'Etat de Maupeou n'est pas chimérique. Les lettres de Mehun-sur-Yèvre sont à cet égard absolument pertinentes : « doivent iceux présidents et conseillers de chacun desdits parlements estre tenus et réputés unis et recueillis et honorés les uns les autres et comme faisant un même parlement ». Il s'agit, dira-t-on, de Paris et de Toulouse, de même souveraineté incontestée ; mais la fraternité s'étend aux provinces d'Outre-Rhône et un édit de Henri II, du 24 novembre 1549 — déclaration que les présidents et conseillers des parlements de Savoie et de Piémont auront entrée et voix délibérative dans les autres parlements — le prouve à *fortiori*. Si Chambéry et Turin se fusionnent ainsi, dans la période qui précède le déplorable traité de Cateau-Cambrésis, aux autres cours du royaume, c'est que le régime de la fraternité générale était déjà bien établi pour Grenoble et pour Aix.

Les textes si nombreux supprimant, depuis Louis XI, le *pareatis* entre parlements, confirment encore l'unité du royaume. Ne retenons que le texte d'entre eux le plus pertinent, l'édit de Fontainebleau d'août 1560 : « considérant que tout ce qui est fait par nos dites cours et juges est fait par nous sous nos nom et autorité ». Conséquence « tous les arrêts et jugements seront exécutés sans placet, visa, ne *pareatis* », texte qui ne comporte aucune exception.

Mais nous n'avons pas encore cité le texte le plus décisif, relativement à l'unité de souveraineté sur les cours de parlement. Il se réfère justement à une juridiction d'Outre-Rhône : c'est un texte émanant de Louis XII, l'article 7 de l'édit de Lyon de juillet 1501, créant le parlement d'Aix, rendu sous l'influence du chancelier Guy de Rochefort : « Entreront aussi audit

parlement les chanceliers, pairs de France, maîtres des requêtes ordinaires de notre hôtel, nos conseillers ordinaires en notre grand conseil et autres qui ont accoutumé d'entrer dans nos autres parlements ». Voilà un document qui nous démontre à satiété l'unité entre les divers parlements de France. Il n'en est pas de plus péremptoire. On peut dire, après l'avoir lu, que la question ne se pose plus, et il est promulgué, précisément, pour un parlement d'Outre-Rhône.

Et, puisque nous parlons de la Cour d'Aix, remarquons que les évocations s'opèrent à son encontre aussi bien que s'il s'agissait d'un autre Parlement. Retenons, comme exemple, l'affaire du président d'Oppède, à propos des massacres de Mérindol et de Cabrières, évoquée, sous Henri II, à la grande Chambre du Parlement de Paris. Nous sommes près de l'époque où, en 1563, le chancelier L'hospital fera proclamer la majorité de Charles IX au parlement de Rouen. Le système des classes du parlement unique est prouvé jusqu'à l'évidence.

Et s'il fallait une preuve de plus, qu'on se rappelle que le maréchal de la Motte fut poursuivi par Mazarin pour des questions catalanes devant le parlement de Grenoble, qui prononça, du reste, en 1649, son absolution. S'il se fût agi d'une trahison en Piémont ou dans les Alpes, on eût pu comprendre le caractère delphinal. Il est inexistant pour la Catalogne.

Nous touchons maintenant non plus aux attributions proprement judiciaires, mais aux attributions politiques des parlements. Ici, encore, la fusion de souveraineté. Je rappelle le lit de justice de décembre 1527, organisé par François I^{er} pour liquider les conséquences du traité de Madrid. L'intitulé nous y montrera la présence des magistrats d'outre-Rhône : « Vu par la Cour, toutes chambres assemblées et aussi par les présidents et conseillers des cours de parlement de Toulouse, Bordeaux, Rouen, Dijon, Grenoble et Aix-en-Provence ». Ici figurent donc les deux cours d'au delà du fleuve. Aucune objection contre leur présence en une question éminemment nationale et n'étant, à aucun titre, ni delphinale, ni provençale.

Les guerres de religion et l'Edit de Nantes, de 1598, qui y mit une fin provisoire, montrent également l'unité des parlements d'outre-Rhône sous une seule souveraineté. Généralement, l'Edit de Nantes passe pour un texte plus que décentralisateur, établissant même l'Etat dans l'Etat. C'est la formule usuelle. Il est un point, au contraire, dans lequel il est éminemment unitaire et centraliste ; il s'agit des chambres de l'édit. Ces chambres ne sont pas créées dans le ressort de tous les parlements : il s'ensuit que certaines cours perdent une partie de leur autonomie. Ainsi l'article 32 de l'Edit de Nantes décide que la Chambre de l'Edit du parlement de Grenoble connaîtra des affaires de la R. P. R. du ressort d'Aix. Si l'outre-Rhône était étranger au royaume, il ne le serait pas en bloc, mais consisterait, au contraire, en Souverainetés séparées, réunies au corps du royaume à des époques et à des titres différents. Au contraire, ici, il y a bloc du Dauphiné et de la Provence, situation que nous retrouverons bientôt à propos de la question des échanges territoriaux. Il ne s'agissait, jusqu'ici, que de deux provinces d'Outre-Rhône, dans leur rapport entre elles : il va s'agir maintenant d'une province d'Outre-Rhône et d'une autre de l'intérieur du royaume. L'article 33 de l'Edit de Nantes déclare que les plaideurs de la R. P. R. de Bourgogne opteront entre la chambre de l'édit de

Paris ou celle de Grenoble. C'est donc le contact entre le Dauphiné et une province de souveraineté française incontestée.

L'existence des Tables de Marbre, en tant que juridiction des Eaux et Forêts donne un nouvel argument à la théorie de l'unité. Le ressort de ces Tables ne coïncide pas avec celui des parlements, et, d'après les divers Etats de la France, la Table du parlement de Paris reçoit les appeaux des parlements où il n'y a pas de table de marbre, ainsi de Grenoble, d'Aix, de Pau. Nous avons donc ici la réponse directe pour les provinces d'Outre-Rhône. La théorie de la prévention suffirait même sans l'énumération précitée : la Table de Marbre de Paris la possède à l'encontre des autres parlements et « les ducs et pairs y procèdent préférablement à toute autre chambre des Eaux et Forêts du royaume encore que les choses contentieuses soient situées dans le royaume entier ».

La juridiction des Eaux et Forêts ne constitue qu'une seule des trois tables de marbre. Même solution pour la seconde table, la Conétablie, dont la juridiction s'étend au royaume entier. Laissons de côté l'amirauté, qui a un caractère particulier. Les départements des grandes maîtrises des eaux et forêts ne regardent pas comme infranchissable la barrière du Rhône : le huitième département, comprend le Lyonnais, Forez, Beaujolais, Auvergne, Dauphiné, Provence, avec les maîtrises de Lyon, Montbrison, Riom, Murat, Grenoble et Aix.

L'appellation caractéristique de Trésoriers de France s'étendant aux généralités d'Outre-Rhône est également pertinente. On peut se référer à l'édit de Henri II de janvier 1551. Point de vue différent : tous les commitimus existent, sans distinction, dans le royaume entier.

La théorie, dès le XVI^e siècle, admettait l'unité absolue du royaume. Le texte le plus important à cet égard est l'Edit d'Angoulême de novembre 1542, enregistré au parlement de Paris le 31 juillet 1543, sur l'ordre exprès du roi, portant confirmation de l'institution de tabellions, gardescels ou notaires. L'exposé des motifs du garde des sceaux Montholon est à retenir : « Comme ce soit chose très exquise et très utile en l'administration de la chose publique, même en la monarchie, de faire et statuer et établir loix et ordonnances qui soient générales pour tous les sujets, sans aucune diversité, division ou particularité, qui ne peuvent communément apporter fors obscurité, confusion, querelles et procès..., considérant nos dits pays de Languedoc, Dauphiné et Provence estre jà longtemps unis et incorporés à nostre dite couronne, et n'estre le tout qu'une mesme monarchie ». Aucun homme d'Etat n'est plus convaincant que M. de Montholon en ce qui concerne l'unité absolue du royaume. Sa formule « Parquoy est très raisonnable et très utile d'estre régis par une mesme forme » aurait pu être employée dans la nuit du 4 août 1789. Il est visible que Montholon est en avance sur Montesquieu.

Nous arrivons à une preuve qui n'a jamais été mise en avant : si les provinces d'Outre-Rhône eussent été de souveraineté particulière, leurs terres n'auraient jamais pu être érigées en pairies de France. Les pairies de France sont mouvantes du roi à cause de sa Tour du Louvre, — si l'on excepte, à titre de curiosité, la pairie de la Rocheguyon, qui, quoique pairie, aurait été mouvante du roi à cause de sa comté de Chaumont en Vexin. Aucune prétention contraire n'a été mise en avant pour les pairies d'Outre-

Rhône. Elles furent toutes vérifiées au parlement de Paris, qui y mit le temps, il est vrai — près d'un siècle pour la pairie de Villars-Brancas.

Nous avons relevé l'existence de quatre duchés-pairies dans les provinces d'Outre-Rhône : 1° *Lesdiguières*, sise en Champsaur, aujourd'hui canton de Saint-Bonnet (Hautes-Alpes), établie en mai 1611, éteinte en 1712. 2° *Valentinois* (canton actuel de Crest, Drôme) en faveur du prince de Monaco, en 1641, concomitante au traité de Péronne qui établit la protection de Louis XIII sur la principauté de Monaco, ou Mourgues. Le Valentinois avait déjà été érigé en duché (éteint avant 1641) en faveur de César Borgia, mais en duché simple. César Borgia ne fut jamais pair de France. 3° *Tallard*, correspondant non pas au bourg actuel de Tallard, chef-lieu de canton des Hautes-Alpes, mais à la Beaume d'Hostun, canton de Bourg-de-Péage (Drôme). Cette pairie créée en 1715. 4° *Villars-Brancas*, correspondant à Champtercier et à la baronnie d'Oie, au nord-ouest de Digne, créée en principe par Richelieu, vérifiée au parlement d'Aix seulement en 1657, à la Chambre des Comptes d'Aix en 1662 et au parlement de Paris en 1716, qui fut plus d'un demi-siècle, l'exemple bizarre d'une pairie vérifiée seulement à un parlement de province. L'existence des pairies d'Outre-Rhône démontre jusqu'à l'évidence l'unité de souveraineté. Remarquez, au contraire, qu'aucune pairie ne fut créée dans les pays conquis et annexés par Henri IV, Louis XIII, Louis XIV, Louis XV ; aucune pairie en Bresse, aucune en Artois, Flandre, Trois Evêchés, Franche-Comté, Lorraine, Alsace.

IV

Les questions ecclésiastiques vont nous montrer également la fusion complète des provinces d'Outre-Rhône avec celles de l'intérieur du royaume. La nomination par le roi aux évêchés et bénéfices consistoriaux de Provence en vertu d'indults pontificaux et non en vertu du concordat n'entraîne avec soi aucun préjugé contre l'identité de souveraineté ; le système des indults fonctionne dans toutes les provinces ecclésiastiques où ne fonctionnait pas le régime de la Pragmatique de 1438 que le Concordat de 1516 avait prétendu remplacer. Le système des indults fonctionne donc, outre la Provence, en Bretagne, à Boulogne-sur-Mer et dans d'autres régions où la souveraineté normale du roi n'est pas douteuse. De plus, le Concordat fonctionne dans le Dauphiné, qui est une province d'Outre-Rhône, parce que la Pragmatique y fonctionnait. On tirera argument, il est vrai, à propos de la Pragmatique et du Concordat des expressions : France et Dauphiné, mais la théorie de l'indivisibilité de la souveraineté possède à son service d'autres arguments en matière ecclésiastique.

Voici le plus important de ces arguments : les provinces archiépiscopales d'Arles, de Vienne, soit la Viennensis, d'Aix, soit la seconde Narbonnaise, d'Embrun, soit les Alpes-Maritimes, ont, par leurs représentants, signé le contrat de Poissy en 1561, celui de Melun en 1580, et font partie du clergé de France, hormis Orange, de la Province d'Arles, qui est restée de clergé étranger, parce qu'elle pouvait être considérée comme étrangère au domaine à l'époque du contrat de Poissy, hormis Genève et Maurienne, de la province de Vienne, et Nice, de celle d'Embrun, à cause de la souverai-

neté étrangère. Le clergé de France est un corps indivisible, qui a traité en bloc avec le roi ; qui vote en bloc ses dons plus ou moins gratuits. La province de Vienne qui participe du reste à l'ancien royaume par l'évêché de Viviers, celles d'Arles, d'Aix et d'Embrun sont bien, et à titre indivisible, partie du royaume.

L'alternance accouplée, pour la nomination des agents du clergé, fixée par le sort lors de l'assemblée de Melun de 1579 mêle ensemble des provinces d'Outre-Rhône avec d'autres de l'intérieur du royaume. Dans ce système la province d'Aix est unie à celle de Tours, celle de Vienne à celle de Bourges. Un détail qui paraît puéril, mais qui n'est pas sans intérêt, le triomphe de l'ordre alphabétique général pour tout le royaume, dans les Etats de la France et dans les Almanachs royaux pour désigner les provinces ecclésiastiques, prouve bien que le sentiment de la fusion complète n'est pas contesté. Si la fusion est complète pour les assemblées du clergé de France et pour les agences du clergé, je n'ai pas besoin de dire que *a fortiori*, il en fut de même pour les assemblées générales du clergé, siégeant en matière de discipline générale, comme celle de 1682. Bref, le clergé des provinces d'Outre-Rhône est plus assimilé à la France que celui de Cambrai et de Besançon, sans parler des Trois Evêchés et de l'Alsace demeurés suffragants de Trèves et de Mayence. Ces provinces de clergé dit étranger, ont fait avec le gouvernement royal une série de contrats à part. Ajoutons que les archevêques d'Arles, d'Aix, de Vienne, d'Embrun ainsi que leurs évêques suffragants font enregistrer leur serment de fidélité au roi par la Chambre des comptes de Paris, qui est compétente à cet égard, à l'exclusion de toutes les autres chambres des comptes du royaume.

V

La fusion complète de souveraineté entre les provinces d'Outre-Rhône et celles de l'intérieur du royaume est encore mieux marquée par les échanges territoriaux avec l'étranger, ensuite de traités internationaux. Si une partie de province ultra-rhodanienne a été cédée à l'étranger, et que, en contre-échange, une autre contrée ait été cédée à la France et incorporée à une province de l'intérieur du royaume, c'est que la souveraineté française était une et indivisible.

Voici des exemples à l'appui : rappelons d'abord la singulière frontière entre la France et les puissances italiennes débordant par de multiples crochets de l'un et de l'autre côté des Alpes. On ne peut mieux la signaler qu'en rappelant qu'au-dessus de l'emplacement du tunnel actuel, dit du Mont Cenis, la frontière, du XIV^e au XVIII^e siècle, passait au même endroit qu'aujourd'hui, mais en sens absolument inverse : Modane appartenait à un prince italien et Bardonnèche était en France (Briançonnais). Une puissance italienne, jusqu'à la première année du XVII^e siècle, avait ses avant-postes aux portes de Lyon, au faubourg Saint-Clair, tandis que la France, par Carmagnole, dépendant du marquisat de Saluces, venait aux portes de Turin. De 1601 à 1860 la France et le Piémont se sont occupés à régulariser et rectifier ces frontières mutuellement envahissantes. La première régularisation eut lieu au traité de Lyon de 1601. La France abandonna

Saluces, de mouvance dauphinoise, obtenant en échange Bresse, Bugey, Valromey, Gex, l'actuel département de l'Ain. Si le Dauphiné eut été de souveraineté particulière, l'abandon de Saluces, sa mouvance, eut été compensé par l'incorporation des pays donnés en contre échange. Il n'en fut pas question ; la Bresse et les autres provinces annexées furent incorporées au gouvernement de Bourgogne bien qu'ils n'eussent jamais fait partie des domaines, pourtant si étendus, des ducs de Bourgogne. Plaisir ultime accordé, a-t-on dit, par Henri IV, au duc de Biron, gouverneur de Bourgogne, auquel il fit couper la tête l'année suivante. En tout cas, l'incorporation au titre royal et non au titre simplement delphinal, est assez pertinente. Le même exemple peut être donné à propos de Cental, Demont et Roque, Sparvière, membres de la comté de Provence et qui au même traité furent cédés en échange d'une contrée incorporée au gouvernement de Bourgogne.

L'exemple du traité de Lyon n'est pas unique. En 1713, le traité d'Utrecht enleva à la France la partie orientale du Dauphiné : Oulx, Exilles, Fénestrelles, Château-Dauphin et une série de communautés d'habitants où le puits banal conserve encore une fleur de lys, et où le français fut la langue officielle des procès-verbaux municipaux jusqu'en 1871. En échange de ces pays qui étaient à l'eau pendant du côté du Piémont, Louis XIV exigea, sur les instances du maréchal de Berwick qui connaissait bien l'importance stratégique de ces régions, la vallée de Barcelonnette et le cours de l'Ubaye, affluent de la Durance. Si le principe de la souveraineté distincte eût été observé, l'annexion de Barcelonnette eut profité au Dauphiné, d'où provenaient les pays cédés. Barcelonnette fut au contraire incorporée au gouvernement de Provence et à la généralité d'Aix. Parallélisme complet avec le traité de Lyon de 1601.

Nous trouvons encore une preuve de la vérité de cette théorie dans le traité de Turin du 24 mars 1760 qui fut signé cent ans, jour pour jour, avant celui qui céda définitivement la Savoie à la France, sous Napoléon III. Le traité de 1760, signé par Choiseul, et assez malencontreux, céda au royaume de Sardaigne la moitié du cours du Rhône que la France possédait de bord à bord depuis le traité de 1601, et un certain nombre de villages sur la rive gauche qu'on eût pu qualifier de têtes de pont, s'il y eut eu des ponts en regard : Aire-la-Ville, aujourd'hui dans le canton de Genève, Eloise, aujourd'hui canton de Frangy, Seyssel de Haute-Savoie, la Balme de Pierre-Châtel, Chanaz, la Chapelle Blanche, aujourd'hui canton de Montmélian, les pentes du glacier de Vaujany, Guillaumes, aujourd'hui chef-lieu de canton des Alpes-Maritimes. Le contre-échange principal fut la vallée de Chézery que le traité de 1601 avait laissée au duc de Savoie pour qu'il conservât communication directe avec la Franche-Comté espagnole. Choiseul voulait faire construire une route vers Versoix, port qu'il avait créé sur le Léman. Des communautés dauphinoises comme la Chapelle Blanche, provençales comme Guillaumes, avaient été abandonnées. Le contre-échange fut incorporé au pays de Gex, c'est-à-dire au gouvernement de Bourgogne. C'est bien là encore une négation absolue des souverainetés régionales.

VI

Aux XVII^e et XVIII^e siècles il n'y a aucune survivance de souveraineté distincte. Dans le régime de représentation des intérêts créé par Pont-

chartrain en 1701, Marseille tient son rang par sa participation au conseil du commerce. Bien plus, la chambre de Commerce de Marseille a un rôle général pour le Levant et c'est d'elle que relèvent les consuls de la nation française. De même au parlement d'Aix ressortissent les appels des juridictions consulaires, tradition qui s'est perpétuée jusqu'à nos jours. Le Dauphiné et la Provence ne relèvent pas du même département ministériel : le Dauphiné, du secrétaire d'Etat à la guerre, la Provence, de la Maison du Roi, le même ministère qui tient la généralité de Paris et qui deviendra en 1790 le ministère de l'intérieur. Ces provinces étaient moins séparées que ne le sont aujourd'hui les départements recouverts qui dépendent d'un sous-secrétariat spécial. La Savoie, occupée de 1690 à 1696, et de 1703 à 1713, à un titre qui n'était en rien dauphinois, fut réunie à l'intendance du Dauphiné dans ces deux périodes, et dans la seconde le papier marqué fut commun, sous la formule « Dauphiné et Savoye ».

Tout à fait à la fin du XVIII^e siècle, les survivances de souveraineté séparée réapparaissent, à propos de la grande crise causée par les cours de parlement. Mais, entre la période pré-Maupeou et la période Lamoignon, il y a une opposition frappante : les mouvements sont en sens inverse l'un de l'autre. Dans la période qui avoisine le coup d'Etat de Maupeou, les parlements reprennent, contre Louis XV, la théorie des classes et du parlement de France, système qui se justifie, si l'on se rappelle l'édit de Mehun-sur-Yèvre à propos de la fraternité, l'édit de Louis XII, de 1501, créant à Aix un parlement accessible à son chancelier, aux pairs et aux maîtres des requêtes, si l'on se rappelle aussi la proclamation de la majorité de Charles IX au parlement de Normandie en 1563. Le roi soutient au contraire sa souveraineté à des titres divers. C'est la monarchie qui est ici, en théorie du moins, destructrice de l'unité. L'exposé de la séance de la flagellation est en sens inverse des motifs de Montholon, à propos de l'édit d'Angoulême de 1542. Il y a eu marche rétrograde dans les déclarations royales.

En 1788 au contraire, lors du projet d'établissement de la Cour plénière par Brienne, changement à vue. Ce sont les cours de parlement qui invoquent la souveraineté distincte et le Dauphiné fait même entendre des menaces de séparation. Crise de séparatisme qui dure quinze jours. L'assemblée de Vizille, commencée dans un but dauphinois, se termine par l'expression d'un vœu national. Mais Mirabeau, aux élections du tiers état de la sénéchaussée d'Aix, soutient encore l'idée de souveraineté distincte, d'union réelle. Tous ces sentiments disparurent à la nuit du 4 août, et les chambres des vacations des parlements d'Outre-Rhône n'eurent même pas les velléités d'opposition de celle de Rennes et l'assemblée constituante n'eut pas à les rappeler à l'ordre.

Nous n'avons pas mêlé à la question de souveraineté séparée les questions de législation. Dans la diversité des coutumes, surtout dans l'emploi du droit écrit, les provinces d'Outre-Rhône n'avaient pas de situation à part. Là où fonctionnait l'unité, les régions dont il s'agit y participaient ; les grandes ordonnances de Louis XIV y étaient en vigueur. L'unité de législation était donc plus grande à l'égard du parlement d'Aix et du parlement de Grenoble, à propos de l'ordonnance civile de 1667 que dans le ressort du parlement de Douai où l'unité procédurière n'était en vigueur, d'après Merlin, qu'en ce qui concerne les juges-consuls et la requête civile. Et

pourtant la souveraineté normale sur le ressort du parlement de Flandre n'a jamais été contestée depuis Louis XIV.

En ce qui concerne la décentralisation, à la veille de la révolution, la Provence n'est plus un pays d'Etats, mais un pays de communautés et le Dauphiné, ayant perdu ses derniers Etats en 1628, n'est plus qu'un pays d'élections : la généralité de Grenoble. C'est seulement la création des assemblées provinciales, deuxième édition, en 1787, qui amènera la crise autonomiste. Jusque là, les pays d'Outre-Rhône sont plus centralisés que certains pays de l'intérieur du royaume.

L'érudition régionale, toujours extrêmement utile, dont on ne saurait se passer et dont on entend seulement la voix à propos de certaines questions, a toujours été de tendances particularistes et manque d'objectivité quand il s'agit de l'histoire de l'unité de la France ; voilà pourquoi a régné jusqu'ici, sur les problèmes dont nous venons d'aborder l'étude, une fâcheuse confusion.

CHAPITRE IV

L'UNIFICATION DES DROITS DANS LE DOMAINE INTERNATIONAL ET L'ŒUVRE DE LA SOCIÉTÉ DES NATIONS ET DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL

SECTION I

LE DROIT PENAL

DONNEDIEU DE VABRES, *Sur quelques formes actuelles de la collaboration internationale en Droit Pénal.*

STARKE, *La contribution apportée au droit international par les conventions relatives aux drogues nuisibles.*

COSENTINI, *Essai d'un Code Pénal International dressé sur la base comparative des projets et textes récents de Codes Pénaux.*

SOLNAR, *L'unification internationale du Droit Pénal et la science du Droit Comparé.*

(Cette contribution publiée ci-dessus dans le Chapitre II, § 120).

**SUR QUELQUES FORMES ACTUELLES
DE LA COLLABORATION INTERNATIONALE
EN DROIT PENAL**

Par H. DONNEDIEU DE VABRES,
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris.

L'exposition universelle offre une brillante occasion de manifester les formes variées de l'activité scientifique. Et les Congrès, en cet été 1937, ne manquent pas à Paris. La tenue du quatrième Congrès organisé, depuis la guerre, par l'*Association internationale de droit pénal* (Paris, 26-31 juillet 1937) nous invite à jeter un coup d'œil sur l'effort accompli en vue de renforcer, dans la lutte contre le crime, la coopération des Etats, à mesurer le chemin parcouru, à dessiner quelques perspectives d'avenir.

Dans aucune autre matière, la nécessité d'une action solidaire n'apparaît avec plus d'évidence. Les malfaiteurs ont obtenu, par les progrès de la science et la rapidité croissante des communications, de singuliers avantages ; on sait que leurs activités les plus redoutables ont aujourd'hui un caractère international. Leur exemple, à cet égard, mérite d'être suivi. Lutter contre eux sans entente préalable, par voie d'actions isolées, serait, de la part des Etats, courir au désastre, en reproduisant la tactique malheureuse — ou l'absence de tactique — des trois Curiaces. Sans doute cette réaction solidaire des Etats s'organise d'elle-même, par un automatisme défensif qu'impose l'instinct de conservation. Ces dernières années, d'utiles relations se sont nouées, pour la recherche des faux monnayeurs, des terroristes, des trafiquants d'opium, de stupéfiants, de publications obscènes, etc., entre les polices judiciaires de divers Etats. Mais cet effort concerté ne peut obtenir sa pleine efficacité que s'il est légitimé, systématisé par la doctrine. Les praticiens sont les premiers à solliciter le concours de la science.

L'entente doctrinale est d'autant plus souhaitable que le conflit des idéologies est, comme on sait, un des faits qui, aujourd'hui, mettent le plus gravement en péril la paix du monde. Le contraste entre deux notions radicalement contraires des rapports de l'individu et de la collectivité se réfléchit immédiatement sur le miroir du droit pénal. Et c'est ce qui rend l'œuvre entreprise aussi difficile qu'elle est nécessaire. La lutte du néo-classicisme et du positivisme, qui remplit les dernières années du XIX^e siècle et les premières années du XX^e, s'est éteinte par la transaction qu'impli-

que l'adoption, en législation comme en doctrine, d'une *via media*. Mais l'opposition d'un *droit pénal libéral* et d'un *droit pénal autoritaire* lui a succédé. Du terrain de la *dogmatique*, le débat s'est transporté sur le terrain de la *politique criminelle*. Par cela même que l'ordre d'idées nouveau associe dans une entreprise commune les savants et les praticiens, le conflit est devenu plus grave et plus aigu.

Cette aggravation, due aux circonstances de la politique européenne, n'apparaissait pas encore, le jour où fut amorcée, sur l'initiative de la Faculté de Droit de Paris, l'œuvre d'internationalisation et d'unification du droit pénal. C'est en 1924 que fut fondée l'*Association internationale de droit pénal*, en vue de renouer, entre les criminalistes de différents pays, une collaboration purement scientifique, que la guerre avait interrompue. Peu d'années après, s'instituait, comme un rejeton de cette dernière, mais qui a acquis une grande autonomie et un singulier développement, le *Bureau international pour l'unification du droit pénal*. Se plaçant sur le terrain, non plus de la doctrine, mais de la législation, il s'assignait pour tâche de provoquer le rapprochement, l'unification progressive des Codes pénaux. Et c'est à ces deux groupements que s'attachera notre étude.

Nous ne prétendons nullement qu'ils monopolisent l'effort scientifique international dans la lutte contre le crime. Si nous les considérons uniquement, c'est d'abord qu'ayant eu le privilège d'assister et de participer dans une modeste mesure à leur formation et à leur fonctionnement, nous en parlerons en meilleure connaissance de cause. Et c'est ensuite qu'ils sont les seuls dont l'objectif comprenne — globalement et exclusivement — les problèmes de la *politique criminelle*. D'autres organisations ont un but plus restreint : soit qu'elles veillent à la protection pénale de l'enfance (*Association internationale pour la protection de l'enfance*) ou au patronage (*Congrès internationaux de patronage*), soit qu'elles se consacrent et se bornent — du moins en principe — au développement de la science pénitentiaire : ainsi la *Commission internationale pénale et pénitentiaire*, dont le siège est à Berne. D'autres, au contraire, n'envisagent le droit pénal que comme un chapitre d'un programme plus vaste, qui les amène à ne le considérer que sous un aspect particulier : l'*Institut de droit international*, l'*International law Association*, l'*Association des juristes de langue française*, qui vient de tenir ses premières assises à Paris (20-27 juillet 1937).

I

L'ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PENAL

L'*Association internationale de droit pénal* s'est fondée au mois de mars 1924 dans une assemblée solennelle tenue à la Faculté de Droit de Paris, sous la présidence de M. Barthou, ancien président du Conseil. Elle s'est assignée pour tâche de continuer l'œuvre scientifique de l'*Union internationale de droit pénal*, qui, après une carrière exceptionnellement brillante et utile (1889-1914), s'est trouvée compromise par le décès de ses trois illustres fondateurs, les professeurs Prins, de Bruxelles ; Van Hamel, d'Amsterdam ; Von Liszt, de Berlin, puis interrompue par les circonstances de la guerre.

La physionomie de l'Association internationale de droit pénal ne reproduit pas, identiquement, les traits de sa devancière.

Elle a, comme cette dernière, une vocation à l'universalité. Mais les événements politiques, l'état d'esprit consécutif au traité de Versailles ne lui ont pas permis de la réaliser immédiatement. La personnalité de son Président, l'éminent homme d'Etat belge, M. Carton de Wiart, de son Secrétaire général, M. J.-A. Roux, professeur à l'Université de Strasbourg, la nationalité des membres de son Conseil d'Administration au sein duquel sont représentées : l'Angleterre, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, l'Italie, la Pologne, la Roumanie, la Suisse, la Yougoslavie... marquent des limites géographiques auxquelles la situation diplomatique n'est pas étrangère. C'est au sein des pays précédemment « amis et alliés » et des nations sympathisantes que les « groupes nationaux » de l'*Association internationale de droit pénal*, aujourd'hui au nombre de 19, se sont constitués. Les criminalistes d'Allemagne et d'Autriche, prétendant que l'*Union internationale du Droit pénal*, n'ayant jamais été dissoute, avait survécu à la guerre, ont organisé, entre eux, quelques Congrès. Les savants représentant des Etats neutres, tels que la Hollande, la Suède et la Norvège, se sont cantonnés dans l'abstention. La collaboration internationale souffre ainsi d'une dualité fâcheuse, et de lacunes qu'il appartiendra à l'avenir de corriger et de combler.

L'Association internationale de droit pénal se distingue encore de sa devancière par l'absence de tout *credo scientifique*. Un parti-pris dogmatique se justifiait à l'époque où la lutte du classicisme et du positivisme battait son plein. L'*Union internationale de droit pénal* joua alors un rôle de conciliation très utile en groupant les esprits favorables à cette position moyenne qui a fini par prévaloir. Dans les années qui ont précédé la guerre, consciente du fait que son but était atteint, elle avait tendance à ouvrir plus largement ses portes. Toute profession de foi scientifique est absente du programme de l'*Association internationale de droit pénal*. Ses adhérents appartiennent, pour la plupart, aux Etats que régit une Constitution libérale. Et la position prise sur certains problèmes scientifiques, comme celui du maintien de la règle *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, ou sur la question de l'instruction contradictoire, s'en est ressentie. Mais ce fait est la conséquence des circonstances politiques que nous avons évoquées. Il n'est pas lié aux principes qui gouvernent l'organisation de l'*Association internationale de droit pénal*. Il souffre d'ailleurs des exceptions. Et, notamment, la délégation de l'Italie fasciste est, assurément, une des plus nombreuses et des plus brillantes qui aient illustré les Congrès tenus jusqu'à ce jour.

Les moyens d'action de l'Association internationale de droit pénal ne diffèrent pas de ceux de l'ancienne *Union*. Ils consistent dans la publication d'un organe périodique, la *Revue internationale de droit pénal* qui succède au *Bulletin de l'Union* ; la constitution d'une *Bibliothèque* comprenant les Codes nouveaux : ont paru ces dernières années, les traductions françaises du Code polonais (1932), du Code danois (1933) ; celle du Code yougoslave (1929), et du Code roumain (1937) sont annoncées ; enfin, et surtout, la tenue de Congrès internationaux.

Les Congrès organisés depuis la fondation de l'*Association internationale de droit pénal* sont au nombre de quatre : ce sont ceux de Bruxelles

(1926), Bucarest (1929), Palerme (1933), Paris (1937). Leur intérêt scientifique résulte autant des rapports préparatoires auxquels ont donné lieu les questions inscrites à l'ordre du jour, que des discussions, souvent brillantes, et des résolutions qui les ont suivies. Chacun d'eux a offert sa physionomie propre, pittoresque, souvent en rapport avec les circonstances locales.

Le Congrès de Bruxelles fut illustré par la présence d'Enrico Ferri. Et c'est sans doute une des dernières réunions scientifiques auxquelles le grand criminaliste italien prit part. Il y manifesta, dans la défense de la conception positiviste des mesures de sûreté, l'éloquence imagée, la fougue juvénile, et en même temps la souplesse, caractéristiques de son génie. Le Congrès de Bruxelles vit naître les premiers projets d'organisation d'une justice pénale internationale, peut-être entachés de quelque exagération et animés des illusions dont l'avenir de la Société des Nations était l'objet. Il accueillit la proposition de réunir des Conférences internationales *pour l'unification du droit pénal*.

Le Congrès de Bucarest (1929) qui bénéficia d'une hospitalité particulièrement affable et généreuse, se tint sur un terrain plus positif. Plusieurs des questions soumises étaient d'ordre procédural. Le droit, pour certaines associations, de mettre en mouvement l'action publique, la question du juge unique ou de la collégialité, l'application des lois pénales étrangères, la responsabilité pénale des personnes morales furent l'objet de résolutions où se marque, relativement au Congrès précédent, un esprit de prudence.

Le Congrès de Palerme (1933) se tint dans le cadre prestigieux de la Sicile, dont la somptuosité semble avoir suscité des vocations très occasionnelles de criminalistes. L'affluence des Congressistes détermina la répartition des questions nombreuses elles aussi, entre des sections, les résolutions finales étant adoptées, sur compte rendu, par l'Assemblée générale. Ainsi furent discutés les problèmes très actuels de la réforme ou de la suppression du jury, de l'élaboration d'un Code d'exécution des peines, de la création d'un jury d'honneur pour les procès en diffamation, de la compétence universelle, de « l'accusé témoin dans sa propre cause », de la spécialisation du juge pénal... L'aspect politique de certains de ces sujets, la participation très active des juristes italiens, traditionnellement épris des problèmes que suscite la criminalité, passionnèrent les débats, et communiquèrent à ce Congrès une vie et un mouvement incomparables.

Le dernier Congrès, qui s'est tenu à Paris (juillet 1937) — et où l'affluence s'est trouvée moins grande — a repris avec raison, semble-t-il, les méthodes antérieures. Les questions de l'analogie dans l'interprétation des lois pénales, de la communication des antécédents judiciaires des inculpés, de la contribution des lois internes au maintien de la paix, de la garantie des droits de l'inculpé pendant l'instruction, de la participation des magistrats à l'exécution des peines ont figuré à l'ordre du jour.

Nous avons dit que la contribution scientifique des Congrès internationaux de droit pénal réside bien plus dans les travaux préparatoires dont ils sont l'occasion, dans les rencontres et les échanges d'idées fructueuses qu'ils rendent possibles, que dans les résolutions émises. Ces dernières sont influencées quelquefois par des incidents de séance dont leur connais-

sance imparfaite de la langue française, presque constamment usitée dans les Congrès de l'Association, empêche certains participants de saisir exactement la portée. Le temps mesuré à chaque article du programme ne permet pas toujours les développements ni les éclaircissements nécessaires. Le milieu politique ou culturel où se tient le Congrès — circonstance fortuite — a son importance. On se tromperait donc, si l'on considérait les ordres du jour votés par les Congrès comme l'expression littérale de l'opinion scientifique. Ils permettent cependant, mieux que les opinions isolées exprimées par les livres, de discerner certains courants. Sur la question fondamentale des mesures de sûreté, l'Association internationale de droit pénal a adopté la position moyenne qui était celle de l'ancienne Union. A propos de la création d'une juridiction pénale internationale, de l'application des lois pénales étrangères de la compétence universelle, de la protection de la paix par voie de dispositions internes, elle a nettement marqué sa faveur pour l'esprit cosmopolite de la Société des Nations. Les votes émis pour la spécialisation du juge répressif, pour le droit d'agir des associations, pour la création d'un juge d'exécution des peines, marquent une volonté novatrice en fait de procédure et de régime pénitentiaire. Par contre, l'affirmation intransigeante de la règle : *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, l'exclusion de la méthode analogique préconisée par les représentants de certains Etats autoritaires, témoignent d'un attachement ombrageux aux garanties de la liberté individuelle. Ces ordres du jour sont des signes du temps.

II

LE BUREAU INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PENAL

L'idée d'organiser une collaboration entre les juristes de différents Etats, sinon pour établir un Code pénal unique, du moins pour rédiger des dispositions communes susceptibles de pénétrer dans leurs Codes respectifs, a été exprimée en 1926, au Congrès tenu à Bruxelles par l'*Association internationale de droit pénal*. Elle a été chaleureusement défendue par M. V.-V. Pella, alors professeur de droit pénal à Jassy, aujourd'hui ministre à La Haye et représentant de la Roumanie à la Société des Nations, et adoptée par le Congrès, bien qu'Enrico Ferri l'eût accueillie avec quelque scepticisme. M. V.-V. Pella n'a pas cessé d'être l'agent, très intelligent et très actif, de l'œuvre nouvelle. Pour en assurer la continuité, il provoqua en 1928, à la Conférence de Rome, la constitution d'un « *Bureau international pour l'unification du droit pénal* » formé de représentants des Etats, dont la tâche essentielle est d'établir le programme des Conférences, et d'en assurer la tenue périodique.

A l'origine, l'initiative se justifiait comme intéressant surtout les Etats de l'Europe centrale ressuscités ou agrandis par les traités de paix, dont la tâche urgente était d'élaborer des Codes nouveaux, ou d'unifier les législations diverses régissant leurs territoires. On comprend qu'entre la Pologne, la Roumanie, la Tchécoslovaquie, la Yougoslavie, qu'unissaient de grandes affinités politiques et culturelles, il fût intéressant et utile d'insti-

tuer une collaboration. La première conférence d'unification s'est donc tenue à Varsovie en 1927. Mais une extension n'a pas tardé à se produire, comme en témoigne le siège de la seconde : Rome, 1928. Depuis cette époque, les Conférences d'unification, sans être aussi fréquentes que dans l'ardeur des commencements, se sont succédées sur un rythme relativement rapide : Bruxelles, 1930; Paris, 1932; Madrid, 1934; Copenhague, 1936; Le Caire, janvier 1938. Le nombre des Etats représentés à ces Conférences n'a pas cessé de s'accroître : le chiffre 9 qui était celui du début (Varsovie) s'est trouvé porté à 10 (Rome), 15 (Bruxelles), 18 (Paris), 36 (Madrid). Le *Bureau international pour l'unification du droit pénal* groupe aujourd'hui les représentants de 44 Etats. Cette représentation a un caractère mi-officiel, mi-officieux. Les Etats ne contractent aucun engagement quelconque de s'approprier les textes votés aux Conférences; ces textes ne valent que comme propositions; les résolutions ne sont l'objet d'aucune ratification. Mais le Bureau est subventionné par les Gouvernements. Au lieu que, sous certaines garanties de compétence, tous adhérents volontaires ont accès aux Congrès organisés par l'Association internationale de droit pénal, les Conférences d'unification ne réunissent que les délégués des Gouvernements. A ces délégués se joignent toutefois, depuis une réunion spéciale tenue à Genève en 1932, les représentants des grandes Associations qui s'assignent pour tâche commune de promouvoir la science du droit pénal, c'est-à-dire : l'*Association internationale de droit pénal*, la *Commission internationale pénale et pénitentiaire*, la *Commission internationale de police criminelle*, la *Howard League*, l'*International Law Association*, l'*Union internationale de droit pénal*.

Par cette extension, le Bureau international a réussi, en quelque mesure, à combler les lacunes de la collaboration internationale, telle qu'elle s'était réorganisée depuis la guerre. Aux savants des pays précédemment « amis et alliés » se joignent aujourd'hui, pour l'œuvre de législation, les juristes représentants des Etats anciennement ennemis, ou des Etats neutres.

Nous venons d'esquisser « l'histoire externe » du Bureau international pour l'unification du droit pénal. L'histoire interne consiste à déterminer, d'après les programmes et les textes sur lesquels on est tombé d'accord, la méthode et l'esprit qui ont présidé à l'exécution. La Conférence de Varsovie s'est attaquée aux théories fondamentales du droit pénal. En traitant de la portée territoriale des lois pénales, des faits justificatifs, de la tentative, de la complicité, elle a essayé de répondre aux préoccupations qui assaillent, en premier lieu, les rédacteurs de la partie générale d'un Code criminel. Sur ces points, on n'a pu guère qu'exprimer, en quelques formules, le sentiment de la doctrine dominante. Ce sentiment s'est traduit également, au cours des conférences suivantes, dans la réglementation des mesures de sûreté (Rome 1928) de la récidive internationale (Rome 1928) de l'extradition (Bruxelles, 1930; Paris, 1932; Madrid, 1934; Copenhague, 1936).

Mais c'est un souci d'actualité qui semble avoir guidé surtout, jusqu'ici, les promoteurs de l'œuvre d'unification. Des formes nouvelles de criminalité, en rapport avec les circonstances sociales, économiques ou politiques d'après-guerre, frappent tous les esprits. Traite des femmes et des enfants, trafic de publications obscènes, ou de substances nuisibles,

faux monnayage, terrorisme, offrent, du point de vue des intérêts lésés, un caractère d'universalité qui les a fait qualifier « délits de droit des gens » et qui justifie, avec une évidence particulière, en ce qui les concerne, l'effort de solidarité internationale. Il ne s'agissait plus, seulement, de concrétiser des notions doctrinales acquises, mais de répondre à des nécessités nouvelles.

On ne comprend pas le délit d'*abandon de famille* dans la catégorie des délits de droit des gens. Les intérêts qu'il menace sont ceux d'un groupe restreint. Mais cette incrimination est le fruit des circonstances d'après guerre qui ont affaibli la cohésion du groupe familial; la principale est l'émigration. L'éloignement, la résidence en pays étranger étant le fait principal qui détermine le manquement aux devoirs domestiques, on s'explique que l'abandon de famille revête fréquemment la forme d'un délit *international*. En s'imposant de faire un choix entre les conceptions très différentes, selon les pays, dont cette infraction est l'objet, la Conférence de Madrid a résolument abordé la partie spéciale du Code pénal. Il est à souhaiter que le Bureau persévère dans cette voie. La diversité des définitions que les législations voisines renferment, au sujet d'infractions fort communes, telles que l'escroquerie ou l'abus de confiance, est une cause de différends et aboutit à des impunités fâcheuses. La pratique de l'extradition s'en trouve parfois gênée. L'unification obtenue y remédierait. La notion de l'abus de confiance figure à l'ordre du jour de la Conférence du Caire.

On ne peut contester qu'après dix ans à peine d'exercice, le *Bureau international pour l'unification du droit pénal* soit en droit de solliciter, de ceux qui veulent porter un jugement sur son œuvre, quelque crédit. Si l'on songe aux longues patiences que requiert, en matière pénale, l'œuvre législative et codificatrice — l'exemple de l'Allemagne et de la Suisse en témoigne — on aura quelque idée de la persévérance que suppose une œuvre d'harmonisation infiniment délicate. L'élaboration d'un Code pénal commun à tous les Etats n'est qu'un jeu de l'esprit. Ce qu'on a entrepris, c'est une confrontation, c'est un rapprochement de tendances inspiré de l'idée que la solution des problèmes de droit pénal international exige, entre les législations en concours, quelque communauté de vues.

Le Bureau international a atteint son but le plus proche qui était d'introduire dans les Codes nouveaux des pays de l'Europe centrale quelques dispositions communes. Certaines de ces dispositions — celle notamment qui réprime le délit de *propagande de la guerre d'agression* — ont un caractère de hardiesse qui rend leur adoption par d'autres Etats bien douteuse.

Par contre, certains textes, que les Conférences internationales ont adoptés sont la reproduction pure et simple de lois en vigueur. Nous avons signalé l'influence indéniable qu'exercent sur les délibérations le *milieu* politique, scientifique et social. Ainsi, le système des mesures de sûreté qui a prévalu à la Conférence de Rome (1928) est le reflet du régime institué par le Code pénal italien de 1930, régime dont l'ingéniosité, l'harmonie, le caractère progressif ne peuvent d'ailleurs être mis en doute. Ici, le Bureau joue un rôle de sélection. Il sert à la propagation des innovations utiles.

Mais le résultat le plus positif que le Bureau ait obtenu jusqu'ici est autre. S'éloignant des prévisions originaires, ce n'est pas au domaine proprement législatif qu'il appartient, mais au domaine conventionnel. Grou-

pant, comme on l'a vu, les efforts des principales associations qui veillent au développement de la science pénale, le Bureau est devenu leur organe auprès de la Société des Nations. C'est par son intermédiaire qu'est présenté chaque année, à l'Assemblée générale de la S. D. N., un rapport sur l'activité de ces Associations, qui peut être suivi de résolutions précises. Ainsi, les Conventions récemment conclues à Genève, ou à la veille d'être conclues, sur le trafic des stupéfiants, la répression des souteneurs, le terrorisme, sont, en partie, le fruit des Conférences d'unification. Et comme le texte de ces Conventions est destiné, après ratification, à pénétrer dans les Codes, c'est par cette voie indirecte et imprévue, que le Bureau d'unification semble appelé, du moins à l'époque prochaine, à exercer son influence la plus réelle sur le droit positif.

III

PROJETS DE REFORME ET PERSPECTIVES D'AVENIR

Nous ne croyons pas qu'on puisse, à l'heure actuelle, nier la valeur des principes sur lesquels s'est instituée, depuis la guerre, la collaboration internationale sur le terrain du droit pénal. La nécessité de cette collaboration n'est pas douteuse. La division du travail telle qu'on l'a réalisée est rationnelle. L'Association internationale, au nom de la science, dégage les principes et marque une orientation. Le Bureau d'unification s'engage dans la voie ouverte et amorce l'œuvre codificatrice des législations nationales. Le Bureau étant composé, en fait, de membres de l'Association, une entente étroite existant entre les deux organismes, les éléments d'un travail fécond sont réunis.

A ce travail de rapprochement, et, éventuellement, d'unification, un obstacle s'oppose, de nature, semble-t-il, à paralyser tout espoir d'un succès définitif : la répartition des Etats en Etats libéraux et Etats autoritaires. Elle détermine l'opposition, irréductible en apparence, de deux conceptions relatives à la politique criminelle. Cette opposition s'exprime dans tous les chapitres du droit pénal et de la procédure. Les idées directrices du nouveau projet de Code pénal allemand offrent un contraste saisissant avec les principes dominants depuis la Révolution française. C'est, dans la partie générale, la prépondérance des points de vue psychologique et subjectif renouvelant les théories de la tentative et de la complicité. C'est, en fait de science pénitentiaire, l'effacement des notions d'amendement et de prévention spéciale en faveur de celles d'intimidation et de prévention générale. C'est, quant au régime procédural, le sacrifice des droits individuels à l'intérêt collectif. Comment parler, devant cette antithèse, d'unification ?

L'objection serait déterminante, si le mot *unification* était synonyme d'*identification*. Mais nous savons qu'il n'en est rien. Les originalités nationales sont inévitables, et elles ont leur répercussion nécessaire sur la rédaction des Codes pénaux. La diversité de ces Codes est un élément de progrès. L'uniformité parfaite du droit pénal est aussi indésirable que son immutabilité. Ces constatations s'imposeraient, même si le conflit des idéologies, qui tient une si grande place dans les préoccupations actuelles, n'existait pas.

Il n'empêche que le progrès de la politique criminelle exige la con-

frontation des notions de base et des solutions pratiques. Il n'empêche que certaines questions de pure *technique* peuvent se résoudre d'un commun accord, abstraction faite de tout parti-pris politique. On sait le rôle primordial que jouent, en droit pénal, les *définitions* : les premiers chapitres de maints Codes nouveaux offrent l'aspect de lexiques, ou de dictionnaires. S'accorder sur les définitions, adopter un vocabulaire commun, se *comprendre*, enfin, c'est faire une bonne partie du chemin qui conduit à *s'entendre*. Or l'entente est plus que jamais nécessaire contre certaines formes redoutables de la criminalité.

Les pays représentés au sein de l'Association et du Bureau ne sont pas tous dotés d'institutions libérales. La délégation italienne a pris aux travaux de l'un et de l'autre la part la plus active; son influence s'y est exercée de la façon la plus efficace. Si parfois, des conflits de doctrines politiques ont surgi, on ne doit pas le regretter. Ils ont permis de courtois échanges de vues; ils ont fait ressortir des idées communes; ils ont abouti parfois à des solutions transactionnelles. Ce qui prolonge la dualité, évidemment regrettable, du travail international, ce n'est pas le conflit des doctrines. Ce sont, bien plutôt, des souvenirs douloureux, et des questions, somme toute secondaires, de prestige. Il y a des fusions à opérer, des modifications de statuts à réaliser. Souhaitons que le temps joue ici son rôle utile de conciliateur et d'unificateur !

En attendant l'élargissement de l'œuvre entreprise par l'Association internationale et par le Bureau d'unification, leur technique comporte des améliorations dont le profit, croyons-nous, serait immédiat. Les échanges de vues que favorisent les Congrès, les liens d'amitié qui se nouent au cours des distractions communes et qui favorisent la compréhension réciproque, même la « chaleur communicative des banquets », sont des aliments de l'activité scientifique. Mais la méditation individuelle, solitaire, a aussi sa nécessité et son charme. Il existait jadis, en l'absence de ces occasions, un peu artificielles, de se connaître, que procurent les grands rassemblements de personnes, des possibilités de visiter les pays étrangers, d'en saisir les caractères originaux, de s'imprégner de leur esprit. Et peut-être ces méthodes plus lentes, plus patientes, moins impersonnelles, ne sont-elles pas moins instructives, ni finalement moins productives, que les procédés nouveaux. Il ne faudrait pas que l'exagération de ces derniers vint compromettre le bienfait des précédents. Nous avons dit que les rapports particuliers qui précèdent les Congrès et les Conférences constituent une large part de leur production scientifique. Mais l'élaboration soignée de ces rapports, s'ajoutant aux occupations professionnelles des participants, et à leurs travaux personnels, exige certains délais. Les Congrès organisés par la Commission pénitentiaire et par l'Association internationale de droit pénal se sont tenus jusqu'ici à des intervalles de 5, 4 ou 3 ans. Mais il s'y est ajouté, tous les 2 ans, la tenue d'une Conférence internationale d'unification. On a déploré bien des fois, depuis la guerre, que le succès d'une Conférence internationale, de caractère politique, fût compromis par l'insuffisance de sa préparation. En matière scientifique, le même écueil se présente. Il ne peut être évité que si l'on ménage le temps des travailleurs, favorisant par cela même la continuité de leur effort, et si l'on réalise une meilleure coordination des travaux de l'Association internationale, et de ceux du Bureau qui est son organe exécutif. Ainsi l'on réaliserait une

double économie de forces et d'argent. Tels sont les *desiderata* que nous paraît suggérer une expérience décennale. De cette expérience nous avons retiré nous-même trop de profit intellectuel, nous lui devons trop de relations agréables, pour n'en pas souhaiter très sincèrement la continuation et le progrès.

**LA CONTRIBUTION APPORTÉE AU DROIT INTERNATIONAL
PAR LES CONVENTIONS
RELATIVES AUX DROGUES NUISIBLES**

Par Joseph STARKE,
Membre du Secrétariat de la Société des Nations

Traduit par Mme Suzanne BASDEVANT-BASTID,
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon

I

On n'a pas encore entièrement reconnu l'importante contribution apportée au développement du droit international par les conventions et accords relatifs aux stupéfiants. Non seulement ils constituent un ensemble considérable de législation internationale, — quatre conventions et deux accords ont été conclus depuis 1912 — mais de plus, au point de vue technique, ils sont la preuve des progrès réalisés pour l'élaboration du droit international au fur et à mesure de l'expérience acquise. Il serait certainement injuste de comparer la dernière de ces conventions — celle de 1936 — avec la première, conclue à La Haye en 1912. Mais on peut remarquer les progrès faits dans la manière de conclure la convention ainsi que dans la rédaction elle-même et la préparation technique des textes.

Le procédé de la législation internationale est loin d'être parfait, mais les conventions et accords sur les drogues ont fourni une riche expérience à laquelle les internationalistes pourront se référer à l'avenir.

On ne se propose pas de tracer ici en détail les contours de ces conventions, mais, pour comprendre leur importance en droit international, il convient de donner une rapide esquisse de leur objet. En un mot, leur but est l'exercice d'un contrôle sur l'opium et les autres drogues nuisibles, ainsi que sur les trafiquants, de telle sorte que l'on ne puisse utiliser les drogues pour des usages qui ne seraient pas rigoureusement légitimes. Tel est le principe directeur de ces conventions. On peut se demander pourquoi un accord international était nécessaire pour parvenir à cette fin. La réponse tient à l'importance économique, pour certains pays, de l'opium et des autres drogues et aux modifications qui doivent être apportées à des principes fondamentaux de chaque système législatif national; aucun progrès ne pouvait donc être fait sans que chaque Etat intéressé n'abandonne un peu de sa souveraineté nationale. En outre, l'action administrative nationale

pour les drogues nuisibles ne pouvait devenir réellement utile que si elle était complétée par un contrôle international du trafic et de la fabrication dans le monde. Ces mesures comprenaient la cessation de toutes exportations de drogues à destination du pays où il risquait y avoir un trafic illicite.

Dans la première Convention, signée en 1912 à La Haye, les gouvernements ne firent guère plus que s'engager à prendre des mesures pour limiter au trafic légitime le commerce et la distribution. La Convention suivante, signée à Genève en 1925, devait aller beaucoup plus loin. Outre des mesures plus strictes, telles qu'un système de certification d'importation et d'autorisation d'exporter, pour restreindre le commerce à des usages légitimes, la Convention créa un organisme international, le Comité central permanent de l'opium, qui devait surveiller le commerce international, recommander des mesures à prendre par les Etats parties à la Convention s'il y avait danger qu'un pays devienne un centre de trafic illicite.

La Convention de 1931 a réalisé de nouveaux progrès, en établissant un contrôle direct sur une base internationale des drogues nuisibles fabriquées. Le système comprend trois étapes nettement définies.

1° Tout d'abord, les besoins légitimes du monde entier en drogue sont déterminés annuellement et à l'avance, suivant les évaluations fournies par les gouvernements. Un organe international central, l'organe de contrôle, dresse un plan des besoins mondiaux prévus, qui est incorporé dans un état adressé aux gouvernements. Une fois incorporé dans cet état, le plan est obligatoire pour les Etats contractants qui sont strictement obligés de ne pas dépasser les évaluations publiées dans l'état.

2° La seconde étape consiste dans le contrôle, au cours de l'année, par des autorités nationales et internationales, de la fabrication et du commerce. Chaque trimestre, l'organe institué par la Convention de 1925, c'est-à-dire le Comité central permanent de l'opium, examine les importations et les exportations de drogues. Il a le droit d'établir un embargo mondial des exportations d'une drogue déterminée à destination d'un pays qui a dépassé pour cette drogue ses évaluations.

3° La troisième étape comprend l'examen des statistiques du commerce et de la fabrication pour l'année écoulée et leur comparaison avec les évaluations faites dans l'état de l'organe de contrôle. Ici encore le Comité central a le droit d'établir un embargo contre un Etat qui a dépassé ses évaluations; il peut également en toutes hypothèses, et il a même le devoir, de demander des explications si l'on craint qu'un Etat particulier ait manqué à ces obligations.

En corrélation avec ce système de contrôle international direct, la Convention comporte l'engagement de la part des Etats de prendre des mesures législatives et administratives pour augmenter l'efficacité du contrôle déjà existant et pour concourir à l'œuvre de collaboration internationale.

Il faut noter que, par application des dispositions de la Convention de 1931, et étant donné sa ratification presque unanime, le système qui vient d'être décrit joue dans le monde entier. Il y a peu de précédents de l'application universelle d'un acte international de cette nature. Ceci encourage l'internationaliste à penser que l'effet obligatoire du droit international est solidement enraciné en pratique et dans les faits et n'existe pas seulement dans de pures déductions théoriques. S'il faut illustrer ceci, citons le

fait que l'organe de contrôle publie des évaluations pour 70 Etats souverains et 95 colonies, protectorats, territoires d'outre-mer, territoires placés sous la souveraineté ou sous mandat.

Le but des trois premières conventions était d'établir une règle qui permette de déterminer ce qui est trafic *légitime* des drogues : c'est-à-dire la fabrication, le commerce et la distribution pour des usages purement médicaux et scientifiques des drogues fabriquées. Il s'agissait également de prévenir les fuites de drogues vers le trafic illicite et leur mise en vente illicite. Mais jusqu'en 1936 aucune Convention ne concernait entièrement ou directement le domaine des activités *illégitimes* : c'est-à-dire le commerce illicite des drogues, leur fabrication secrète, etc. A la réflexion, il est clair cependant que ceci fournit un excellent domaine pour agir par voie d'accord international. Les pénalités pour les délits relatifs aux stupéfiants peuvent varier dans chaque pays si bien que ceux qui se livrent au trafic illicite ont la possibilité de chercher des endroits où ils peuvent pratiquer leur commerce néfaste sans courir de grands risques ou même avec l'assurance de l'impunité : par conséquent un accord international pour imposer de lourdes pénalités pour certains délits apparaît comme éminemment désirable, et ceci surtout parce qu'une telle uniformité du droit pénal est de nature à empêcher qu'un Etat ne devienne le centre des complots pour violer la loi des autres. Tout internationaliste est familier avec le moyen technique d'échapper aux pénalités, qui consiste pour les coupables à se réfugier dans des pays qui ne permettent pas leur extradition. Pour mettre un terme à ces pratiques, il est indispensable que tous les Etats consentent quelque abandon des principes auxquels ils sont attachés en matière de souveraineté territoriale et d'extradition, mais ceci n'est possible que par un accord international.

Cet état de choses devait conduire à la conclusion, en 1936, d'une convention pour la suppression du trafic illicite des drogues nuisibles. Les dispositions de cette convention constituent une importante contribution pour le droit pénal international. Elles se rangent sous trois chefs principaux :

1° Dispositions par lesquelles chaque Etat accepte de punir sévèrement les délits de trafic illicite des drogues.

2° Dispositions ayant pour objet d'empêcher les coupables d'échapper aux poursuites pour des raisons purement techniques et d'assurer qu'ils ne se soustrairont pas à l'extradition sous le seul prétexte que les délits de stupéfiants ne sont pas expressément prévus dans les traités existants ou ne sont pas reconnus par la pratique existante entre divers pays comme infractions susceptibles d'extradition.

3° Dispositions pour établir une collaboration entre les autorités des divers Etats en vue de supprimer ces infractions.

Bien que la Convention de 1936, en l'absence de toute ratification, soit toujours à l'état de projet, elle représente une étape dans l'histoire de la science du Droit international. Elle est destinée à exercer une influence considérable sur le développement du droit pénal international, branche du droit qui est encore en enfance.

Aucun juriste ne peut manquer, en lisant la Convention, de remarquer l'efficacité technique dont le texte porte le témoignage et de noter le progrès réalisé dans le mécanisme de la législation internationale depuis la

conclusion, en 1912, de la première Convention de cette nature. Les Conventions relatives aux drogues nuisibles ont donné ainsi une tradition et une continuité d'expérience enrichissant la science du droit international.

II

Prêtons maintenant attention à d'autres traits de la Convention, qui constituent une illustration du développement du droit international.

En premier lieu, avec ces conventions, nous entrons sur le véritable terrain de la législation internationale. Il y a, en effet, trois actes multilatéraux : les Conventions de 1912, 1925 et 1931, qui ont été ratifiées chacune par environ 60 Etats et qui s'appliquent presque à toute la surface du globe. Les rédacteurs de l'une de ces conventions, celle de 1931, sur la limitation de la fabrication, ont établi cet acte en considération de l'application universelle qu'il devait avoir ; plusieurs des articles créent des obligations dont ils prévoient l'incidence à des Etats tiers.

On ne peut trop insister sur le caractère *législatif* de ces Conventions puisqu'elles illustrent d'une manière plus frappante que tous autres exemples possibles les grands changements qui affectent le développement du droit international. Autrefois, le monde pouvait attendre que des usages et des pratiques anciennes se cristallisent en règles généralement reconnues de la conduite des Etats et de là en droit international. Mais le monde moderne a changé et s'est développé si rapidement qu'il serait désastreux aujourd'hui, particulièrement pour le contrôle international des drogues nuisibles, de se fier à une évolution aussi lente et empirique. D'où le développement d'un mécanisme et d'une technique qui à tous égards, sauf quant au nom, appartiennent à une véritable législation internationale. D'où la conclusion de Conventions créant du droit, dictées par les nécessités de communs et pressants intérêts nationaux et fournissant une remarquable confirmation dans le domaine international de la théorie « utilitaire » en matière de législation de Bentham.

En second lieu, les Conventions sur les drogues apportent un exemple excellent de la science et de la technique de la législation internationale. Par l'expression « législation internationale » nous entendons plus exactement la formule convention internationale *plus* législation nationale, puisque les conventions internationales laissent beaucoup à faire à la législation nationale pour élaborer complètement ce qui a été exprimé sous forme d'une obligation générale liant un grand nombre de parties contractantes. Les Conventions sur les drogues montrent que la distinction entre les *normes générales* qui lient les Etats et les *normes nationales* qui doivent être édictées par les Etats, a été bien tracée et logiquement exécutée. Le principe appliqué est que les normes nationales jouent à l'intérieur de l'armature des normes générales qui les conditionnent. C'est dans la technique de l'équilibre à garder entre normes générales et normes nationales que les Conventions de 1931 et 1936 témoignent des plus grands progrès.

De ce point de vue, les principes appliqués par les Conventions sur les drogues sont d'un intérêt théorique exceptionnel. Ils tendent à confirmer la structure moniste du droit et dans cette structure à marquer la primauté du droit international sur le droit national.

Un trait remarquable de ces conventions et un précédent fécond pour le développement futur du droit international consiste dans le fait que les Conventions de 1925 et 1931 ont certain effet à l'égard des Etats tiers. Ceci est particulièrement net dans le cas de la Convention de 1931, pour laquelle, ainsi qu'on l'a dit plus haut, le rédacteur a pris un soin particulier de rendre le texte d'une application aussi universelle que possible. Le texte représente réellement le triomphe du principe *législatif* sur le principe purement contractuel, car, suivant le droit conventionnel ordinaire, on admet en règle générale que deux ou plusieurs Etats ne peuvent se mettre d'accord entre eux pour imposer une obligation à un Etat tiers. Or, d'après la Convention de 1931, l'organe de contrôle a le pouvoir d'établir des évaluations pour des Etats tiers qui, n'ayant aucune obligation de fournir d'évaluation, n'en ont pas en fait fourni. Si ces évaluations sont dépassées, un embargo peut être établi contre les Etats tiers en question. Par conséquent, on peut agir par application de la Convention contre des Etats non parties à cette Convention.

On a soutenu vigoureusement que la Convention n'impose pas pour cela une obligation particulière aux Etats *tiers*, mais les *touche* au cas où ils excèdent les évaluations qui par hypothèse ne les lient pas. Il serait peut-être préférable de poser ainsi la question : aucune obligation prévue dans la Convention ne lie expressément les Etats tiers, cependant ceux-ci ne peuvent pas, en tant qu'Etats tiers, échapper entièrement à l'incidence de ces obligations. Aussi les Conventions montrent qu'il n'est pas entièrement exact, comme le maintiennent certains théoriciens, que l'effet obligatoire du droit international soit conditionné par le consentement des Etats.

Un autre trait de ces Conventions, digne d'être relevé, est le fait que les unités administratives pour leur application ne sont pas seulement des Etats souverains, mais comprennent outre des Etats souverains, des colonies, protectorats, territoires d'outre-mer, territoires placés sous la souveraineté et territoires sous mandat. Ceci illustre encore de façon excellente la nature *législatrice* de ces conventions relatives aux drogues, qui l'emporte une fois de plus sur leur caractère conventionnel. Des obligations sont créées, qui lient les territoires ainsi englobés par l'intermédiaire de la métropole ou de l'Etat souverain responsable. Elles sont sanctionnées comme à l'égard des Etats souverains, c'est-à-dire par la cessation des exportations. Les évaluations sont fournies par les territoires ou sont établies pour eux, et les territoires sont obligés de se conformer aux principales obligations établies par les Conventions. Ici encore les théoriciens qui soutiennent que seuls les Etats souverains sont sujets du droit international, peuvent trouver une certaine divergence entre la théorie et la pratique.

Enfin, ces Conventions ont créé non seulement une administration internationale ayant autorité sur le commerce et l'industrie des drogues nuisibles, mais encore, comme corollaire nécessaire, tout un corps de droit administratif international. De même que dans les administrations nationales, et ainsi qu'il fallait s'y attendre pour des organes internationaux qui cherchent à appliquer des instruments de droit international, les fonctions judiciaires et administratives ont tendu à se mêler. Par exemple, le Comité central permanent de l'opium en établissant un embargo à l'exportation des drogues vers un pays déterminé, agit comme un organe national administratif analogue remplissant des fonctions quasi-judiciaires. La même

remarque, avec une portée moindre, s'applique à l'organe de contrôle lorsqu'il accepte les évaluations fournies par les divers Etats et territoires.

Ce droit administratif international n'est pas sans comporter de sérieuses garanties pour son application : la constitution des organes internationaux intéressés, le contrôle général par le Conseil et l'Assemblée de la S. D. N., la possibilité de soumettre les différends sur l'application de ces Conventions à un règlement arbitral ou judiciaire. On ne peut donc accuser l'administration internationale responsable du contrôle des drogues nuisibles d'exercer des fonctions quasi-judiciaires arbitraires.

**ESSAI D'UN CODE PENAL INTERNATIONAL
DRESSE SUR LA BASE COMPARATIVE DES PROJETS
ET TEXTES RECENTS DE CODES PENAUX ⁽¹⁾**

Par Francesco COSENTINI

*Professeur à l'Université de Turin,
Directeur de l'Institut Américain de Droit et de Législation comparés.*

Ces derniers temps, plusieurs tendances poussent le droit pénal et la législation pénale à l'universalité et à l'unification.

Avant tout, les Etats ont compris qu'ils ne peuvent assurer leur défense sociale, en se tenant rigide au principe de la territorialité, comme conséquence de la souveraineté. Il y a des intérêts de défense sociale même en dehors de l'Etat, et il faut les protéger, même si l'on y porte atteinte au delà des frontières, surtout si les ressortissants du pays, qui ont l'obligation de respecter partout et toujours l'ordre juridique de leur patrie, sont les transgresseurs.

D'autre part, on reconnaît de plus en plus dans les législations pénales la nécessité de tenir compte des sentences étrangères, soit en vue d'établir les précédents du coupable, ses tendances criminelles, soit en vue d'appliquer les dispositions relatives à la récidive et aux mesures de sûreté, selon le degré de son état dangereux.

Le déplacement facile du criminel d'un pays à l'autre, le caractère vraiment international de certaines infractions auraient assuré aux coupables leur impunité, si les sanctions de l'Etat ne pouvaient atteindre leur efficacité que dans les limites restreintes de son territoire. Il fallait pourtant renforcer la capacité punitive de l'Etat, soit en augmentant la possibilité du recours à l'extradition, avec critère de réciprocité, soit en multipliant les cas d'infractions punissables, même si commises à l'étranger, lorsqu'elles portaient une atteinte sérieuse à la défense sociale que l'Etat doit sauvegarder.

Cette convergence des législations pénales vers l'universalité, en franchissant les limites de l'espace, coïncide avec une autre convergence bien plus importante, celle au point de vue doctrinal. Une fois éliminé le différend traditionnel entre école classique et école positive, une fois accepté de cette dernière ce qui était plus indispensable aux nécessités de la défense

(*) Cet essai constituera l'introduction du *Code pénal international* en 1314 articles, à paraître prochainement sous la signature du Professeur F. COSENTINI.

sociale et à la réalisation des finalités de la peine, on peut remarquer dans l'ensemble de la législation pénale contemporaine, la réalisation d'un certain équilibre, la consécration de certaines innovations victorieuses après des débats acharnés. La partie générale des Codes, celle qui envisage de plus près les bases philosophiques et essentielles du droit pénal, a désormais établi avec une certaine uniformité le critère de la criminalité, en ce qui concerne les trois éléments : subjectif (le criminel), objectif (l'infraction) et la peine qui doit être comme le moyen commun dénominateur des deux autres éléments.

D'ailleurs cette uniformité n'était pas si difficile à réaliser, étant donné que le droit pénal ne présente pas la grande complexité et la variété du droit civil, où chaque institution offre à la considération du juriste des problèmes nouveaux. Le droit pénal, au contraire, a l'avantage d'une connexion et d'une coordination plus intime. Une fois résolus les quatre ou cinq problèmes capitaux, tout le reste en découle comme des corollaires.

La grande variété, certes, subsiste dans la partie spéciale, qui traite des différentes catégories d'infractions. Ici, il y a, en vérité, encore quelques divergences sur la façon de classer les crimes, les délits, les contraventions, sur l'extension à donner à chaque catégorie, sur la prise en considération de certaines infractions spéciales à un pays donné, ou de certains aspects particuliers de la vie criminelle : mais l'intensification des rapports internationaux, la formation d'un esprit et d'une moralité publique internationaux tend à établir un critère uniforme dans la détermination des deux catégories suprêmes de la criminalité : la violence et la fraude.

Que l'on examine les différents projets et textes de Codes pénaux, pour ce qui regarde la partie spéciale. On peut bien y relever plus ou moins de sévérité dans la punition d'une certaine infraction, suivant qu'on la juge plus ou moins dangereuse pour l'ordre; mais les types fondamentaux de la délinquance sous la double forme, violente et frauduleuse, restent toujours les mêmes.

Cette double tendance à l'uniformité — au point de vue doctrinal, grâce aussi aux nombreux Congrès internationaux pour l'unification du droit pénal, et au point de vue de la législation positive, qui a presque généralement accepté certains critères de la criminalité, de l'imputabilité — justifiaient certes l'essai de F. von Liszt de procéder à l'unification de la loi pénale, en se basant surtout sur la comparaison des législations pénales européennes (V. son œuvre : *La législation pénale comparée. I. Le Droit criminel des Etats européens*, Berlin 1894; et l'autre : *Die Reform des Strafverfahrens*, Berlin 1906); la mort l'empêcha de parfaire son œuvre.

Dans un cadre plus vaste nous nous sommes proposé un but différent. Nous avons étendu la comparaison et l'effort d'unification aux législations américaines et à celles des pays d'autres continents, comme le Japon et la Chine qui, en matière de droit pénal, se rallient intimement aux conceptions européennes. Notre essai d'unification a ainsi une portée plus universelle.

D'autre part, en rédigeant le présent Code, notre but particulier est de présenter à la fois la synthèse du mouvement doctrinaire contemporain et un Code-type pouvant servir de base de discussion là où n'est pas encore définitivement fixée la législation pénale ou dans les pays qui sont en train de la remanier.

Nous avons appliqué à notre travail la méthode adoptée par nous pour

d'autres codifications internationales ⁽¹⁾, méthode qu'on peut définir « comparative-constructive » et qui consiste : 1) à trancher les divergences entre les législations différentes, suivant une conception doctrinale bien définie ; 2) à dresser un projet-base qui corresponde à l'évolution récente de la science ; 3) à y insérer les amendements, les additions que les législations positives plus évoluées ont consacrées et qui sont en harmonie parfaite avec ledit projet-base.

L'expérience que nous avons acquise dans ce genre de travail nous a permis de constater que lorsqu'on étend la comparaison à la totalité des législations nationales, on aboutit à un texte codifié plus complexe et plus complet que dans n'importe quel autre Code du même genre. Les codifications nationales, quand elles ne sont pas une simple reproduction l'une de l'autre, apportent toujours, soit à titre d'amendement, soit à titre d'addition, quelque règle nouvelle, destinée à combler une lacune. C'est ainsi que ces codifications nationales, avec leurs originalités et leurs divergences se complètent les unes les autres. Il est dès lors évident que leur synthèse, élaborée sur la base d'une méthode comparative-constructive, constitue un ensemble plus vaste et plus organique qui d'un côté énonce avec plus de précision les règles générales de droit, de l'autre étend leur application à des détails très précieux pour empêcher les contradictions et les incertitudes de la jurisprudence, dont les décisions portent toujours sur des cas particuliers.

Plusieurs juristes, même parmi les professeurs officiels de droit comparé, s'obstinent à penser qu'un Code ne doit pas du tout entrer dans les détails. Un Code doit, à leur avis, s'en tenir aux règles générales, en laissant à la jurisprudence le soin de les appliquer aux cas particuliers. Je suis de l'opinion contraire. Un Code n'est ni ne doit être un livre de science pour l'enseignement universitaire et les exposés académiques. Un Code est et doit être un guide pour le juge dans l'application de la loi, c'est-à-dire le moyen de déterminer dûment la portée des faits concrets soumis à son examen.

Le droit romain et les Codes de type latin qui se conforment à ce point de vue rapportent toujours la loi aux faits, limitent le plus possible les élucubrations théoriques qui se prêtent à une grande variété d'interprétation et rendent plus incertaine et contradictoire la jurisprudence. Par conséquent, un Code qui s'en tient aux faits et qui étend, dans ce but, le cadre de ses articles est un Code de type romain, un guide plus sûr pour la réalisation de la justice.

C'est ce qui explique le grand nombre des articles de notre Code pénal international, 1314 articles, à peu près le double du Code le plus développé, nombre que certains juristes jugeront excessifs. Ils pourront cependant constater que chaque article est documenté, qu'il a déjà ses antécédents dans la législation positive. Aucune construction arbitraire. Il ne s'agit pas d'une « *proles sine matre creata* ».

(1) Cfr. Código Civil Pan-americano. I. Título preliminar. Derechos personales. Derecho de Familia, con Introduccion de A. S. de Bustamante ; Habana, 1929 - Code international du Travail, Mexico, 1932 - Code international du Travail intellectuel, Mexico, 1932 - Constitucion tipica para Mexico y la América latine en 500 art. Mexico, 1932 - International Code of Aviation, Mexico 1933 - Código internacional de la Paz y de la Guerra. Ensayo de una codificación completa del Derecho de Gentes. Habana, Revista de Derecho Internacional, 1935-1936, 5 fasc. Prêts pour la publication : Code Civil international en 7200 articles, en commençant avec la III^e Partie ; Code international des obligations civiles et commerciales.

A quoi tient donc la surabondance des articles ? Dans la partie générale, à la nécessité de préciser les critères de l'imputabilité et de la responsabilité, d'envisager au complet les caractéristiques subjectives du criminel et les circonstances objectives de l'infraction, d'établir un système de peines qui, sans avilir ou anéantir le coupable, puisse contribuer à sa réadaptation sociale; dans la partie spéciale, à l'opportunité de tenir en considération toutes les formes de la criminalité, même les nouvelles formes d'infraction. En effet, chaque pays civilisé tend à multiplier les prohibitions, et, en vue de réaliser une organisation sociale plus parfaite, étend le domaine de ce qu'il estime socialement dangereux.

Sans nous perdre en longues dissertations sur des projets amplement discutés dans les ouvrages et traités classiques, dans les revues, dans les Congrès, nous nous limiterons à signaler les points fondamentaux de notre reconstruction et unification codificatrice. Le texte du Code suffira pour mettre en évidence, dans son ensemble, la logique de nos solutions.

Il faut observer avant tout, que nous avons accordé la précedence et la préférence à l'élément subjectif, le délinquant, relativement à l'élément objectif, l'infraction. Cette tendance, qui était le *leit-motiv* de l'école positive, n'est pas acceptée par toutes les législations, mais elle a contribué à faire prendre en considération, comme base de tout critère d'imputabilité, les mobiles du délinquant, ses antécédents et ses caractéristiques personnels, l'ensemble des circonstances aggravantes et atténuantes de son action délictueuse.

La finalité de toute sanction pénale n'est pas de soumettre le condamné à des sanctions rangées systématiquement dans un casier conventionnel et préconçu, mais de le soumettre, comme dans une clinique, à un traitement spécial, adapté à son caractère, à ses tendances, à la catégorie même de l'infraction perpétrée, afin de stimuler sa réadaptation à la vie sociale. Certes, pour réaliser ce but, suivant la formule de R. Saleilles, l'« individualisation de la peine », il faudrait totalement bouleverser l'organisation de nos établissements pénitentiaires; nous pouvons approcher de l'idéal, en établissant certaines catégories, certains groupements fondamentaux de criminels, mais jamais réaliser une individualisation parfaite: les moyens d'y aboutir feraient défaut.

Le point de vue subjectif s'affirme aussi vigoureusement dans la détermination de l'imputabilité, c'est-à-dire dans la considération de toutes les circonstances relatives aux personnes et aux faits qui aggravent ou atténuent la responsabilité de l'inculpé et qui le font considérer plus ou moins socialement dangereux.

Ces circonstances dont certains Codes persistent à ne pas tenir compte, sont, à notre avis, et doivent être le point de départ de toute appréciation du juge, la base préliminaire de la sanction pénale.

En synthétisant ce qui est exprimé d'une façon différente dans les Codes et Projets de Codes pénaux, nous avons ainsi groupé systématiquement les causes et les circonstances qui aggravent, atténuent ou suppriment tout-à-fait la responsabilité:

I. — Causes de justification de l'infraction: légitime défense, état de nécessité, acte ordonné par la loi, par devoir de fonction ou de profession, ordre d'une autorité compétente;

II. — Causes de non imputabilité: démence totale ou partielle, âge

inférieur à 14 ans ou à 18 ans en cas d'action commise sans discernement, surdi-mutité en cas d'incapacité de comprendre et de vouloir, ivresse provenant de cas fortuit ou de force majeure ;

III. — Causes d'impunité : impulsion due à une force extérieure irrésistible, contrainte physique, cas fortuit ou force majeure, omission par empêchement physique, consentement de l'intéressé, fait délictueux en raison de circonstances dues à la victime, fait de parents qui cherchent à occulter la responsabilité d'une infraction, non responsabilité pour les conséquences non voulues d'une infraction, imprévision des résultats d'un acte ;

IV. — Circonstances atténuantes personnelles : circonstances de justification incomplètes, âge mineur de 18 ans, état mental comportant un affaiblissement de la conscience et de la volonté, vie précédente normale, bonne conduite précédente, motifs moraux ou motifs excusables d'intérêt public, suggestion d'un supérieur auquel l'auteur est subordonné, suggestion d'une foule en tumulte, repentir actif, confession et présentation spontanée après l'infraction, soin d'éviter ou de diminuer le dommage, détresse profonde, misère, omission due au surmenage, troubles féminins, âge supérieur à 60 ans.

V. — Circonstances atténuantes relatives aux faits : Excès de légitime défense, parenté jusqu'au 4^e degré, réparation entière du dommage, dommage léger, provocation ou menace de la victime, réaction à un abus d'autorité ;

VI. — Circonstances aggravantes personnelles : récidive générale ou spéciale, rapport de parenté ou d'amitié, abus d'autorité ou de fonction, violation de devoirs spéciaux, conditions organiques et psychiques anormales, mauvaises habitudes de vie, perversité morale, attitude cruelle envers la victime, possibilité de prévision de la faute ;

VII. — Circonstances aggravantes relatives aux faits : préméditation et préparation de l'infraction, acte mêlé de déloyauté, trahison, ruses, embûches, abus de confiance, aggravation des conséquences de l'infraction, mépris de l'autorité publique, circonstances des lieux et de temps, mode et circonstances d'exécution de l'infraction, dissimulation et impunité pour une autre infraction, exécution de l'infraction sur des objets d'utilité publique, dommage grave.

Ce tableau si étendu, et certes incomplet, car on peut souvent, dans les procès pénaux, tenir compte de circonstances spéciales d'autre nature, dignes de la considération du juge, n'est pas sans importance dans le fonctionnement de la justice pénale. Il y a des conséquences très importantes.

Voici les plus évidentes, celles qui nous ont obligé d'adopter dans notre Code des critères spéciaux : 1^o L'infraction d'une même catégorie ou qualification est susceptible d'un degré très variable de punibilité suivant les circonstances qui l'accompagnent. Il faut dès lors que les Codes établissent les peines correspondantes, entre un minimum et un maximum très éloignés l'un de l'autre. Nous avons résolu ce problème en n'indiquant pour chaque infraction que le minimum de la peine ou le genre de peine, et en laissant au juge la faculté d'établir la peine entre le minimum et le maximum fixé d'une façon générale pour chaque catégorie de peines.

2^o La nécessité de tenir compte de circonstances personnelles et de fait si différentes et multiples ne peut être réduite évidemment à un jeu arithmétique, comme le faisaient les anciens Codes. Cela doit être le travail éclairé et consciencieux du juge qui doit librement apprécier le pour ou le contre

de ces circonstances et établir non seulement l'imputabilité correspondante, mais aussi la peine adéquate au degré de culpabilité reconnue. Le principe du pouvoir discrétionnaire du juge triomphe ainsi, nécessairement, sur la prétention de ceux qui veulent la précision de la loi et la limitation à l'extrême du pouvoir discrétionnaire du juge qui devrait, à leur avis, se borner à une simple application mécanique de la loi.

Le pouvoir discrétionnaire du juge est renforcé encore par son intervention dans le contrôle de l'exécution de la peine, dans la concession du sursis à l'exécution de la peine, dans le pardon judiciaire, dans la libération conditionnelle, dans la réglementation des mesures de sûreté, c'est-à-dire dans toute l'organisation des moyens qui visent d'un côté à la sauvegarde de la défense sociale, de l'autre à la correction et à la réadaptation du criminel au milieu social.

Un autre rôle important est assigné au juge en matière de mesures correctionnelles à l'égard des mineurs. Nous avons adopté ici, avec de légères modifications, les mesures éclairées du projet de Code pénal suisse de 1937 (art. 80-96).

Les mineurs y sont diversement traités suivant leur âge. Au-dessous de 6 ans, il n'y a pas d'imputabilité. De 6 à 14 ans, le mineur est d'abord soumis à une enquête par l'autorité tutélaire dont le vrai animateur est le juge tutélaire. Selon les résultats de cette enquête, l'enfant est placé dans un établissement d'éducation, ou soumis à un traitement spécial, ou interné dans un établissement de correction, ou confié à ses parents auxquels, en cas de négligence, le juge adresse une admonition.

De 14 à 18 ans, le mineur, après une enquête préalable, est envoyé dans une maison d'éducation pour adolescents, ou dans une maison de correction. Il peut être transféré, suivant les cas, de l'un à l'autre de ces établissements. Il peut aussi bénéficier de la libération conditionnelle et être confié à un patronage pendant un délai d'épreuve d'un an au moins; s'il est atteint de maladie mentale, il est soumis à un traitement spécial. En cas d'infraction grave, l'adolescent subit la peine des arrêts, mais sans jamais être mêlé aux adultes. Le juge peut aussi, suivant les cas et selon les résultats de l'enquête, suspendre l'exécution de la peine, décréter un sursis conditionnel, un délai d'épreuve, la soumission à un patronage, et, en cas d'impossibilité de juger avec certitude, il peut suspendre même le prononcé de la peine ou de la mesure de sûreté. Si les parents ont négligé leurs devoirs envers l'enfant, le juge leur adresse une admonition.

De 18 à 20 ans, le mineur bénéficie d'une réduction de peine, ou d'une transformation en peine moins grave (emprisonnement au lieu de réclusion, arrêts au lieu d'emprisonnement, amende au lieu d'arrêts): mais, dans l'expiation de la peine, le mineur est toujours séparé de tout détenu majeur.

Les mineurs de 14 à 20 ans, qui n'ont pas encore subi de condamnation et qui ont commis une infraction entraînant une peine qui ne dépasse pas deux ans de privation de liberté, bénéficient, selon le Code pénal italien (art. 169) et le Projet français (art. 58) du pardon judiciaire, autre faculté discrétionnaire du juge qui s'abstient de prononcer une peine par décision spéciale et motivée.

Tandis que les Codes pénaux sont, généralement, très indulgents pour les mineurs à leur première infraction, car on a toujours l'espoir de les reconduire sur le droit chemin, ils tendent, au contraire, à être très sévères

pour les récidivistes qui témoignent d'une persistance obstinée dans leurs agissements criminels. Ils constituent un vrai danger pour la société, et les Codes pénaux visent non seulement à aggraver leur peine, mais à édicter des mesures propres à sauvegarder la défense sociale.

Le Code pénal italien est l'un des plus sévères à leur égard. Il fait une distinction très subtile, justifiée par la psychologie criminelle, entre « délinquant habituel », « délinquant de profession » et « délinquant par tendance ». Le délinquant habituel est celui qui, après une condamnation pour deux ou plusieurs infractions de la même nature, commises dans le délai de 10 ans et à différentes époques, encourt une nouvelle condamnation pour une infraction intentionnelle de la même nature et commise dans le délai de 10 ans consécutif à la dernière infraction (art. 102-3). Le juge peut admettre qu'il y a récidive, même si l'infraction n'est pas de la même nature, si la conduite et le genre de vie du coupable le révèlent socialement dangereux (art. 103). Le délinquant de profession est celui qui vit habituellement, ne fut-ce que partiellement, des produits de l'infraction, lorsque cela peut être déduit de la nature même de l'infraction, ou de la conduite et du genre de vie du coupable (art. 105). Le délinquant par tendance est celui qui commet une infraction intentionnelle contre la vie ou l'intégrité individuelle, en y révélant une inclination spéciale au crime et un caractère méchant (art. 108).

Cette distinction n'est pas établie dans le Code comme une simple affirmation scientifique; elle a son importance dans l'application de la peine et des mesures de sûreté.

Il faut reconnaître que ces mesures de sûreté ont été admirablement définies et organisées par le Code pénal italien. Les solutions qu'offre celui-ci sont préférables à celles même des projets et textes de Codes pénaux postérieurs.

Suivant le Code italien, les mesures de sûreté ne peuvent être appliquées qu'aux individus socialement dangereux qui ont commis un fait prévu par la loi comme infraction (c'est la vieille idée de Garofalo qui triomphe). Nous avons voulu ajouter à cela dans notre Projet, que les mesures de sûreté peuvent aussi être étendues aux individus qui, en raison de leurs habitudes de vie, de leur aversion au travail, de leur milieu familial et social, ont des prédispositions à un état socialement dangereux. On dira que cela implique un rôle étranger au droit pénal : la prévention de la criminalité qui peut faire l'objet de mesures administratives, et non pas de sanctions pénales lesquelles ne sauraient être appliquées qu'à des infractions effectivement perpétrées, comme le dit le Code italien (art. 202). Nous ne sommes pas de cet avis. Le Code pénal italien, lui-même, lorsqu'il veut définir « l'état socialement dangereux » (art. 360), l'attribue à toute personne, « même non imputable ou non punissable » qui a commis un fait prévu par la loi comme une infraction : on sort donc déjà des limites du droit pénal vrai et propre, quand les mesures peuvent être adoptées même contre les personnes qui échappent aux sanctions pénales, c'est-à-dire aux personnes non imputables ou non punissables.

D'autre part, une circulaire du Ministre italien de la Justice, en 1930, spécifie les personnes auxquelles les mesures de sûreté sont applicables (nous en avons adopté le texte dans l'art. 371 de notre Code), à savoir : 1° les malades mentaux; 2° les malades mentaux à responsabilité atténuée; 3° les délinquants habituels, professionnels ou par tendance; 4° les oisifs

et les vagabonds; 5° les buveurs habituels et les personnes qui font usage de substances toxiques; 6° les mineurs. Comme on peut le constater, il y a des catégories qui ne peuvent être comprises dans le cadre d'un Code pénal et qui ne peuvent perpétrer aucune infraction.

Nous estimons que le rôle bienfaisant des mesures de sûreté consiste non seulement dans la défense de la société contre le danger qui la menace, et dans la réadaptation du criminel au milieu social, mais plus encore dans la prévention de l'action délictueuse, à plus forte raison quand la prédisposition à la criminalité est déjà mise en évidence par un acte ou un fait qui est en soi-même antisocial et susceptible d'une sanction même légère.

C'est pour cela que nous nous sommes ralliés au système des mesures de sûreté préventives prévu par l'art. 100 du Code pénal uruguayen, et des art. 48 B et 581 du Code de défense social cubain, qui prévoient l'application des mesures de sûreté en cas d'aliénation mentale permanente et transitoire, de crétinisme et d'imbécilité, d'ivrognerie habituelle, d'aversion au travail, d'esprit de supercherie (*matonismo*), de mendicité habituelle, de maladies vénériennes, d'infraction aux règles de liberté surveillée, de traite des blanches, d'exploitation ou d'exercice moralement blâmable : tous cas, donc, du même genre que ceux envisagés par la Circulaire du Ministre de la Justice italien, des cas qui peuvent tout au plus faire l'objet d'une contravention de police ou d'une admonition, quand on les considère comme des infractions aux règles d'une vie sociale ordonnée.

Ici encore le principe du pouvoir discrétionnaire du juge révèle ses avantages. Le juge peut, en effet, ordonner les mesures de sûreté soit dans la sentence, soit ultérieurement (art. 205); il peut aussi les appliquer provisoirement pendant l'instruction du procès ou au cours du procès; il peut les révoquer lorsqu'il ne les juge plus nécessaires (art. 206-7); il peut provoquer un nouvel examen de l'état dangereux (art. 208); il peut enfin suspendre ou transformer ces mesures (art. 212).

Ce qui est plus remarquable dans le Code pénal italien c'est la grande variété des mesures de sûreté, ce qui permet de les adapter aux différents cas et aux différentes catégories de sujets socialement dangereux. Il y a, en effet, (art. 216-227) des mesures privatives de liberté personnelle (placement dans une colonie agricole, dans une maison de travail, internement dans une maison de santé et de garde, internement dans un asile judiciaire d'aliénés, internement dans une maison judiciaire de correction); il y a des mesures non privatives de liberté personnelle (art. 228-235) (liberté surveillée, interdiction de séjour, défense de fréquenter les auberges ou les débits publics de boissons alcooliques, expulsion de l'étranger), auxquels le projet français (art. 85) ajoute la soumission au patronage d'une institution désignée par le Tribunal. Il y a enfin les mesures de sûreté portant sur le patrimoine (art. 236-240) (cautionnement préventif ou de bonne conduite et la confiscation) auxquels le Projet français (art. 88-9) et le Code cubain (art. 52 A, 66-80) ajoutent pour les personnes juridiques la fermeture d'un établissement, la dissolution de la personne juridique.

Des mesures de sûreté ont été donc envisagés même à l'égard des personnes juridiques. Ce problème qui constitue une lacune presque générale des Codes pénaux récents attira l'attention d'un éminent pénaliste cubain, A. Lanuza, qui y consacra différents articles de son projet de Code pénal de 1908, modelé en grande partie sur le Code pénal italien de Zanardelli (1889),

mais riche aussi d'idées originales. Après lui, le Code pénal espagnol de 1927 et le récent Code cubain de défense sociale (1936) ont développé l'idée et reconnue largement l'imputabilité et la responsabilité des personnes juridiques, indépendamment de l'imputabilité et de la responsabilité individuelle de leurs représentants. On a ainsi infligé des sanctions spéciales aux personnes juridiques, sanctions qui vont de la réprimande, de la suspension de leur activité, de l'interdiction de certaines opérations jusqu'à leur complète dissolution (Cfr. Code espagnol art. 44, 92-3, 126-8, 511, 734 ; cubain art. 15-6, 42-5, 55, 66-80, 96, 265, 339, 560). Nous avons, à plusieurs reprises, reconnu, dans notre Code, la nécessité des sanctions contre les personnes juridiques coupables car leur action peut avoir des effets non moins dangereux à la société que celle des individus, en raison de la difficulté de préciser la culpabilité de leurs membres, couverts, pour ainsi dire, par l'anonymat collectif.

L'ensemble de toutes ces dispositions relatives à l'élément subjectif de la criminalité fait entrevoir l'intention constante du législateur moderne d'approfondir l'examen du substratum psychique de la conduite du criminel, d'en analyser les motifs intimes, d'être sévère, lorsque ceux-ci révèlent une portée anti-sociale, indulgent, lorsque ces motifs laissent un espoir d'amendement. Cette diagnose de l'élément subjectif est ainsi le préliminaire de la thérapie de la criminalité. On a ainsi un système préventif qui non seulement transforme le critère de la pénalité, mais exige, à côté des établissements pénitentiaires radicalement transformés, la création de toute une série d'institutions complémentaires de différentes espèces : colonies agricoles, maisons de travail, maisons de santé et de garde, asile judiciaire d'aliénés, maisons judiciaires de correction, qui visent à la réadaptation du criminel.

Une œuvre si gigantesque d'assainissement social serait stérile, si elle était confiée aux organes ordinaires de l'administration publique surmenée. Reprenant une ancienne proposition de E. Ferri (Projet, art. 101) on a ainsi pensé instituer, au siège de chaque Tribunal, un Conseil de patronage, composé d'un juge, du Ministère public, d'un représentant de l'ordre des Avocats, d'un représentant de la Commune, du Département, des organisations patronales et ouvrières.

L'art. 149 du Code pénal italien et l'art. 44 du Projet de Code pénal suisse, ainsi que différentes législations pénales cantonales donnent à ce Conseil de patronat la mission d'assister les individus soumis à leur contrôle et les prisonniers libérés, en les aidant à trouver du travail, en leur donnant aide et appui, de les surveiller avec discrétion, de prêter assistance aux familles des détenus.

Nous avons encore étendu ces tâches (art. 393 de notre Code), car nous avons trouvé équitable qu'un Conseil de patronage ait aussi la charge d'aider les victimes de l'infraction et leurs familles, en se subrogeant à leurs droits, pour ce qui regarde la responsabilité civile : c'était là aussi l'idée de Garofalo. Nous avons également trouvé opportun, que le Conseil de patronage veillât au fonctionnement normal des institutions chargées de l'application des mesures de sûreté et de la réadaptation sociale du délinquant.

Une institution subsidiaire du Conseil de patronage est la Caisse des amendes et des indemnités, autre émanation du Projet Ferri (art. 100), adoptée par le Code italien (art. 149), par le Projet français (art. 105), par

le Code cubain de défense sociale (art. 121-2). La Caisse est administrée par le Conseil de patronage, et lui sert d'organe financier. Elle est alimentée par les amendes et autres allocations pécuniaires en faveur de l'Etat, par le produit des objets confisqués, par la quote-part du produit du travail des détenus, par le revenu des biens séquestrés, par les contributions volontaires éventuelles. Comment emploie-t-elle cet argent ? Elle alloue des indemnités aux parties lésées quand le dommage n'a pas été réparé; elle accorde des secours aux parents et alliés auxquels le condamné doit des aliments pendant la durée de son internement; elle fournit au détenu, lors de sa libération, un subside pour lui faciliter son reclassement dans la société.

L'effort pour la réadaptation et pour le relèvement du condamné ne doit donc pas faire négliger l'aide, socialement non moins intéressante, aux victimes des infractions. D'où la législation pénale qui, ne se contentant pas des dispositions du Code civil relatives aux obligations dérivant ex delicto, intervient non seulement pour établir les formes et les proportions de la responsabilité civile (*restitutio in integrum*, réparation des dommages matériels et moraux, indemnisation des pertes), mais aussi pour assurer les garanties plus sévères de sa satisfaction légitime.

L'idée de Ferri (Projet art. 93-99) d'instituer une hypothèque légale sur les biens du condamné, d'empêcher par des mesures de précaution du juge ou sous peine de nullité, tout acte tendant à éluder la responsabilité du délinquant, a été amplement développée dans le Code pénal italien (art. 189-194).

Les Codes pénaux espagnols (art. 75-82) et cubain (art. 114-120) accordent au lésé une allocation à titre de réparation morale dont le montant doit être fixé par le juge en considération des circonstances; ils accordent également l'indemnisation des pertes, en transmettant aux héritiers du responsable toute obligation de restitution, de réparation et d'indemnisation du dommage.

La plupart des Codes admettent l'indivisibilité et la solidarité des obligations ex delicto. Le Code espagnol (art. 77, 81) n'admet aucune exemption de la responsabilité civile pour cause de non imputabilité ou d'état de nécessité, et nie toute efficacité de l'amnistie et de la grâce pour l'annulation de la responsabilité civile. Le Code pénal italien affirme d'une façon plus générale et catégorique que l'extinction de l'infraction et de la peine n'entraînent pas l'extinction des obligations civiles dérivant de l'infraction (art. 198).

Toutes ces garanties et précautions seraient inefficaces, si, comme c'est le plus souvent le cas, le criminel est insolvable; mais ici sous la suggestion de Ferri, qui avait sagement proposé de confier au Ministère public le soin le pourvoir d'office à l'exécution du jugement pour ce qui regarde les allocations à la partie civile (art. 91 de son Projet), le Code espagnol (art. 181), le Code mexicain (art. 38), le Projet suisse (art. 57), et le Projet français (art. 101) disposent opportunément qu'en cas d'insolvabilité du condamné, le juge peut allouer au lésé, jusqu'à concurrence du montant du dommage constaté par le jugement, le produit total ou partiel de la vente des objets séquestrés et confisqués, les dons et autres avantages acquis à la Caisse des amendes en nature et en espèce, ainsi que le montant du cautionnement préventif, et même l'amende payée. Si tous ces moyens sont inexistantes ou insuffisants, comme Ferri l'avait opportunément prévu, le condamné paiera toute allocation à la partie lésée sur la troisième partie du pécule qu'il rece-

vra pour son travail à l'établissement pénitentiaire (Ferri, Projet, art. 73 et 97).

Ferri avait deux autres propositions que nous avons jugé bon d'insérer dans notre Code. L'une (art. 99 du Projet Ferri) faisait de l'indemnisation pour la réparation du dommage à la partie lésée une créance préférentielle non seulement relativement à toutes les obligations du condamné postérieures à sa condamnation, ou antérieures d'un an, mais aussi relativement à l'amende infligée comme peine accessoire (cette proposition a été adoptée par le Code pénal mexicain, art. 33 et 35, par le Code pénal grec, art. 62, ainsi que par le Projet français, art. 103).

L'autre proposition non moins importante (art. 92 du Projet Ferri) disposait que le paiement des allocations à la personne lésée, du moins pour la quote-part établie dans la sentence, constitue une condition indispensable pour obtenir en faveur de l'inculpé, le sursis à l'exécution de la peine, et en faveur du condamné la liberté conditionnelle, la restitution de la caution de probité, la réhabilitation, le pardon judiciaire, la mitigation ou l'extinction de la peine (malheureusement aucun Projet ou texte de Code pénal n'a encore adopté une suggestion si juste et si efficace).

Si de l'élément subjectif nous passons à l'examen de l'élément objectif, nous devons déclarer avant tout que, tout en appréciant la tendance de l'école positiviste à accorder une importance primordiale à la considération du délinquant, nous estimons que le fondement même du droit pénal consiste dans la fixation de l'élément objectif, c'est-à-dire de ce qu'une société, un Etat, estime criminel, délictueux. L'antécédent logique de la figure même du délinquant est la règle de droit pénal qui définit quelles sont les actions à considérer lésives des conditions normales de la vie sociale, et violatrices des règles morales indispensables à la vie civile et à la défense sociale. Le délinquant ne subsiste que pour autant que subsiste la règle de droit pénal qu'il a violée; si la règle disparaît, la notion du délinquant disparaît en même temps.

La règle pénale est donc le fait positif, primordial, le point de départ de tout système de droit pénal. Cette règle constitue la déclaration de volonté de l'entité sociale qui détermine la distinction entre le licite et l'illicite, entre l'illicite civil et l'illicite pénal; bref, elle établit le critère de la criminalité.

La vérité de cette affirmation est confirmée par le droit pénal comparé. Certaines formes de crimes ont disparu : la société ne les estime plus tels (par exemple la sorcellerie); certains crimes étaient considérés comme très graves (l'infidélité conjugale, le faux serment); ils le sont beaucoup moins aujourd'hui. L'antiquité considérait le vol, la piraterie comme des entreprises héroïques, l'esclavage comme indispensable à l'ordre et au bien-être sociaux (Aristote). Socrate, le Christ, G. Bruno furent condamnés comme des délinquants, et nous les vénérons comme la plus haute expression de l'humanité.

Un exemple typique est celui de l'adultère. Certaines législations pénales, comme la cubaine, ne le considèrent plus comme une infraction punissable, et estime suffisantes les sanctions de la loi civile sur le divorce. Les législations qui, au contraire, le considèrent comme une infraction, le punissent différemment. Les Codes pénaux italien (art. 559-60) et espagnol (art. 620) édictent une peine sévère pour l'adultère de la femme (réclusion), jus-

qu'à un et deux ans; tandis qu'ils ne punissent l'adultère du mari que lorsqu'il entretient une concubine dans la maison conjugale (cas plus rare et difficile à se vérifier). L'adultère du mari hors de la maison conjugale reste impuni. La grande majorité des Codes, et le nôtre également, estiment de la même gravité, comme des troubles équivalents à l'ordre de la famille et à l'ordre social, l'adultère du mari et celui de la femme et ils infligent la même peine.

De même, pour l'infanticide et l'avortement. Tandis que le Code pénal italien, soucieux de sauvegarder l'intégrité de la race, et l'accroissement de la population, les punit sévèrement et consacre aux infractions de ce genre le Titre X (Délits contre l'intégrité et la santé de la race), d'autres, comme le récent Code Cubain, non seulement atténuent la peine, mais admettent que ces actes ne sont pas toujours punissables, ainsi en cas d'avortement nécessaire pour sauver la vie de la mère, en cas de viol, d'enlèvement non suivi de mariage, et quand on entend éviter la transmission au fœtus d'une maladie héréditaire ou contagieuse (art. 443).

Autre exemple dans le sens inverse : le duel. On sait que le duel était jadis non seulement admis par la société, mais qu'il constituait en somme une forme de réalisation de la justice : les jugements dits de Dieu. La société moderne a considéré illogique et immoral de confier au sort arbitraire des armes, au triomphe de la force et de l'habileté physique, la solution des questions d'honneur, et tous les Codes pénaux s'accordent désormais pour établir des peines sévères tant contre les duellistes que contre leurs témoins. Ils en viennent jusqu'à infliger des peines à ceux qui offensent publiquement une personne ou la signalent au mépris du public, soit parce qu'elle n'a pas provoqué en duel, soit parce qu'elle n'a pas accepté le défi, soit parce qu'elle ne s'est pas battue en duel (Ital. 400, Suisse 116, Hol. 152-3, Gr. 298, Urug. 205, Pan. 265).

Cette variation du critère de la criminalité est évidente non seulement sous l'influence des temps, mais encore sous l'influence de l'opinion publique des différents pays. La comparaison des législations pénales le met bien en évidence. En effet, ce par quoi les Projets et textes récents de Codes pénaux diffèrent le plus nettement, c'est par la peine plus ou moins grave qu'ils prévoient comme sanction. Voici, par exemple, l'un des cas qui m'a frappé davantage. Le Projet suisse, dont les peines sont les moins graves pour les criminels, même socialement très dangereux, devient particulièrement sévère pour les infractions de type frauduleux, celles contre la foi publique, celles qui révèlent de la déloyauté ou de la bassesse morale, comme les pires infractions de violence.

Cette disproportion se révèle davantage encore dans la distinction qu'on s'obstine à faire, même dans les Projets et textes récents de Codes pénaux, entre crimes, délits et contraventions. Les crimes sont considérés généralement comme les actes punissables qui marquent une violation plus grave de la loi pénale : on les juge en Cour d'assises ; on les punit avec des peines les plus graves (peine de mort, travaux forcés à perpétuité, réclusion). Cependant, la gravité des infractions est une notion si relative, tellement susceptible de différence d'appréciation d'une législation à l'autre, qu'en pratique, les crimes et les délits ont le même traitement. Les crimes entraînent dans certains Codes la peine du simple emprisonnement ; les délits de même et souvent aussi, la réclusion. Si, pour le juriste de pro-

fession, il y a quelque différence dans la terminologie, dans la langue courante on considère comme synonymes : criminalité et délinquance, criminel et délinquant.

La divergence dans l'appréciation de la gravité entre crimes et délits est si évidente à la lumière de l'étude comparée des législations pénales, qu'il est impossible de préciser une ligne de démarcation nette entre les deux domaines.

Pour ce qui concerne les contraventions, l'analyse comparée nous a procuré les surprises les plus étonnantes. Nous avons dû constater qu'on a classé, avec une extrême désinvolture, parmi les contraventions, les *faltas* (fautes, selon les Espagnols) des infractions que d'autres Codes considèrent comme des délits et même comme des crimes véritables, et que certains Codes caractérisent comme contraventions, ce que d'autres considèrent comme délits. C'est là une erreur commune à presque tous les Projets et textes de Codes pénaux que nous avons examinés. Les exemples peuvent être multipliés à l'infini.

L'idée nous est dès lors venue d'abolir toute distinction entre crimes, délits et contraventions et de ranger les trois catégories sous la dénomination générique et commune d' « infractions ». Le Code pénal danois, le Code pénal mexicain et d'autres ont déjà effectué cette unification.

Dans l'application, nous avons expérimenté le grand avantage de l'abolition de cette distinction traditionnelle. Avant tout, on évite fréquemment des répétitions inutiles, car on envisageait généralement dans les titres relatifs aux Contraventions des infractions d'une gravité moindre, mais de la même nature que celles considérées dans les autres titres du Code (par ex. : le vol dans le Code et le larcin dans les contraventions). Au point de vue logique, systématique, l'abolition de la distinction présente un autre avantage : on peut grouper dans un même chapitre ou sous un même titre les formes plus ou moins graves d'un même genre d'infractions, que les Codes usuels considèrent dans des parties distinctes et éloignées l'une de l'autre, et l'on peut en même temps, en vertu de ce groupement homogène, établir une gradation, un échelonnement des peines correspondant à la gravité plus ou moins accentuée des infractions.

La fusion unificatrice des crimes, délits et contraventions permet aussi d'établir une classification plus logique et plus positive des infractions. La mauvaise classification des infractions : c'est là précisément une des divergences les plus fréquentes des Codes et Projets de Codes pénaux examinés. On range, par exemple, souvent, la calomnie parmi les infractions contre l'honneur (Suisse, projet 151 bis ; Cuba 506, Mexico 356, Pologne 255, Espagne 624, Danemark 268, Norvège 251, Hollande 261, Grèce 335, Tchécoslovaquie 304, Panama 453), alors que, quant à sa portée juridique, la calomnie, en tant que dénonciation d'une infraction inexistante à la charge d'un innocent, est plus opportunément classée parmi les infractions contre l'administration de la justice, comme le font le Code italien (art. 368) et le Projet français (art. 272-3). Et les exemples peuvent se multiplier.

Nous avons adopté, avec quelques variantes et adjonctions, la classification du Code pénal italien qui nous semble la plus logique, en ce qu'elle procède de la protection de l'entité collective, l'Etat, à celle de l'individu, et non pas inversement, comme le font certains Codes et même le récent Projet suisse.

Voici le schéma de classification que nous avons adopté :

TITRE I. — *Infractions contre la personnalité de l'Etat.* — 1. Infractions contre la personnalité internationale de l'Etat. — 2. Infractions contre la personnalité interne de l'Etat. — 3. Infractions contre l'organisation de l'armée et la défense nationale (chap. introduit dans notre Code : il n'existe pas dans le Code pénal italien). — 4. Infractions contre les droits politiques des citoyens. — 5. Infractions contre les Etats étrangers. — 6. Infractions contre le Droit international (chap. qui n'existe pas dans le Code pénal italien). — 7. Dispositions générales et communes aux chapitres précédents.

TITRE II. — *Infractions contre l'Administration publique.* — 1. Infractions des fonctionnaires publics contre l'Administration publique. — 2. Infractions d'un particulier contre l'Administration publique. — 3. Dispositions communes aux chapitres précédents.

TITRE III. — *Infractions contre l'Administration de la Justice.* — 1. Infractions contre l'activité judiciaire. — 2. Infractions contre l'autorité des décisions judiciaires — 3. Exercice arbitraire du droit.

TITRE IV. — *Infractions contre la religion et le respect des morts.* — 1. Infractions contre la religion et les cultes admis. — 2. Infractions contre le respect des morts.

TITRE V. — *Infractions contre l'ordre public.*

TITRE VI. — *Infractions contre la sécurité publique.* — 1. Infractions où le danger commun dérive de la violence. — 2. Infractions où le danger commun dérive de la fraude. — 3. Infractions non intentionnelles d'où naît un danger commun.

TITRE VII. — *Infractions contre la foi publique.* — 1. Falsification des monnaies, titres de crédit, papiers-timbres. — 2. Falsification des sceaux, instruments ou signes d'authentification, certification ou reconnaissance. — 3. Faux en écritures. — 4. Faux personnel.

TITRE VIII. — *Infractions contre l'Economie nationale.* — 1. Infractions contre l'économie nationale en général. — 2. Infractions contre l'économie agricole (ce chapitre n'existe pas dans le Code pénal italien). — 3. Infractions contre l'industrie et le commerce. — 4. Infractions contre la navigation (chapitre qui n'est pas dans le Code pénal italien et qui est spécial aux Codes pénaux hollandais et norvégien). — 5. Infractions relatives au travail (chapitre qui n'existe en aucun Code pénal).

TITRE IX. — *Infractions de presse* (Titre qui n'existe pas dans les Codes pénaux italiens et dans aucun Code pénal).

TITRE X. — *Infractions contre les bonnes mœurs et la moralité publique.* — 1. Infractions contre la liberté sexuelle. — 2. Outrages à la pudeur et à l'honneur sexuel. — 3. Offenses aux bonnes mœurs (dans le Code pénal italien, ce genre d'infractions est rangé sous le titre consacré aux infractions contre l'intégrité et la santé de la race) — 4. Dispositions communes aux chapitres I et II.

TITRE XI. — *Infractions contre la famille.* — 1. Infractions contre le mariage. — 2. Infractions contre la morale familiale. — 3. Infractions contre l'intégrité de la Famille (chapitre nouveau, qui correspond au titre X du Code pénal italien). — 4. Infractions contre l'état de Famille. — 5. Infractions contre l'assistance familiale.

TITRE XII. — *Infractions contre les personnes.* — 1. Infractions contre la vie et l'intégrité personnelle. — 2. Infractions contre l'honneur. — 3. In-

fractions contre la liberté individuelle (Sect. I : Infractions contre la liberté personnelle; Sect. II : Infractions contre la liberté morale; Sect. III : Infractions contre l'inviolabilité du domicile; Sect. IV : Infractions contre l'inviolabilité des secrets).

TITRE XIII. — *Infractions contre le patrimoine.* — 1. Infractions contre le patrimoine à l'aide de violence sur les choses et sur les personnes. — 2. Infractions contre le patrimoine à l'aide de la fraude.

Dans ce vaste cadre, une place appropriée peut revenir à tous les crimes, tous les délits et contraventions, ainsi qu'aux infractions nouvelles que certains Codes ont introduites.

C'est ainsi que le Code pénal italien, soucieux du prestige de l'Etat, introduit l'infraction contre la vie, la liberté, l'honneur du Chef du Gouvernement, l'infraction du défaitisme politique et économique, l'infraction de l'association subversive et antinationale, l'infraction de celui qui, sans autorisation du Gouvernement, crée une association ou organisation internationale, ou une section de celle-ci. C'est ainsi que, pour protéger l'intégrité de la race, le Code italien punit les pratiques malthusiennes ; c'est ainsi que le Code pénal cubain multiplie à l'infini les infractions des fonctionnaires, analyse en détail toutes les formes d'émeutes, de séditions, de tumultes, de révolutions, de guerres civiles, crée l'infraction occasionnée par l'exercice des sports. Les Codes pénaux hollandais et norvégien introduisent le groupe des infractions contre la navigation. Le Projet du Code pénal suisse punit spécialement les offenses aux délégués et hauts fonctionnaires de la Société des Nations ; il édicte des sanctions contre l'adultération des fourrages, contre l'inobservance des règles pour la poursuite et la faillite. Le Projet français punit l'atteinte au crédit de l'Etat, le refus collectif de l'impôt, l'empoisonnement d'animaux, l'émission de chèques sans provision. Le Code danois punit la divulgation des renseignements relatifs à la mobilisation. Les Codes espagnol et cubain, suivant les critères du Projet Lanuza, introduisent des sanctions pour les infractions des personnes juridiques, punissent l'occultation des biens et des industries. Le Code pénal mexicain punit l'organisation des trusts et la suppression de la libre concurrence. Le Code pénal polonais punit le suicide par tirage au sort. Le Code grec considère le cas spécial de la simulation de la défense légitime. Le Projet de Code pénal tchécoslovaque de 1926 considère le cas de l'abus du mandat parlementaire et la corruption dans l'exercice de ce mandat, l'offre spontanée de faux témoignage ou la proposition de meurtre, le terrorisme, les entraves à la liberté, l'oppression. Le Code pénal chinois impute au fonctionnaire la corruption, même concertée avant sa nomination. Et la liste se pourrait prolonger et compléter. Il suffit de parcourir le texte de notre Projet de Code pénal international, en examinant les sources de chaque article pour constater les apports de chaque Code national à la formation de notre texte international.

★★

Pour ce qui regarde les sanctions, nous nous sommes trouvé dans l'alternative de la rigueur du Code pénal italien ou du Projet français et de la grande élasticité du Projet suisse qui, le plus souvent, se limite à édicter le maximum de la peine, lorsqu'il s'agit de réclusion, ou à établir l'espèce de peine (réclusion, emprisonnement, arrêts) sans en préciser la durée, ou l'amende, sans en déterminer le montant.

Nous avons préféré tenir le juste milieu. Au lieu d'établir, comme le fait le Projet suisse le maximum de la peine, nous avons cru préférable de préciser le minimum de la peine, lorsqu'il s'agit d'infractions entraînant la réclusion et d'infractions que les Codes à type français dénomment crimes. Pour les sanctions qui entraînent l'emprisonnement, les arrêts, l'amende, nous n'avons pas déterminé la quotité de la peine, en nous bornant à fixer le minimum et le maximum d'une façon générale pour chaque espèce de sanctions. Nous avons spécifié ainsi que la réclusion va d'un minimum de trois mois à un maximum de 20 ans (art. 261) ; l'emprisonnement, d'un minimum de trois jours à un maximum de cinq ans (art. 283) ; les arrêts d'un minimum d'un jour à un maximum de trois mois (art. 284) ; l'amende, d'un minimum de 10 francs à un maximum de 20.000 francs ; le montant de l'amende étant cependant fixé non seulement en corrélation avec la gravité de l'infraction, mais avec la situation économique du coupable ; or, lorsque, en raison de cet état économique, le maximum établi par la loi, peut être présumé inefficace, le juge a la faculté de l'élever encore jusqu'au triple (art. 285, Code pénal italien, 24, 26).

Le maximum de la peine infligée par notre Code est de 20 ans de réclusion. Il y a des cas où la multiplicité des circonstances aggravantes, la récidivité, les anomalies psycho-organiques révèlent une criminalité si brutale, un degré si accentué d'inadaptabilité au milieu social et un état socialement si dangereux, que nous avons cru opportun d'admettre dans ce cas la peine indéterminée (art. 65 et 69 du Code pénal norvégien).

La peine indéterminée acquiert, dans ce cas, une signification toute différente de celle qu'elle avait avec l'école positive qui la posait comme règle générale, en correspondance avec la réadaptation plus ou moins hâtive du condamné. La peine indéterminée, comme elle est entendue et appliquée dans notre Code, ne signifie que la faculté du juge de dépasser, pour la peine, le maximum fixé et de décider la prolongation de cette peine, dans les cas très graves qui révèlent chez le coupable des tendances particulièrement dangereuses au point de vue social.

La peine indéterminée remplace ainsi les travaux forcés à perpétuité et la peine de mort. Nous avons voulu exclure l'une et l'autre peine, non point par sentimentalisme, mais pour un critère d'utilité sociale, pour interpréter la vraie finalité de la peine.

Utilité sociale. La société n'a aucun intérêt à la disparition du coupable ou à son assujettissement à une peine qui l'abrutisse par l'aggravation de la ségrégation cellulaire, et stimule en lui la haine, en renforçant ses tendances à la méchanceté et à la cruauté. La société a uniquement l'intérêt, essentiel, d'assurer la défense sociale. Et la défense sociale est parfaitement sauvegardée, lorsqu'on écarte le criminel du milieu social et le met dans l'impossibilité de nuire jusqu'à son amendement et sa réadaptation.

La peine de mort est une cruauté, une vengeance non seulement inutile, mais dangereuse. Inutile, car elle ne sert ni d'intimidation suffisante, ni de correction. Dangereuse, car elle ôte toute possibilité de réparation en cas d'erreur judiciaire, et supprime toute possibilité d'amendement du coupable, d'indemnisation pour la famille de la victime qui, dans la plupart des cas, ne peut l'attendre que du travail du condamné.

Les travaux forcés à perpétuité (*ergastolo*), avec la souffrance intolérable de l'isolement cellulaire est une autre aberration, non moins grave, du régime

pénitentiaire. Une peine qui réduit la personne à l'état de cadavre, ne peut la pousser vers le bien, mais à des sentiments de haine, à la consolidation de ses instincts brutaux.

Finalité de la peine. A notre avis, la peine a et doit avoir un tout autre caractère, une toute autre finalité, G. B. Vico avait observé que peine dérive de « poenitendo », repentance, et c'est à cela qu'elle doit tendre, c'est-à-dire à la réadaptation sociale du délinquant. Ceci ne se peut réaliser sans une œuvre finement éducatrice qui développe les tendances généreuses, les germes du bien, et cherche à inhiber les instincts de perversité, les instincts anti-sociaux. Il faut toujours avoir à l'esprit cette grande vérité psycho-sociale, que même les personnes de l'élite intellectuelle et morale révèlent des points faibles qui les rattachent à l'animalité ; et que, de même, il est bien rare que les criminels les plus féroces soient dénués de tout sentiment humain.

On sait que souvent de grands criminels, hôtes de la Guyane, provenant de milieux divers et qui ont échappé à la peine de mort, sont devenus, avec un régime de travail approprié, des travailleurs paisibles, auxquels on donne jusqu'à des tâches de confiance.

Il faut donc revenir au véritable esprit de la peine, la repentance, l'amendement du coupable, la réadaptation de la vie sociale.

Il y a bien des moyens pour conduire à ce résultat. A côté des peines principales, il y a aussi, dans les cas les plus graves, les peines accessoires pour renforcer la garantie de la défense sociale et interdire au délinquant certaines activités qui lui permettraient de poursuivre son action anti-sociale. Même s'il y a lieu de craindre que les peines principales et les peines accessoires n'aient pas eu l'effet attendu, il y a la ressource suprême des mesures de sûreté qui permettent d'exercer sur le coupable une surveillance destinée à faire constater, si son état dangereux persiste ou non, s'il est nécessaire ou non de continuer la vigilance à laquelle participent le juge, l'autorité de police, le Conseil de Patronage.

Dans un système si délicat de prévention, de correction, avec des peines si mitigées, qui ressemblent plutôt aux remèdes du médecin qu'à la rétorsion du talion, il est évident que le bon ou le mauvais résultat dépende de l'application et de l'interprétation que le juge fait de la loi et de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Il faut bien considérer qu'en raison de l'orientation actuelle de la législation pénale, la tâche du juge est devenue extrêmement difficile, de façon que ne lui suffisent plus les notions de droit pénal acquises à l'Université. Il doit être en mesure de faire une analyse approfondie des précédents du criminel, de son milieu, de ses tendances, de ses anomalies bio-psychiques, des circonstances aggravantes ou atténuantes qui ont accompagné l'infraction. Il doit donc être doté d'une fine intuition psychologique, d'une vaste connaissance des sciences biologiques et sociologiques, d'une grande expérience de la vie de nature à lui permettre d'apprécier les circonstances pour ou contre l'accusé et de prononcer une sentence qui soit une synthèse de cette appréciation. Son prononcé n'est plus alors le résultat d'une simple opération arithmétique sur la durée de la peine, augmentée ou diminuée suivant les données du Code même. Son pouvoir discrétionnaire lui permet de prendre le point de départ entre le minimum et le maximum de la peine fixée par le Code, d'augmenter ou de diminuer cette peine de base, selon la libre appréciation des circonstances. Sa sentence est donc la conséquence

de tout une série d'appréciations, d'une étude approfondie du criminel et de son milieu.

Plus encore. La sentence prononcée, la tâche du juge ne s'arrête pas là. Il suit le criminel pendant l'expiation de la peine, intervient pour conseiller le genre de travail à attribuer au criminel ; il a la faculté d'ordonner, sur le rapport de la direction du pénitencier, une mitigation ou une aggravation de la peine ; de pourvoir à la libération conditionnelle du prisonnier, de la soumettre à une période d'épreuve pendant laquelle ses prescriptions, ses conseils au sujet de la ligne de conduite du condamné doivent être scrupuleusement observés.

Il est bien vrai que le juge ne peut, à lui seul, accomplir une si lourde tâche ; il a de nombreux collaborateurs : il a l'autorité de police qui lui donne les renseignements les plus détaillés sur les précédents et sur la vie du criminel, sur les circonstances personnelles et de fait de l'infraction ; il a les autorités du pénitencier qui l'informent sur la conduite du condamné pendant l'expiation de la peine ; il a les directeurs des différentes institutions organisatrices des mesures de sûreté ; il a enfin les membres du Conseil de patronage, qui l'aident dans la tâche difficile de la réadaptation du criminel. Il est et doit être l'animateur de tout cet organisme, le directeur, l'esprit de coordination ; il doit à la fois réprimer et prévenir, être sévère sans cruauté inutile, être indulgent sans acquiescements dangereux, être énergique et prudent, conserver le calme et la sérénité à travers la tempête de la méchanceté criminelle.

Le rôle du juge est comparable à celui du médecin : il doit lui-même avec finesse faire la diagnose du mal et trouver les remèdes appropriés à la guérison. Tantôt des remèdes énergiques devront combattre le mal par des éléments de nature opposée ; c'est de l'allopathie. Tantôt il faut se borner aux lénitifs, qui ne touchent au fond, à l'essence de la maladie, particulièrement quand elle est incurable. Les remèdes enfin peuvent, jusqu'à un certain point suivre le courant du mal, en le faisant peu à peu diverger de son cours ; c'est de l'homéopathie.

Que ce soit par l'une ou par l'autre méthode, dont le choix est laissé à sa clairvoyante appréciation, le juge doit, à l'instar du médecin, aboutir à la victoire, et la victoire c'est pour tous deux la guérison. Pour le médecin la guérison signifie la restitution du malade à la vie normale, à ses occupations habituelles ; pour le juge la guérison est et doit être la restitution du criminel à la règle disciplinée de l'ordre social, sa réadaptation complète, sa réhabilitation complète qui efface la condamnation et les incapacités qui en résultent, éteint les peines accessoires et tout autre effet pénal de la condamnation.

C'est là le point d'arrivée, c'est le but de notre élaboration scientifique, fruit de l'analyse comparée des projets et des textes de Codes pénaux. Que ce soit aussi le point d'arrivée, le but non seulement de la science pénale mais d'un travail patient et diligent de pédagogie sociale !

SECTION II

LE DROIT COMMERCIAL ET ECONOMIQUE

JANNE, *L'unification internationale des lois sur les effets de commerce.*

BOUTERON, *L'unification du Droit relatif au chèque et le vocabulaire du Droit Uniforme.*

TANAKA, *La méthode du Droit Commercial.*

(Cette contribution publiée ci-dessus, Troisième Partie, Titre III, Chapitre IX, § 103).

RABEL, *L'unification du Droit de la Vente Internationale. Ses rapports avec les formulaires ou contrats-types des divers commerces.*

(Cette contribution publiée ci-dessus, Chapitre I^{er}, § 118).

★★

Il convient de rapprocher des contributions publiées dans ce Chapitre l'étude de M. ROTONDI, *L'INSTITUT DE DROIT COMMERCIAL COMPARÉ DE L'UNIVERSITÉ COMMERCIALE L. BOCCONI DE MILAN*, classée dans le Tome I^{er}, Deuxième Partie, Titre IV, Chapitre II, Section V, § 62.

L'UNIFICATION INTERNATIONALE DES LOIS SUR LES EFFETS DE COMMERCE

Par X. JANNE

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

Par ces temps d'utilitarisme renforcé, il n'est pas inutile de constater que les efforts intellectuels des savants ont eu, bien des fois, une répercussion « pratique » du plus heureux effet sur le cours de la vie sociale. Sans viser les découvertes scientifiques des biologistes et des médecins et nous cantonnant exclusivement dans le domaine des faits juridiques, nous constatons que les études doctrinales des Maîtres du Droit jouent un rôle sérieux sur la formation et le développement harmonieux des disciplines législatives.

Les efforts modernes tentés par la « méthode comparative » des lois civiles des divers pays ont eu d'autres résultats que la seule formation des esprits et le simple intérêt scientifique. Leur exercice a abouti parfois à des résultats pratiques intéressants à souligner. Nous en trouvons un exemple dans la récente unification internationale des lois sur les effets de commerce. Pour arriver à l'unification cherchée, il faut connaître très complètement les divers systèmes législatifs appelés à bénéficier du bienfait d'uniformisation, il faut en analyser les tendances et constater si la transaction faite dans les textes pour adapter le système national au système étranger ne heurtera pas les habitudes sociales utilisées par les citoyens depuis de nombreuses années.

L'Institut de Droit Comparé de Lyon et son éminent Directeur, dont nous célébrons tous les éclatants mérites, ont donc bien mérité, non seulement de l'Université, mais de la Société tout entière. Nous n'énumérerons pas ici les titres de gloire dont ils pourraient légitimement se parer dans le domaine de la Science, nous constaterons seulement que l'étude du droit comparé qu'ils ont prônée avec tant de succès, doit amener des résultats substantiels dans la pratique législative ; leurs efforts communs doivent donc être légitimement encouragés.

On a considéré bien longtemps que l'unification législative internationale restait du domaine des rêves utopiques de quelques philosophes du Droit, mais qu'elle ne pourrait jamais aboutir à des solutions d'ensemble, même réduites à certains aspects isolés. Il va sans dire que cette unification reste difficile, sinon impossible, dans bien des domaines du Droit, là où les conditions ethniques particulières constituent le facteur prépondérant. Elle

n'est peut-être pas désirable dans le domaine du droit des personnes où l'unification serait la cause malheureuse d'un ralentissement d'émulation nécessaire à l'amélioration de la société internationale. Mais dans le domaine des affaires économiques, là — au contraire — où l'unité de réglementation devient un élément important du « crédit », si utile à la vie des affaires, l'unification des règles juridiques internationales constitue certainement un progrès certain ; beaucoup de difficultés sans doute sont encore à vaincre pour arriver à une unification même partielle, et c'est précisément la méthode comparative qui nous aidera à les connaître pour arriver à les vaincre... Mais les difficultés ne sont pas insurmontables et pour le démontrer nous n'avons rien de mieux à faire que d'invoquer l'exemple typique d'une vaste tentative d'unification que les divers contractants à la Convention de Genève de 1930 sont parvenus à réaliser dans le domaine des effets de commerce.

Voilà donc l'affirmation de l'utilité du droit comparé démontrée de la façon la plus péremptoire : une convention internationale est arrivée à unifier certains textes de lois économiques en une même formule et a, pour d'autres textes, énoncé des règles uniformes sur les conflits de lois pouvant encore subsister lorsque les textes mis en parallèle se trouvaient radicalement inconciliables. Il y a donc là la démonstration d'un progrès marqué qui fixe définitivement le rôle décisif du droit comparé dans le domaine des réalisations du droit positif.

Nous savons qu'il y a déjà plus de cinquante ans que les praticiens du droit, émus par la diversité et l'insécurité des effets de commerce internationaux, avaient demandé à des réunions de juristes et de praticiens de diverses Nations le moyen de réduire les divergences des législations sur les données fondamentales du problème de crédit que pose la lettre de change, notamment dans la durée et la forme des recours à exercer par le porteur contre ses divers garants. Pas de problème qui puisse intéresser davantage le crédit des affaires que de savoir, avec exactitude et précision, les garanties et recours que pouvait entraîner avec elle une lettre de change endossée de pays à pays.

La variabilité des usages commerciaux consacrés par les textes de lois différents établira qu'il peut apparaître des conflits de lois entre les textes régissant la création du titre, l'endroit où il est endossé et, enfin, la localité où le porteur devra exiger paiement. Le beau champ d'action pour le comparatiste que d'examiner ces divers problèmes et combien son rôle revêt, par cet examen, une signification de la plus grande importance ! Cette comparaison même fera apparaître la possibilité d'une transaction conciliatrice.

Après bien des conférences internationales et des avis doctrinaux, la question se pose à l'attention du monde des affaires en 1910 et 1912 où deux conférences successives sont réunies à La Haye ; elles aboutissent à la rédaction d'un « règlement uniforme » dont la guerre mondiale a malheureusement paralysé l'application. Mais le travail lent et consciencieux des juristes n'est pas perdu de ce fait ; des bases de réglementation internationale ont été jetées et doivent, grâce à l'appel de la Société des Nations, préparer le travail, définitif cette fois, de la Conférence Internationale de Genève de 1930.

Mais, auparavant déjà, la Pologne, par sa loi du 14 novembre 1924, —

a heureusement utilisé les matériaux des conférences de La Haye pour en faire sa loi nationale des effets de commerce ; ce pays nouvellement créé par les traités avait eu le privilège de devancer ses aînés dans la fixation d'un texte législatif à caractère généralisé et basé sur la confrontation des divers systèmes mis en présence. N'était-ce pas là une nouvelle démonstration, et une démonstration péremptoire, de l'utilité du travail de droit comparé réalisé en 1910 et 1912 ? ⁽¹⁾.

Les experts chargés par la Société des Nations de préparer la Conférence Internationale formulent quelques principes généraux qui vont servir de fondement à la Conférence de 1930. L'uniformisation envisagée ne pourra concerner que la législation des pays continentaux vu la trop grande dissemblance des principes de la législation anglo-saxonne ; toutefois, une « assimilation progressive » est réservée pour l'avenir entre les groupes latins et germaniques et le groupe anglo-saxon. Sur certaines questions, comme la capacité et la provision, même pour les législations continentales, la conciliation des textes ne pourra intervenir, mais les règles de conflits de lois sont prévues ; ces règles de conflits seront uniformisées et même les pays qui n'adhèrent pas à la Conférence seront admis à y souscrire dans l'avenir.

Enfin, les experts ne croient pas devoir impérativement condamner les Parlements à adopter *ne varietur* les textes formulés et cela par souci constitutionnel ; ils engagent bien entendu les législateurs à adopter les solutions formulées avec le moins de modifications possibles dans le but de réaliser l'œuvre entreprise.

La Conférence Internationale de 1930 est cependant revenue au principe de 1910 ; elle a redouté que la liberté laissée aux Parlements d'amender un texte quelconque du règlement uniforme ne nuise à l'uniformisation désirée. Elle a toutefois réduit à 30 mois l'obligation pour le Parlement de ne pas toucher au texte formulé après son adoption.

A côté du texte uniforme qui comprend un certain nombre de points nettement déterminés, la Conférence a dû admettre, malgré tout, un certain nombre de réserves que certains Etats contractants ont réclamées comme indispensables. Cette concession a dû être faite et les Parlements sur ces points réservés conservent donc une certaine latitude ; ainsi, — à titre d'exemple — l'obligation pour les Etats de faire indiquer les mots « Lettre de change » sur l'effet mis en circulation peut être retardée de six mois pour les signataires qui en manifesteraient le désir.

A côté de ce texte uniforme additionné de quelques réserves, la Conférence a fixé, pour les questions de la loi sur les effets de commerce reconnues inconciliables par les co-contractants, une série de principes bien délimités visant les conflits de lois. C'est déjà un progrès marqué sur l'anarchie des principes de lois diverses que de reconnaître une solution identique pour résoudre les conflits pouvant apparaître entre lois nationales différentes.

Cette réglementation des conflits, comme l'avaient dit les experts, peut être adoptée par les Etats qui repousseraient l'admission d'un texte uniforme dans leur législation : savoir si c'est la loi de création du titre

(1) Voyez notre étude à la *Revue de Droit International et Législation comparés*, Gand, 1929, p. 52 : Le rapport des experts-juristes à la S. D. N.

ou bien celle du lieu de paiement qui sera appelée en cas de litige, c'est déjà une assurance pour le crédit des affaires.

A défaut d'unité de principes, la référence certaine et généralisée à la loi de création du titre par exemple, peut déjà présenter un avantage de sécurité marquée pour un juge chargé de trancher un conflit de lois en cette matière. Enfin, une troisième partie de la Conférence de 1930 concerne les droits de timbre. Un effet de commerce est passible partout d'un droit fiscal proportionnel, indiqué généralement par un timbre. Il ne faut pas que l'inaccomplissement de cette formalité anéantisse la valeur même du titre endossé, car cette carence pourrait vivement affecter le crédit des affaires. Cette convention aussi, qui concerne le timbre, peut recevoir l'adhésion des Etats qui répudieraient le texte uniforme ou même les règles identiques de solution du conflit de lois. Elle autorise les Etats à décréter qu'ils suspendent la validité du titre jusqu'à ce que la formalité fiscale ait été régulièrement accomplie, mais le titre subsiste et n'est pas radicalement nul, lorsque l'apposition du timbre n'a pas été régulièrement faite. La sanction de l'inaccomplissement reste peut-être une question fiscale, mais n'entame pas le fond du droit.

Nous ne pouvons naturellement entrer dans les détails de l'examen de cette Conférence qui demanderaient de très longues explications ; nous nous bornerons à constater que cette « expérience » d'uniformisation a porté ses fruits et que l'on ne peut plus affirmer qu'elle est du monde des chimères.

Remarquons toutefois que la perfection n'est évidemment pas atteinte et que, même dans une question aussi générale pour le crédit public, l'unification tant désirée n'est parfaite ni dans son fondement, ni dans sa réalisation.

Deux éminents juristes français remarquent avec mélancolie :

— Albert Chéron, *Annales du Droit commercial*, Paris 1931, p. 45 (a).

— Jean Percerou, *même revue* 1936, page 271 (b).

a) « ...Le monde anglo-saxon entend y demeurer étranger ; et c'est
« avec peine que, sur la question des sanctions fiscales, on a pu obte-
« nir du délégué anglais une signature entourée de réserves. Quant
« aux Etats dits continentaux, ils s'en tiennent à une unification par-
« tielle, puisque leurs délégués à la Conférence de Genève ont stipulé
« la liberté, pour les législations nationales, de s'écarter de la loi uni-
« forme sur un nombre de points aussi considérable que lors de la
« précédente Conférence. Un représentant de la Chambre de Com-
« merce internationale fit bien observer que la valeur de l'unification
« diminuerait au fur et à mesure qu'augmenteraient les réserves ; et
« demandait qu'on fît les plus grands efforts pour les réduire au
« strict minimum. Mais, d'un autre côté, on faisait valoir que, si la
« Conférence admettait de nombreuses réserves, elle devait se consoler
« en pensant que la ratification de la Convention en serait d'autant
« plus facilitée ; qu'au surplus ces réserves n'auraient sans doute,
« pour la plupart, qu'une durée éphémère et s'effaceraient au fur et
« à mesure que l'expérience démontrerait les bienfaits de l'unification ».

b) « ...Malheureusement, sur le terrain des faits, il faut bien cons-
« tater que les résultats pratiques heureux de cette unification du
« droit des effets de commerce restent fort en deça de ce que l'on pou-

« vait espérer. Car, par une fortune singulière, bien caractéristique
« sur ce point particulier des contradictions et du désordre des temps
« actuels, c'est précisément au moment où, dans le domaine écono-
« mique, des entraves de toutes sortes (contingemment, altération
« des monnaies, contrôle des changes, etc...) paralysent le commerce
« international et ralentissent ou suppriment la circulation interna-
« tionale des effets de commerce, que pourtant, dans le domaine légis-
« latif, se réalise l'unification de leur régime juridique ! Cette unifi-
« cation perd ainsi, momentanément tout au moins, une bonne part
« de son utilité, et ne produira vraiment tout ses effets heureux que
« le jour — pas trop lointain, il faut l'espérer — où seront rétablies
« la liberté et la sécurité du commerce international ».

Malgré ces critiques, le résultat est quand même consacré. Tout récem-
ment, un auteur hongrois, le Dr. Bozóky-Géza, Professeur à la Faculté de
Droit de l'Université Elisabeth, à Pécs, a publié une étude très importante
sur l'unification cambiaire internationale (Nemzetközi Valtozogatások) dont voici
le résumé :

L'auteur s'est efforcé de créer une base doctrinale acceptable pour
tous les pays. Il étudie la formation historique de chaque article de la loi
uniforme et son évolution. Il tient compte de tous les congrès internatio-
naux et mouvements ayant pour but l'unification de droit du change. Il
analyse le rapport général de 1923, les projets élaborés par les experts-
juristes de la Société des Nations, les remarques des Gouvernements avant
et après les Conférences de La Haye et de Genève. Il expose les opinions
dominantes sur chaque problème du droit international. Il énumère les
ouvrages principaux relatifs à la matière et il rend compte de la pratique
judiciaire hongroise. Il mentionne les lois hongroises ou étrangères qui
ont rapport à la matière contenue dans l'article annoté, il tire des conclu-
sions en vue d'une solution pratique et indique le chemin à suivre pour
l'amélioration du droit uniforme. Il se déclare partisan de la théorie que
la lettre de change est indissolublement liée à sa cause et rejette la théorie
de l'acte unilatéral supprimant dans le principe tout rapport entre la
lettre de change et une convention précédente. L'auteur est convaincu que
l'unification véritable du droit cambiaire provient plus d'une base doctri-
nale commune que de conventions internationales adoptant un texte uni-
forme. C'est un fait connu que dans les conférences de La Haye les juristes
hongrois ont beaucoup contribué à donner une solution satisfaisante aux
questions les plus épineuses soulevées par la recherche d'une formule com-
mune. L'auteur a conjugué tous ses efforts pour arriver au même but.

Une édition française paraîtra sous peu et montrera au lecteur atten-
tif l'effort considérable réalisé par cette Conférence Internationale qui a
abouti, pour la première fois depuis que le droit romain avait perdu son
hégémonie mondiale, à créer des textes de droit privé dont l'application est
devenue internationale.

L'UNIFICATION DU DROIT RELATIF AU CHEQUE ET LE VOCABULAIRE DU DROIT UNIFORME

Par JACQUES BOUTERON

*Vice-président de la Société de Législation comparée,
Directeur des Services du Contentieux de la Banque de France*

Le mouvement en faveur de l'unification du droit relatif au chèque remonte seulement à une cinquantaine d'année ; on peut en donner deux raisons. D'une part, le chèque est lui-même d'origine relativement récente ; d'autre part, le rayonnement et le prestige de la législation anglaise, qui tient le chèque dans un état de dépendance étroite vis-à-vis de la lettre de change n'étaient pas de nature à hâter l'élaboration d'un statut propre à ce titre.

Après avoir reçu la première impulsion de l'Institut de droit international, qui suscitait successivement les conclusions de M. Asser, à Oxford, en 1880, puis le rapport et le projet de loi de son successeur, César Norsa, à Munich, en 1883, le mouvement d'unification marque un temps d'arrêt. En effet, l'Institut de droit international décidait, à sa session de Bruxelles, en 1885, d'ajourner l'étude de l'unification du droit du chèque. Il se bornait à recommander à l'attention du congrès international de droit commercial, qui devait se tenir quelques mois après à Anvers, un projet de loi uniforme sur la lettre de change. C'est à ce congrès, dû à l'initiative du Gouvernement belge, que le chèque reçoit, pour la première fois, la consécration d'un texte international officiel. L'article unique, qui lui est réservé, présente le chèque comme un prolongement de la lettre de change ; il est d'une insignifiance telle que son adoption ne soulève aucune objection. En 1888, à la deuxième session du congrès international de droit commercial, tenu à Bruxelles, le chèque élargit sa position : la faculté de barrement est même admise. Mais les deux articles qui lui sont assignés demeurent toujours en étroite union avec les dispositions de la lettre de change. Cependant, la discussion dont le chèque fait l'objet révèle dans l'assemblée, à travers des préoccupations fiscales, un souci manifeste de reconnaître à ce titre un statut juridique établi sur un fondement économique qui lui soit exclusivement propre. Le mouvement d'unification marque ensuite, jusqu'en 1910, un nouveau temps d'arrêt.

Dans l'intervalle, les textes précédemment établis demeurent sans changement, mais on note plusieurs manifestations en faveur de l'unification du droit relatif au chèque. C'est d'abord le congrès international de droit com-

paré tenu, en 1900, à Paris, et dans les travaux duquel le chèque constitue un simple épisode. Ce sont ensuite les chambres de commerce qui, après avoir inauguré leurs congrès internationaux à Turin (1905), se réunissent successivement à Milan (1906) et à Prague (1908), émettant, au cours de leurs sessions, des vœux en faveur de l'unification. Puis, en 1910, l'*International Law Association* pose, à Londres, quelques règles-type sur le chèque. Enfin, en 1912, une conférence diplomatique, annoncée dès le congrès de Prague (1908) et évoquée au congrès de Londres (1910), se réunit à La Haye, où elle reçoit les encouragements du comité permanent des congrès internationaux des chambres de commerce. Composée, exclusivement, de délégués mandatés par leurs gouvernements, elle élabore, sous forme de résolutions, un statut du chèque apparenté au type continental et inspiré de la législation autrichienne. Le texte admet à égalité le chèque barré et le chèque à porter en compte ; il rejette l'institution américaine de la certification, qui sera de nouveau écartée par la Chambre de Commerce internationale à Stockholm (1927) et par la Conférence internationale de Genève (1931).

La Conférence tenue à La Haye, en 1912, marque un étape décisive dans l'émancipation du chèque. Elle est suivie de deux congrès internationaux des chambres de commerce qui siègent successivement à Boston (1912), à Paris (1914) et dont les travaux apportent une contribution fort intéressante à l'étude de ce titre. Le mouvement d'unification subit alors, du fait de la guerre mondiale, un troisième temps d'arrêt. Dans l'intervalle, une seule manifestation, de pure forme, en faveur du chèque se produit au congrès de l'*International Law Association* tenu à Buenos-Aires en 1922. C'est seulement en 1925 et 1927 que la Chambre de Commerce internationale, récemment fondée, reprend, à ses congrès de Bruxelles et de Stockholm, l'œuvre de La Haye et lui maintient, après un essai de rapprochement avec l'Angleterre, son caractère nettement continental. En 1927, l'Institut de droit international achève, à Lausanne, sous forme de règles de conflits, l'étude du chèque, abandonnée, en 1885, à sa session de Bruxelles. Sous l'empire de préoccupations d'ordre économique, l'attention de l'Institut se porte sur le tiré dont la situation lui apparaît prépondérante. C'est ainsi qu'il décide, contrairement à la solution traditionnellement admise en matière de lettre de change, que la loi du pays du paiement du chèque déterminera si la propriété de la provision continue d'appartenir au tireur ou si elle est transmise de plein droit au bénéficiaire et aux endosseurs successifs.

Enfin, en 1931, la Conférence internationale de Genève, réunie sous les auspices de la Société des Nations, élabore, en s'inspirant des résolutions de La Haye et, sur quelques points, des résolutions de la Chambre de Commerce internationale, un statut du chèque. Conçue sur le plan continental, la loi qui en fait l'objet consacre définitivement l'autonomie de ce titre.

Comme toute œuvre humaine, comme toute œuvre législative surtout, la loi uniforme ne peut avoir atteint d'emblée la perfection et ses lacunes se révéleront à l'usage. En raison même de son origine, cette loi ne se rattache à aucune théorie générale et son domaine est strictement limité au faisceau de dispositions sur lesquelles un accord a pu s'établir. Par suite, les principes qui gouvernent la solution de cas non prévus au texte ou relatifs à des matières dont le règlement a été laissé à la discrétion des Etats, demeureront toujours peu accessibles au juge.

Malgré tout le soin avec lequel ils peuvent être préparés, des procès-verbaux de séances ne permettent que très difficilement de suivre l'évolution d'un texte donné.

Les procès-verbaux de la Conférence internationale de Genève n'échappent pas à ce reproche ; ils offrent d'abord le grave défaut de ne pas reproduire en tête de chaque discussion le texte des articles soumis aux délibérations de la Conférence et rendent ainsi peu accessibles le sens des modifications dont ces articles ont fait l'objet, ou la portée des amendements auxquels ils ont donné lieu. Les dispositions contenues dans les articles du projet établi en 1928 par le comité des experts juristes, pour servir de base aux travaux de la Conférence de Genève, ont été, en effet, soumises à plusieurs examens, à plusieurs « lectures » d'où elles sont sorties la plupart du temps profondément remaniées, tantôt déplacées, tantôt supprimées. Des amendements nombreux ont été déposés, dont l'expression, demeurée quelquefois verbale, rendait l'identification malaisée ; eux aussi ont subi des transformations fréquentes. Parfois abandonnés par leur auteur, ils étaient repris par d'autres délégués pour le compte de leurs Etats. Les propositions similaires étaient fusionnées ou, lorsqu'elles ne comportaient pas la même étendue, discutées sur la base de la proposition la plus large. Si l'accord ne pouvait se faire immédiatement, ou, tout au moins, se réaliser au cours d'une de ces suspensions de séance que le Président de la Conférence se plaisait à ménager pour faciliter la conciliation, la discussion était reportée à une réunion ultérieure. Dans l'intervalle apparaissaient soit des déficiences qui avaient échappé, soit des défauts d'adaptation à l'économie de certains pays, soit enfin des manques de concordance qui se révélaient, tantôt entre des dispositions de la loi uniforme relatives à des objets différents, mais gouvernées par un même principe, tantôt entre un article de cette loi et des dispositions similaires de la loi uniforme sur la lettre de change élaborée en 1930 à la première session de la Conférence de Genève : de nouveaux remaniements devenaient alors nécessaires. Ainsi s'explique la complexité de l'histoire de certains articles souvent disséminés dans de nombreux passages des procès-verbaux officiels ou même dans les procès-verbaux provisoires, qui nous livrent parfois une pensée surprise dans son premier mouvement.

D'autre part, les procès-verbaux, ne remontant généralement pas au delà du projet des experts juristes, renseignent imparfaitement sur l'origine, quelquefois plus lointaine, des propositions et sur les motifs qui les ont inspirées. Il est nécessaire, pour en éclairer les sens, de se reporter à des documents plus anciens, notamment aux deux Conférences antérieures de La Haye (1910 et 1912).

Enfin, les procès-verbaux de Genève sont exclusivement publiés en anglais ou en français, c'est-à-dire rédigés dans des langues qui, chacune, au point de vue national, sont celles d'une minorité de délégués. Or, l'expérience des conférences montre combien est périlleuse la transposition, dans la langue juridique d'un pays, de la sténographie d'exposés abstraits, généralement improvisés en séance, surgissant d'une manière déconcertante au milieu des débats et n'ayant souvent avec la discussion en cours qu'un rapport très éloigné, parfois même difficile à saisir. Il en est ainsi notamment des déclarations auxquelles ces exposés donnent lieu, lorsqu'elles émanent de délégués peu familiarisés avec le langage juridique des pays dont le vo-

cabulaire leur est imposé s'ils n'aiment mieux se servir de leur langue maternelle, sauf à s'exposer, dans ce cas, aux risques d'une traduction obligatoirement faite dans les deux langues admises par la Société des Nations.

Les difficultés auxquelles se heurte le commentateur dans l'interprétation des comptes-rendus des conférences internationales ne découvrent que l'un des aspects du problème général de l'unification législative. L'expérience nous a suggéré, à cet égard, quelques réflexions dont le thème ne surprendra pas les comparatistes : elles ont trait plus particulièrement à la divergence des conceptions nationales et à la diversité des langues appelées à les traduire dans un texte uniforme.

Dans chaque Etat, le vocabulaire juridique est emprunté au langage vulgaire et composé de termes dont la signification, nourrie par la jurisprudence, s'est progressivement écartée du sens usuel pour se spécialiser, parfois même pour se diversifier avant de connaître la désuétude ⁽¹⁾. Ainsi, lorsque la loi française sur le chèque énonce, sous l'article 1^{er}, que les fonds détenus par le tiré pour le compte du tireur doivent être *disponibles*, ce terme n'est pas synonyme d'*exigibles* au sens où ce mot est entendu dans le droit des obligations. Choisi pour caractériser la créance dans le plus haut état de maturité, il qualifie des fonds qui ont fait, entre le tireur et le tiré, l'objet d'une convention expresse ou tacite en exécution de laquelle ils peuvent être recouvrés par chèque. De même, on peut citer, comme exemple de diversification, les termes de *tiers* et de *bonne foi* dont le sens, déjà spécialisé dans le droit français, varie néanmoins suivant les situations juridiques auxquelles ils se réfèrent.

Le dédoublement qui s'opère ainsi dans la signification des mots, au sein d'un même idiome, donne naissance à une véritable langue étrangère dont la connaissance imparfaite peut conduire l'interprète à fausser la portée d'un texte législatif ou à en ruiner l'équilibre.

Déjà ardue, lorsqu'il s'agit de la préparation de la loi interne, la tâche devient singulièrement complexe lorsqu'il s'agit de l'élaboration d'une loi internationale ⁽²⁾, applicable à plusieurs Etats dont le langage juridique, fût-il même commun, peut ne pas être entendu par eux avec la même acception. C'est ainsi qu'en matière cambiaire, la jurisprudence belge interprétait le Code Napoléon, en vigueur dans ce pays, tout autrement que la jurisprudence française : mais la loi belge du 20 mai 1872 (art. 4 à 6) s'est, au contraire, décidée en faveur de la thèse française ⁽³⁾ ⁽⁴⁾.

(1) A la conférence de la lettre de change, en 1930, M. Gutteridge, faisant allusion à une proposition scandinave qui tendait à utiliser le mot « cambial », déclara que ce mot était tout à fait périmé en Angleterre (C. 360. M. 151. 930. II., p. 304).

(2) Ainsi, on ne saurait impunément introduire dans une loi internationale un mot correspondant à une institution qui n'a pas d'équivalent dans l'un des Etats contractants. On peut citer, comme exemple, le terme français « faillite » qui n'a aucun sens dans la langue juridique anglaise et qu'on traduirait vainement par « has failed ». Dans le cas même où l'institution considérée existerait dans tous les Etats contractants, il se peut que le terme servant à la désigner dans l'un d'eux ne se prête pas à une traduction purement littérale pour être entendu, avec le sens convenable, dans un autre Etat. C'est le cas du billet à ordre qui existe en Allemagne sous la dénomination de « Eigener Wechsel ».

(3) D'après les dispositions de cette loi, le porteur a un droit exclusif à la provision qui existe entre les mains du tiré lors de l'exigibilité de la traite, sauf l'application des règles de nullité des actes faits par le failli avant le jugement déclaratif.

(4) On peut citer, également, parmi les expressions juridiques communes à deux Etats, le mot « jurisprudence », terme qui désigne, en Angleterre, la doctrine et, en France, l'ensemble des décisions rendues par les tribunaux.

Pour être véritablement complète, l'unification doit satisfaire à une double condition. D'une part, elle doit porter sur les caractères internes et externes de l'institution à unifier. D'autre part, la loi, dont les dispositions sont appelées à consacrer l'unité, doit relever d'une conception telle qu'elle soit indistinctement accessible, dans sa lettre comme dans son esprit, à la collectivité unificatrice.

Il nous suffira de rappeler les principes dont s'inspirent les divers systèmes législatifs pour constater, à ce double point de vue, qu'en matière cambiaire, notamment dans le droit du chèque, ces exigences sont loin d'être satisfaites.

Le chèque est une institution gouvernée, dans les pays où il a été pourvu d'un statut, par des règles de forme et de fond dont la disparité révèle des divergences de vues profondes. Cédant à leur inclination pour les conceptions abstraites dont le droit romain leur offrait le modèle, les pays germaniques ont calqué l'institution du droit de change sur la stipulation romaine qui, dans son état le plus ancien, tirait son efficacité, non de la fourniture d'une prestation préalable, mais du seul prononcé de paroles sacramentelles. Les Allemands ont été conduits à construire l'instrument de change sur une armature purement littérale. Conçu par eux comme un titre abstrait, étranger à la convention (vente, emprunt, etc.), à l'occasion de laquelle il a été mis en circulation, il emprunte sa force à la seule vertu du texte prescrit par la loi.

Lorsque le tireur a souscrit une promesse de paiement au profit du porteur, celui-ci n'est fondé à se prévaloir, ni des conventions qui ont permis au tireur d'émettre l'effet, ni des moyens sur lesquels il compte pour procurer l'exécution de son obligation. Suivant l'expression de Thaller, que nous suivons ici, on ne doit pas sortir du titre pour apprécier sa valeur obligatoire.

Dans la législation française, au contraire, la lettre de change ne repose pas sur une conception abstraite. La convention génératrice de la mise en circulation du titre, dont elle constitue la base, demeure indissolublement liée à l'instrument de change : elle atteste la préexistence des liens qui unissent les signataires entre eux. Sans doute, cette convention peut-elle être paralysée dans quelques-uns de ses effets, notamment en ce qui concerne l'exercice des exceptions, par le mécanisme de l'acceptation et de l'endossement, mais, loin de s'effacer devant le titre, elle lui communique sa propre substance, accroissant ainsi les prérogatives du porteur à l'égard du tiré. Dans la conception française, l'interposition d'un instrument de change pour assurer l'exécution d'une obligation relevant du droit commun ne tend pas à la dissocier de la convention d'où elle procède, mais à fournir au créancier un mode de transmission de son droit et un moyen de contrainte dont cette obligation n'était pas originellement munie.

On aperçoit aisément les conséquences qui découlent des deux systèmes allemand et français. Dans le premier système, auquel se rattache le droit anglo-américain, le législateur élimine du statut du change toute disposition susceptible de conférer au porteur un droit puisé dans la convention passée entre le tireur et le tiré et en exécution de laquelle un instrument de change a été créé. Par suite, en cas de non paiement, le porteur ne peut exercer de recours que contre les endosseurs et le tireur, à l'exclusion de toute action contre le tiré. De même, ne disposant d'aucun droit privilégié

sur la somme investie dans le titre, le porteur, en cas de faillite du tireur, vient en concours avec les créanciers de celui-ci et ne peut prétendre qu'à un dividende.

Dans le deuxième système, ce sont les solutions opposées qui doivent être admises. En vertu de la transmission au porteur des droits sur la provision, c'est-à-dire sur la créance née du contrat qui a déterminé la création de l'effet, le porteur est muni d'une action directe contre le tiré et il exerce un droit privatif sur la somme investie dans le titre en cas de faillite du tireur.

Quelle que soit la diversité des motifs dont ils s'inspirent, les principes, en vertu desquels la législation allemande et la législation anglo-américaine refusent au porteur tout droit sur la provision, conduisent cependant à des résultats rationnels lorsqu'on envisage uniquement le chèque dans sa fonction prédominante d'instrument de retrait de fonds.

Le défaut de la législation française et des législations similaires est d'avoir soumis à un même statut un instrument auquel elle reconnaît l'aptitude à réaliser indistinctement soit un retrait de fonds, soit un transfert de créance.

Cette dualité d'objet ne saurait se traduire dans des prescriptions légales identiques. Lorsque le chèque fait office d'instrument de retrait de fonds, il est généralement tiré sur un banquier. Le preneur ne se préoccupe pas de savoir à la suite de quelle opération le tireur a pu lui délivrer un chèque sur la caisse du tiré dont la trésorerie doit indistinctement assumer tous les engagements. Seule, la personnalité du tireur lui importe à l'exclusion de celle du tiré qui demeure, à ses yeux, un simple caissier du tireur. Par contre, lorsque le chèque réalise un transfert de créance, le tireur, en contrepartie de la valeur fournie par le preneur — le plus souvent un banquier — remet à celui-ci un chèque représentant une créance sur un tiers qui, généralement, ne fait pas, comme dans l'hypothèse précédente, profession de recevoir des fonds en dépôt. Par suite, le preneur ne saurait se désintéresser de l'origine de la provision servant de fondement à l'émission du chèque, puisque l'efficacité du titre, dont il est porteur, est liée au sort de l'opération qui a rendu le tireur créancier du tiré.

Ainsi, on peut considérer, avec une approximation suffisante, qu'on est en présence d'un chèque destiné à réaliser un retrait de fonds ou un transfert de créance suivant que le banquier intervient comme tiré ou comme preneur.

Dans le premier cas, il suffit au législateur, pour approprier le chèque à son but, d'assortir ce titre de garanties telles que celles qui résultent de l'opposabilité des exceptions, de la solidarité des signataires et, peut-être, d'une faculté de révocation limitée. Il convient, en outre, dans cette hypothèse où la caisse du tiré constitue le prolongement de la caisse du tireur, d'affirmer les prérogatives du chèque comme instrument de liquidation et de restreindre la possibilité d'une remise de place à place en ne concédant au porteur qu'un bref délai de présentation au paiement. Dans le second cas, au contraire, où le chèque opère un transfert de créance, le législateur doit admettre la remise de place à place et accorder au porteur un délai de présentation raisonnable. Par voie de conséquence, il devient nécessaire de fortifier la position du preneur et des porteurs successifs en leur conférant un droit privilégié sur la provision.

Les considérations qui précèdent permettent de comprendre pourquoi la conception hybride du chèque, telle qu'elle se présente en France, au point de vue économique, s'opposait, dans ce pays, à l'établissement d'un système légal consacrant exclusivement la fonction dominante de ce titre, qui est celle d'un instrument de retrait de fonds.

En ne répudiant pas la conception du chèque comme instrument de transfert de créance et en attribuant au contraire un droit au porteur sur la provision, le législateur français prenait implicitement parti sur des questions connexes, notamment sur le point de savoir si le porteur peut requérir du tiré un paiement partiel ou encore, comme nous allons l'indiquer, dans quelle mesure le tireur est fondé à révoquer le mandat de paiement faisant l'objet du chèque mis en circulation.

Les législations sont, en effet, divisées — et c'est là une deuxième cause de divergence de vues d'ordre interne — sur la nature du mandat contenu dans le chèque.

Les pays s'inspirant du système anglo-américain, ainsi que les pays nordiques, considèrent le chèque comme un mandat de payer susceptible d'être révoqué à n'importe quel moment. D'après ce système, la garantie contre une révocation faite au préjudice du porteur consiste à infliger des dommages-intérêts au tireur et à le frapper de sanctions pénales. Selon le système français de la provision, le porteur, par l'acquisition du chèque, est investi d'un droit direct envers le tiré qui, par conséquent, ne doit pas, sauf dans quelques cas exceptionnels, se conformer à l'ordre de révocation du tireur, que cet ordre ait été donné antérieurement ou postérieurement à l'expiration du délai de présentation. Si, néanmoins, il s'y conforme, il pourra être tenu à des dommages-intérêts envers le porteur. La loi allemande et les pays qui, en cette matière, ont adopté les mêmes principes, consacrent un système intermédiaire. Ces lois stipulent que la révocation pourra avoir lieu avant l'expiration du délai de présentation, mais n'aura d'effet qu'après l'expiration de ce délai. Comme ces lois ne reconnaissent au porteur aucun droit contre le tiré, celui-ci ne risque pas, en général, de subir les conséquences fâcheuses auxquelles il s'exposerait s'il obéissait volontairement à un ordre de révocation.

Une troisième cause de divergence de vues d'ordre interne se manifeste à propos des délais de présentation et de prescription du chèque dont l'étendue est déterminée, dans la législation de chaque Etat, en tenant compte des facilités de transport ou d'accès.

Il convient également de signaler les exigences de certaines législations en ce qui concerne la profession du tiré. Ainsi, l'Angleterre, faisant prédominer dans le chèque le caractère d'instrument de liquidation, a restreint la capacité passive aux banquiers. Sans adopter, comme les pays germaniques, une solution aussi radicale, la France en a limité l'application au chèque barré.

Nous arrêterons ici la liste de ces exemples dont nous n'avons retenu que les plus caractéristiques. Nous citerons seulement pour terminer, à titre de mémoire, quelques dispositions qui ont connu des fortunes diverses : le chèque nominatif de la loi française, qui n'est pas sans analogie avec le chèque de la loi allemande revêtu de la *Recta Klausel*, le chèque barré de la loi anglaise, le chèque *Nur zur Verrechnung* de la loi allemande, les clauses *not negotiable* et *account payee* de la loi anglaise, le chèque certifié de la

loi américaine, et son diminutif, le chèque confirmé des législations germaniques, l'aval par acte séparé de la loi française, l'exigibilité immédiate du chèque postdaté de la loi allemande, la procédure d'amortissement des législations germanique et italienne, la force exécutoire attribuée à l'instrument de change en Italie, et, dans la même législation, la faculté de substituer au protêt une déclaration du tiré.

La variété des moyens utilisés pour caractériser extérieurement les instruments cambiaux montre que la diversité de conception des Etats s'affirme également en matière formelle.

Bien que les instruments de change circulent depuis de longues années dans la majeure partie du globe et que cette circonstance ne soit pas étrangère à de nombreux traits de ressemblance de forme, on peut distinguer, entre les Etats, une différence de conception capitale sur le mode d'extériorisation du titre. Les législations allemande et française offrent, à cet égard, un contraste frappant. Tandis que l'Allemagne exige sur le titre l'insertion du mot *Scheck*, la France considère comme chèque, au point de vue externe, tout écrit dont la rédaction n'est pas exclusive d'un paiement exigible à première réquisition.

En réalité, les divergences de vues que nous observons, en matière de chèque, dans le choix des règles de forme et de fond qui constituent la règle particulière de cette institution, révèlent un désaccord profond sur le fondement même de l'idée de loi.

Cette constatation ne doit pas surprendre. Il en va de la langue du droit comme du langage vulgaire. Les concepts disséminés dans le vocabulaire juridique d'un Etat sont comparables à des prismes. L'âme de tout un peuple les pénètre sous l'indice de réfraction propre à son génie. Elle y enferme avec elle des manières de sentir, de comprendre, de juger, d'agir, voire même des croyances, c'est-à-dire autant d'éléments dont l'action conjuguée imprime à l'œuvre législative et à ses diverses parties un caractère spécifiquement national ⁽⁵⁾.

Envisagées de ce point de vue, les législations peuvent se répartir, avec une approximation suffisante, mais sans que cette distinction ait un caractère absolu, en deux groupes de tendance libérale ou de tendance formaliste, suivant les affinités du tempérament national pour l'esprit de synthèse ou l'esprit d'analyse.

Dans le premier cas, la loi contient seulement des dispositions de principe habituellement traduites dans un langage dépourvu de tout appareil scientifique et facilement accessible. Elle s'exprime en formules générales dont l'interprète déduit les solutions particulières. Dans le second cas, usant plus volontiers, sous le couvert d'exigences techniques, d'une terminologie quelque peu fermée, la loi énonce la solution des espèces les plus fréquentes, laissant à la jurisprudence le soin de résoudre par analogie les espèces similaires. Les lois s'inspirant de la méthode analytique emploient plutôt la forme impérative qui ordonne. Les lois qui s'inspirent de la méthode synthé-

(5) François Bacon exprimait une pensée analogue lorsqu'il écrivait dans son traité théorique et pratique de droit international privé : « C'est dans la nature qu'est la vraie source de la justice et de la vérité d'où découlent toutes les lois civiles; et comme l'eau prend la couleur et le goût des diverses couches de terrains à travers lesquelles elle coule, de même les lois civiles diffèrent avec les pays et avec les gouvernements, quoiqu'elles aient une source commune. »

tique emploient de préférence le mode didactique qui explique. Dans les premières, le texte reproduit couramment toutes les dispositions nécessaires à leur application, même si quelques-unes de ces dispositions sont empruntées à des lois différentes. Les autres, au contraire, se bornent le plus souvent, dans ce cas, à un simple renvoi ; parfois aussi, elles ne contiennent aucune référence et ce silence rend les suppléances de textes d'un maniement délicat.

Chacune de ces tendances trouve son expression dans les législations allemande et française, dont la première s'apparente au système formaliste et la seconde au système libéral.

En considérant les caractères spécifiquement nationaux de la législation générale comme de la législation cambiaire de ces deux pays et en observant que c'est dans ce double cadre que ces systèmes sont déjà virtuellement préfigurés à des degrés divers, on s'explique aisément les difficultés qui se dressaient devant le législateur de Genève comme elles s'étaient déjà dressées devant ses prédécesseurs.

Nous avons montré, à titre d'exemple, comment avait été organisé, en Allemagne et en France, le statut interne du chèque et quel souci inégal d'extériorisation les législations de ces deux pays avaient manifesté dans l'établissement du statut formel de ce titre. Loin de sacrifier leurs propres tendances, dont les réserves soulignent l'irréductibilité, on doit constater que l'esprit particulariste, dans lequel s'est poursuivie, jusqu'à Genève, la collaboration des différentes nations, a permis au formalisme, comme au libéralisme, de conserver sensiblement intactes leurs positions premières.

L'œuvre accomplie à Genève apparaît, au terme de cinquante années de labeur international, comme un acte de compréhension mutuelle, digne d'être encouragé. Elle répond à un besoin incontestable du commerce et constituera un progrès notable dans les rapports économiques entre nations. Cette œuvre n'est pas à l'abri des critiques et les délégués qui ont concouru à son élaboration n'ignorent pas ses causes de faiblesse. Quelque opinion qu'on porte sur la loi uniforme, nous estimons qu'elle est parfaitement viable et qu'elle peut soutenir avantageusement la comparaison avec certaines lois actuellement en vigueur. Les revisions périodiques, auxquelles il conviendra de soumettre cette loi, permettront, sans aucun doute, d'assurer son adaptation progressive et de maintenir l'unité d'interprétation des cours suprêmes appelées à statuer sur ses dispositions. Au surplus, nous croyons que, sous l'influence du temps, les Etats contractants élimineront eux-mêmes, de leur législation interne, la plupart des réserves qui auront été originellement l'une des conditions de leur adhésion à la convention de Genève.

SECTION III

LE DROIT AGRAIRE

AUGE-LARIBE, *L'Institut International d'Agriculture.*

(Publié dans le Tome I^{er}, Deuxième Partie, Titre IV, Chapitre I^{er}, § 50).

SECTION IV

LE DROIT DES COMMUNICATIONS ET DES TRANSPORTS

DE HOSTIE, *L'organisation des communications et du transport de la Société des Nations et le Droit Comparé.*

MEYER, *L'Union Internationale des Télécommunications.*

OFFICE CENTRAL DES TRANSPORTS INTERNATIONAUX PAR
CHEMINS DE FER.

(Ces deux dernières contributions publiées dans le Tome I, Deuxième Partie, Titre IV, Chapitre I^{er}, §§ 52 et 53).

L'ORGANISATION DES COMMUNICATIONS ET DU TRANSIT DE LA SOCIÉTÉ DES NATIONS ET LE DROIT COMPARÉ

Par J. DE HOSTIE

*Conseiller Juridique du Ministère des Affaires Étrangères de Belgique
Membre du Comité Juridique Permanent des Communications
et du Transit de la Société des Nations
Secrétaire Général de la Commission Centrale pour la Navigation du Rhin.*

Il ne serait guère possible de donner en quelques pages un aperçu d'ensemble de l'activité de l'Organisation des Communications et du Transit. La difficulté ne se trouverait pas sensiblement amoindrie si, ne retenant de cette activité que l'aspect juridique, l'on avait le souci de faire un tableau tant soit peu complet.

C'est que le droit des communications est une grosse part du droit des gens ; c'est aussi qu'il est très complexe étant encore très morcelé. Sa synthèse qui, dans une mesure raisonnable, paraît fort à souhaiter est précisément un des objets que l'Organisation se propose ; mais cette œuvre de longue haleine en était encore à ses débuts lorsque la crise économique et les secousses politiques sont venues l'arrêter. Visant plus haut qu'à satisfaire des besoins immédiats, elle devait paraître trop ambitieuse pendant les années de misère et de découragement que nous venons de traverser.

Bornons-nous donc à faire un inventaire de ce qui, dans l'activité juridique de l'Organisation des Communications et du Transit intéresse particulièrement le droit comparé. De la sorte, notre modeste contribution à ce recueil aura du moins le mérite de se rattacher très étroitement à la pensée directrice de ceux qui en ont eu l'heureuse initiative.

**

Avant d'entrer en matière, il est nécessaire, en guise d'introduction, de dire quelques mots sur le but, la méthode et la composition de l'Organisation des Communications et du Transit.

Remontant le cours des seize années qui nous séparent de la naissance de celle-ci, nous trouvons à son origine dans les procès-verbaux de la Conférence de Barcelone, un remarquable exposé de M. le Jonkheer van Eysinga. Pour éclairer le lecteur sur les convictions et les espoirs des fonda-

teurs de l'institution, nous ne pouvons mieux faire que de citer les paroles du savant juge :

« On peut très bien s'imaginer que l'œuvre que nous entreprenons, afin de garantir la liberté des communications et du transit, ait été entreprise avant 1914. L'organisation des communications et du transit aurait alors probablement porté le nom d'*union* ; mais les organes de cette union, par exemple, la Conférence, se réunissant périodiquement, et la Commission consultative auraient été les mêmes que ceux que prévoit pour notre organisation la résolution de l'Assemblée de la Société des Nations du 9 décembre 1920 ; la tâche aurait été également la même que celle qu'on a imposée à notre organisation.

Est-ce qu'il faut en tirer cette conclusion que la Société des Nations ne nous a apporté rien de nouveau. Que tout est resté comme avant 1914 ? Je ne le crois pas. Il me semble, au contraire, que c'est sur les éléments nouveaux dus à la seule existence de la Société des Nations que nous devrions concentrer toute notre attention. Ces nouveaux éléments sont de nature technique aussi bien que de nature idéale.

En ce qui concerne le côté technique, on peut signaler le contrôle salubre que peut exercer la Société des Nations pour éliminer des conflits de compétence entre les différentes organisations parmi lesquelles se trouve la nôtre. Avant 1914, le nombre toujours augmentant d'unions internationales et de conventions collectives donnait souvent lieu à la possibilité d'empiètement d'une de ces unions ou conventions sur le terrain d'une autre. L'exemple classique de ces empiètements a été, si je ne m'abuse, la Conférence pour la protection des vies humaines en mer, qui a failli empiéter sur le terrain de trois autres unions : celle pour la codification du droit maritime, celle pour la radiographie et celle pour la police maritime.

A côté du problème ancien du conflit des lois, le monde assistait ainsi au nouveau problème du conflit des unions internationales et ce problème risquait de devenir d'autant plus préjudiciable que l'organe qui aurait pu résoudre ces conflits faisait absolument défaut. Eh bien ! cette organisation existe maintenant. La résolution de l'Assemblée du 8 décembre dernier, sur les rapports des organisations techniques avec le Conseil et l'Assemblée, tout en laissant à ces organisations l'autonomie nécessaire — ce qui, d'ailleurs, est très heureux — donne au Conseil et à l'Assemblée un droit de contrôle sur les travaux de ces organisations, droit qui, à l'avenir, pourra prévenir les conflits fâcheux dont je viens de vous parler. Voilà un premier avantage que nous devons uniquement à l'existence de la Société des Nations.

Il y en a d'autres. Avant 1914, chaque union était obligée de construire de toutes pièces son organisation. Ce n'était souvent pas facile. Aujourd'hui, la Société des Nations met à notre disposition sa propre organisation. C'est ainsi que nous bénéficions du concours précieux du Secrétariat de la Société des Nations et, sachant qu'il y a une juridiction de la Société des Nations toujours prête à résoudre les différends entre les membres de notre organisation, ceux-ci régleront probablement leurs difficultés à l'amiable. L'avantage dont il s'agit ici est d'autant plus grand que la Société des Nations n'a nullement l'intention de faire table rase de tout ce qui existait déjà dans le domaine de l'organisation internationale, mais que, au contraire, elle laisse complètement intactes les institutions existantes :

le projet de convention sur les chemins de fer et celui sur les voies navigables, par exemple, sont des preuves de cette politique très sage, la seule qui soit pratique, du reste.

Mais tous ces avantages d'ordre technique sont dépassés de beaucoup par le grand avantage moral que peut nous apporter la Société des Nations. Ce grand organisme, qui embrasse un nombre toujours croissant de Membres, nous a facilité notre tâche en nous indiquant d'une façon très précise le but vers lequel nous devons nous diriger, c'est-à-dire la liberté des communications et du transit. Au moment même où le monde avait pu sonder l'effet désastreux de l'absence presque absolue de la liberté des communications et du transit, il s'est régénéré et nous a montré le nouveau chemin à suivre. Je crois, en effet, Messieurs, que nous sommes plus riches que nous ne l'étions avant 1914, en tant que nous possédons maintenant le précieux précepte de l'article 23 du Pacte. Ne l'oublions jamais. »

★ ★

Promouvoir, selon l'article 23 e) du Pacte, la liberté des communications avec son corollaire l'égalité de traitement et plus particulièrement, mais non exclusivement, la liberté du transit, tel a été, tel demeure, le but de l'institution.

Ce but, il faut toujours le rappeler, est très différent de celui que le même article du Pacte propose à l'activité de la Société en matière économique et financière, à savoir l'équitable traitement du commerce. Cette différence fondamentale explique et justifie le large besoin d'autonomie qui est une des caractéristiques essentielles de l'Organisation des Communications et du Transit. La liberté des communications n'est pas une espèce du genre liberté du commerce. Ce n'est pas une application particulière de la doctrine économique libérale. C'est tout autre chose. La liberté des communications est une norme juridique, réalisée dès à présent dans une certaine mesure par le droit des gens coutumier et conventionnel et proposée à la pratique des Etats comme principe de droit désirable, quelles que soient, par ailleurs, les tendances libérales ou anti-libérales de leur politique, économique et financière.

La liberté des communications est, si l'on veut bien nous permettre le recours à des analogies boiteuses, mais moins infirmes qu'il ne paraît à première vue, comme une neutralisation, comme une mise hors commerce pour cause d'intérêt général, des communications internationales. « Fermez vos frontières à l'importation et à l'exportation si vous jugez, à tort ou à raison, que cela est conforme à votre intérêt national, mais n'entravez pas le transit et, si vous entendez faire du protectionnisme, faites-le directement plutôt que de le faire indirectement au moyen des communications », ainsi s'énonce, en un raccourci forcément outré, la doctrine spéciale dont la liberté des communications est l'expression juridique.

Il résulte de la comparaison du quatrième projet du Président Wilson ⁽¹⁾ avec le projet britannique ⁽²⁾ que le mérite de l'introduction dans le Pacte de la distinction entre la liberté des communications et l'équitable

(1) D.-H. Miller : « The drafting of the Covenant, Vol. II, p. 154, article suppl. X.

(2) Ibid p. 107, article 1 (v.).

traitement du commerce revient à la Grande-Bretagne dont le projet avait, toutefois, le tort de se borner à parler du transit.

Il ne faut, d'ailleurs, pas exagérer la rigueur de la distinction. Notamment si, dans une matière donnée (c'est le cas, par exemple, en matière de tarifs de chemins de fer), le principe de liberté des communications ne se trouve réalisé que d'une faible manière, il est légitime de faire appel à titre subsidiaire à la notion d'équitable traitement du commerce ⁽³⁾.

Laisser complètement intactes les organisations existantes et même ne pas aspirer au monopole des créations nouvelles, mais veiller à la coordination des efforts en éliminant les conflits de compétence et, le cas échéant, en comblant les lacunes, telle est, en quelques mots, la méthode préconisée, nous l'avons vu, par les fondateurs de l'Organisation et à laquelle celle-ci est constamment demeurée fidèle.

Non point que cette méthode fût la meilleure ; il eût été beaucoup plus rationnel au point de vue de l'efficacité comme au point de vue budgétaire, de réunir sous l'autorité effective d'organes centraux toutes ces créations interétatiques particulièrement nombreuses en matière de communications qui existaient déjà avant le Pacte et d'exclure toute création nouvelle indépendante. L'article 24 du Pacte aux termes duquel :

« 1. — Tous les bureaux internationaux antérieurement établis par traités collectifs seront, sous réserve de l'assentiment des parties, placés sous l'autorité de la Société. Tous autres bureaux internationaux et toutes commissions pour le règlement des affaires d'intérêt international qui seront créés ultérieurement seront placés sous l'autorité de la Société.

2. — Pour toutes questions d'intérêt international réglées par des conventions générales, mais non soumises au contrôle de commissions ou de bureaux internationaux, le Secrétariat de la Société devra, si les parties le demandent et si le Conseil y consent réunir et distribuer toutes informations utiles et prêter toute l'assistance nécessaire ou désirable.,

3. — Le Conseil peut décider de faire rentrer dans les dépenses du Secrétariat celles de tout bureau ou commission placé sous l'autorité de la Société. »

eût donné à une politique raisonnablement centralisatrice une base juridique indiscutable et peut-être, dans certains cas, eût-il été possible et, partant, désirable, d'agir d'une manière un peu plus constructive.

Néanmoins, dans une large mesure, la politique suivie était imposée par les réalités de la vie internationale : psychologie des administrations nationales jalouses de la priorité à laquelle elles prétendaient à l'encontre de la Société des Nations en raison de la convocation dans le passé de telle ou de telle conférence par leur Etat, psychologie des administrations internationales existantes, soucieuses de sauvegarder leur indépendance à l'égard de la Société ; psychologie des hommes d'affaires redoutant l'intervention croissante des pouvoirs publics et ne voyant pas que, du point de vue même de leur intérêt, l'antidote à cette intervention devait être cherché dans un renforcement de la collaboration entre Etats.

Pour faire sentir du doigt ces obstacles, nous ne pouvons mieux faire que de citer la résolution suivante prise en 1926 encore par la Conférence internationale des armateurs :

(3) Cfr. Article 20 du Statut annexe à la Convention Générale sur le Régime international des voies ferrées, Genève 9-12-1923.

« La Conférence internationale des armateurs, qui représente l'industrie des transports maritimes dans le monde entier,

1° Constate avec une vive inquiétude le développement rapide et la multiplication des organisations internationales représentant à la fois les gouvernements ainsi que le commerce et d'autres intérêts, car ce développement implique un empiètement inutile sur l'activité de ceux qui sont directement chargés de diriger l'industrie et le commerce, et absorbe une partie excessive du temps dont ils disposent ;

2° Est disposée à coopérer avec la Société des Nations en vue d'assurer et de maintenir la liberté des communications et du transit, ainsi que le traitement équitable du commerce de toutes les nations, mais est d'avis que l'activité de la Société, en ce qui concerne les questions maritimes, devrait être limitée à ces objets ;

3° Pour atteindre les fins susdites il est essentiel que :

1. — La Commission de la Société qui s'occupe des questions maritimes soit constituée de façon à représenter pleinement les Gouvernements des principales puissances maritimes du monde, ainsi que les personnes qui se livrent au commerce maritime ;

2. — Cette Commission reconnaisse que la tâche qui lui incombe est une œuvre de coordination et s'en remette aux organisations techniques pour la suggestion, la préparation et l'élaboration de propositions ;

4° Estime en outre que, pour atteindre lesdites fins, il faudrait continuer à profiter le plus complètement possible de la collaboration du Comité maritime international et de la Conférence diplomatique maritime de Bruxelles, pour toutes les questions de droit international maritime, ainsi que de la collaboration des conférences spéciales des Gouvernements des puissances maritimes sur les questions techniques concernant les transports maritimes, telles que la Conférence de Londres de 1914. »

La politique suivie, toute de souplesse et faite avant tout de contacts personnels, était forcément lente.

Elle commençait à porter ses fruits lorsque la crise ou plutôt les mesures budgétaires néfastes ⁽⁴⁾ dont celle-ci fut la cause ou le prétexte, la mort de M. Romein, membre de la Section des Communications et du Transit du Secrétariat de la Société des Nations, à la féconde activité duquel on n'a pas assez rendu hommage, le départ du Japon et surtout de l'Allemagne, auxquels le statut de l'Organisation permettait pourtant de rester membres de celle-ci, enfin le décès de M. Haas, Directeur de la Section, vinrent démentir les espérances que légitimaient ces prémices.

Disons en passant que les choses eussent sans doute pris une tournure différente si les Etats-Unis, qui s'étaient fait représenter à la III^e Conférence Générale des Communications (1927), s'étaient alors décidés à entrer dans l'Organisation.

Quoi qu'il en soit, même mise en veilleuse, celle-ci demeure et tous les espoirs restent permis tant que la continuité de l'œuvre est assurée et que l'Organisation subsiste dans ses traits essentiels.

Quant à la composition, il suffit, pour l'intelligence de ce qui va suivre, de retenir que, selon son statut actuel, l'Organisation comprend des Conférences Générales périodiques, un organe central permanent dénommé

Commission Consultative et Technique des Communications et du Transit (C.C.T.) et un certain nombre de Comités, les uns permanents, les autres temporaires ⁽⁵⁾.

★ ★

(4) Voir 17^e session (1932), p. 21.

(5) Au moment où nous écrivons, la réforme de l'Organisation est en cours. Il n'est pas probable que les traits essentiels de celle-ci s'en trouvent affectés.

Esquissons maintenant en quelques mots le plan de l'inventaire auquel nous allons procéder.

Partant du principe fondamental de la liberté des communications, nous parcourrons successivement les groupes suivants de questions :

1. — Droit public.

- a) Questions générales,
- b) Conditions du travail,
- c) Subsidés et impôts directs,
- d) Impôts indirects et statistiques de transport,
- e) Nationalité et identité des engins de navigation,
- f) Police des communications,
- g) Autres questions de droit pénal.

II. — Droit privé.

Les diverses branches des communications seront traitées dans l'ordre suivant :

- 1° Navigation maritime,
- 2° Chemins de fer,
- 3° Navigation fluviale,
- 4° Navigation aérienne,
- 5° Circulation routière,
- 6° Energie électrique.

Bien entendu, l'Organisation des Communications et du Transit ne s'est pas désintéressée des autres branches des communications (postes, télécommunications), mais l'examen de son activité à cet égard n'a pas porté sur des problèmes rentrant dans le cadre limité de cette étude.

..

I. — DROIT PUBLIC

a) *Questions générales :*

Nous entendons par là à la fois des complexus de problèmes qu'il serait malaisé de dissocier et des problèmes particuliers touchant plus directement au principe même de la liberté des communications.

Il va de soi que la préparation, l'application et l'interprétation des Conventions Générales a soulevé et soulève encore de multiples questions de droit comparé. Nous devons nous borner à cet égard à rappeler que ces Conventions Générales portent sur la Liberté du Transit, les Voies d'Eau d'intérêt international (Barcelone, 20 avril 1921), les Chemins de fer et les Ports Maritimes (Genève, 9 décembre 1923).

La liberté de la navigation maritime résulte, on le sait, en ce qui concerne la haute mer, du droit coutumier. Il en est de même à l'égard de la mer territoriale, mais l'accord n'est pas complet sur l'étendue de celle-ci et, la situation étant plus complexe, les détails du régime sont parfois controversés.

En vue de la préparation de la première Conférence de Codification du droit international, la résolution suivante, au sujet de laquelle bien des réserves devraient être faites, avait été prise par la C. C. T. (13^e session (1929), Annexe 17, p. 99) :

« La Commission consultative et technique des communications et du transit,

Ayant pris acte de l'inscription de la question eaux territoriales dans le projet d'ordre du jour de la première Conférence pour la codification progressive du droit international, et se plaçant exclusivement au point de vue de l'intérêt des communications et du transit,

Attire l'attention de la Conférence sur les points suivants dont il lui paraît souhaitable que tienne compte la codification du droit international :

a) L'Etat doit, dans l'exercice de sa souveraineté, respecter les limitations imposées par le droit international ;

b) Le navire qui ne fait que traverser les eaux territoriales doit jouir de la plus grande liberté possible ;

c) Les eaux territoriales doivent être limitées aussi étroitement que possible ;

d) Un Etat, même à l'intérieur de ses eaux territoriales, ne doit pas s'immiscer dans les droits, devoirs et obligations des personnes qui se trouvent à bord d'un navire étranger découlant de la loi du pavillon de ce navire ;

e) L'Etat doit être tenu responsable de l'atteinte portée aux droits du navire étranger tels qu'ils découlent du droit international. »

Après l'échec de cette Conférence, le Conseil, instruit par l'expérience, décida d'inviter l'Organisation des Communications et du Transit à suivre, d'une manière générale, le développement du problème de la codification du droit international concernant la mer territoriale.

Il n'a pas été donné de suite, jusqu'à présent, à cette décision, mais il y a lieu d'espérer qu'un jour la matière pourra être prise en mains par la C. C. T., non point pour retomber dans l'erreur commise en cherchant à élaborer un statut complet de la mer territoriale — pareille méthode provoque des controverses stériles sur des questions de principe et sollicite en quelque sorte ceux qui n'ont pas un contact suffisant avec les réalités et qui sont toujours nombreux aux Conférences dont l'objet n'est pas strictement limité, à s'engager dans le cul-de-sac des normes trop abstraites dont on ne sort que par l'expédient des solutions purement verbales — mais en vue de rechercher la possibilité d'éliminer ou tout au moins de réduire graduellement les divergences de vues entre Etats sur quelques points pratiquement importants et bien précisés en respectant dans l'ensemble le caractère coutumier du droit en la matière (15^e session (1930), p. 36 et 16^e session (1931), p. 29).

La Convention Générale sur le régime international des Ports Maritimes assure dans une large mesure la liberté de la navigation maritime, en ce qui concerne les eaux intérieures en consacrant l'égalité des pavillons dans les ports de mer.

L'article 9 du Statut-annexe à cette Convention dit toutefois : « Le présent statut ne vise en aucune manière le cabotage maritime ». Il y a là une dérogation dont il est désirable de préciser les limites. C'est pourquoi la C. C. T. s'est préoccupée de la définition du cabotage maritime (14^e session (1930), p. 133). Dans ce but, un questionnaire a été adressé à tous les Etats maritimes. Le résultat de cette enquête est consigné dans le document C. 195. M. 78. 1931. VIII. et addendum. Depuis lors, la question figure à l'ordre du jour du Comité permanent des Ports et de la Navigation maritime.

La liberté des communications ferroviaires est, à la différence de la liberté de la navigation maritime, un problème avant tout régional dont

l'Organisation n'a guère eu l'occasion de s'occuper, au point de vue que nous étudions, qu'en ce qui concerne l'Europe.

L'Organisation se trouvait en présence de la priorité historique de l'Union de Berne sous les auspices de laquelle avait été conclue la Convention de Berne, convention qui, « tout en possédant une importance primordiale pour le régime international des chemins de fer... se borne... à en régler un seul aspect, une partie strictement limitée, c'est-à-dire la conclusion d'un contrat de transport unique... (par chemins de fer)... soumis sur la totalité du parcours aux mêmes obligations. » (Note du Secrétariat Annexe 3 au procès-verbal de la 2^e session de la C. C. T.). Elle était, par conséquent, et elle est encore, avant tout, une convention de droit privé.

Toutefois, elle énonce les seuls principes qui assurent d'une manière générale, dans les limites où elle se trouve réalisée, la liberté des communications, à savoir l'interdiction de réductions sur les tarifs dûment publiés et égaux pour tous.

La Convention Générale sur le régime international des voies ferrées n'est pas venu modifier la situation d'une manière sensible.

Déjà dans le passé, cette interdiction n'était pas toujours respectée. La concurrence de l'automobile, en mettant fin au monopole de fait plus ou moins complet dont le chemin de fer jouissait pour maints transports, est venue accroître la tentation de se soustraire à cette règle. Certaines administrations vont jusqu'à en demander la revision. A l'initiative de l'Assemblée, l'Organisation a été saisie de cette question (Rapport de la 2^e Commission A. 78. 1936. VIII) dont l'Office central des transports internationaux par chemins de fer de Berne avait estimé ne pas pouvoir s'occuper, cet objet sortant du cadre de ses attributions constitutionnelles.

Le régime juridique et administratif des tronçons frontaliers de chemins de fer et gares de raccordement soulève, comme celui de la mer territoriale, des problèmes complexes et délicats. A la suite d'une enquête faite par le Général O. Mance, conformément à une résolution de la Conférence de Gênes, la Commission du Transit chargea son Comité permanent des Transports par Voie ferrée d'étudier l'opportunité de l'élaboration d'une convention type en matière de gares frontières. Le Comité a dû reconnaître que, compte tenu de la variété des conditions essentielles dans lesquelles les cas d'espèce se présentent, il ne pourrait pas être question d'une seule ou de plusieurs conventions-types, mais le travail accompli a néanmoins permis d'établir certains principes généraux et d'arrêter un cadre de dispositions principales qui devraient, selon le Comité, être pris en considération lors de l'établissement des conventions d'espèce. Sur proposition de la Commission du Transit, l'étude a été transmise par le Conseil aux Gouvernements des Etats membres et non membres de la Société, afin qu'ils puissent tirer le profit le plus grand du matériel réuni, lors de la conclusion de conventions de ce genre. (19^e session (1935), p. 16-17). Le rapport de la 2^e Commission à l'Assemblée (Document A 78. 1936. VIII) est venu souligner cette utilité par l'indication d'un cas récent d'utilisation.

La liberté de la navigation fluviale est, comme celle des communications ferroviaires, un problème avant tout régional. C'est pourquoi il est permis de se demander si ce n'est pas à tort que, selon les prévisions des Traités de Paix, le régime international de cette navigation a fait, à Barcelone, l'ob-

jet d'une Convention Générale conçue comme devant être d'application mondiale.

Cette Convention, comme telle, ne porte que sur les voies d'eau dites d'intérêt international, dont la définition coïncide en substance avec celle des voies d'eau internationales de Vienne. A l'égard des principales de ces voies d'eau, l'Organisation se trouvait en présence du fait de l'existence, en Europe, de Commissions fluviales, les unes ayant un passé déjà long (Commission Centrale pour la Navigation du Rhin ; Commission Européenne du Danube), les autres nouvelles.

Un protocole additionnel, dont le succès fut médiocre, prévoyait l'extension, dans une certaine mesure, de la liberté de la navigation aux voies d'eau nationales.

Ici encore l'action ultérieure de l'Organisation fut en fait limitée à l'Europe.

Une initiative de la Conférence préliminaire en vue d'une action économique concertée réunie à Genève en 1930, fut le point de départ d'une étude de droit comparé entreprise par la C. C. T. (16^e session (1931), p. 23, 64 et 66) en vue d'étendre effectivement aux voies d'eau nationales la liberté de navigation et l'égalité de traitement. En 1933, il fut décidé (18^e session (1933), p. 16), de surseoir à l'action entreprise, étant donné que les réponses reçues (ibid p. 43) montraient qu'il y avait peu de chances, dans les circonstances actuelles, d'arriver à la conclusion d'une convention.

La liberté de la navigation aérienne a fait l'objet d'une Convention Générale négociée et conclue en dehors de la Société des Nations (Paris, 13 octobre 1919) et qui a donné naissance à un organisme distinct, la Commission Internationale de Navigation Aérienne (Cina) soumise toutefois de plein droit, en vertu de l'article 24 du Pacte, à l'autorité de la Société des Nations. En fait, cette autorité est demeurée presque purement nominale. Le régime et l'organisation de la navigation aérienne ont beaucoup souffert du fait que la Convention a été conclue et la Cina fondée en dehors des pays ex-ennemis qui, malgré les efforts de l'Organisation des Communications et du Transit, sont, partiellement, demeurés à l'écart.

Nous verrons plus loin l'action étendue de la C. C. T. en matière de circulation routière européenne. Vers 1928 surgit un nouvel aspect de cette matière, à savoir les problèmes internationaux que soulèvent les transports automobiles commerciaux (12^e session (1928), p. 14), au sujet desquels un projet de convention européenne fut préparé (14^e session (1930), p. 132 et 15^e session (1930), p. 58). Ces travaux furent toutefois suspendus (16^e session (1931), p. 20 et Résolution VII ; 18^e session (1933), p. 21). La concurrence entre la route et la voie ferrée ne fut pas étrangère à cette décision. D'autres difficultés résultèrent du monopole postal et de la répugnance des administrations à accorder des concessions à des entreprises étrangères. Toutefois, les travaux ont été repris depuis, le Secrétariat étant chargé de se documenter sur les accords bilatéraux déjà conclus entre Etats européens et sur les résultats que ces accords ont donnés (19^e session (1935), p. 29).

En 1923, des conventions au sujet du transport en transit de l'énergie électrique ainsi que de l'aménagement hydro-électrique des voies d'eau furent signées dans des conditions assez spéciales. Des préoccupations politiques relatives aux Traités de Paix firent prématurément transformer

en conventions des textes insuffisamment mûris. Le cas mérite d'être signalé car il constitue heureusement une exception dans la pratique de l'Organisation.

A l'initiative de la Commission d'étude pour l'Union Européenne, une documentation fut réunie et une étude détaillée a été entreprise sur le régime législatif et administratif de la production, du transport et des échanges internationaux d'énergie dans les divers pays européens (18^e session (1933), p. 22 et Annexe 22 ; 19^e session (1935), p. 38). Un rapport sur cet objet est en préparation.

b) *Conditions du travail.*

Ce n'est qu'en ce qui concerne la navigation fluviale et la circulation routière que l'Organisation a été dans le cas de s'occuper de cet objet.

En ce qui concerne les conditions du travail à bord des bâtiments de la navigation fluviale, il fut décidé entre l'Organisation des Communications et du Transit et l'Organisation internationale du Travail de constituer un comité d'experts chargé d'indiquer les questions et les régions pour lesquelles une réglementation internationale du travail ou, à défaut de réglementation uniforme, une solution des conflits de lois paraissait possible (14^e session 1930), p. 90.)

Sans attendre la constitution du Comité d'experts, le Bureau International du Travail avait procédé à un premier travail de droit comparé portant sur l'ensemble des conditions du travail. Une première réunion du Comité d'experts eut lieu en 1930 avec plein succès. Il fut décidé de retenir tout d'abord les questions relatives à la durée du travail en commençant par le repos de nuit du personnel navigant ainsi que les questions relatives aux assurances sociales, le B. I. T. étant prié de procéder à des études de droit comparé détaillées sur ces deux questions. Malheureusement, à la suite d'interventions venues du côté patronal, le Conseil d'Administration de l'O. I. T. remit la seconde session du Comité. Le départ de l'Allemagne étant survenu dans l'entretemps, le Comité n'a plus été réuni. Depuis le B. I. T. a néanmoins fait connaître les résultats de ses études en ce qui concerne l'une des deux questions sur lesquelles avait porté la demande de documentation du Comité, celle de la durée du travail.

c) *Subsides et impôts directs.*

En vue de la préparation de la Conférence monétaire et économique de 1933, le Secrétariat de la Société des Nations prépara, à titre non officiel et documentaire, un memorandum (Document C. 99 M. 34 1934 VIII), donnant des renseignements sur la situation de la marine marchande. Ce document contient des données intéressantes de droit comparé au sujet de la grande question des subsides maritimes. L'échec de la Conférence a fait que cette étude est demeurée inutilisée jusqu'à présent. (18^e session (1933), p. 15 et Annexe 6).

La C. C. T. a contribué par ses délégués au sein d'un Comité spécial de l'Organisation financière de la Société des Nations à faire adopter une solution du problème de la double imposition tenant compte des nécessités propres au commerce maritime (8^e session (1925), p. 29 ; 9^e session (1926), p. 20).

Dans un ordre d'idées connexe à celui de la double imposition, la question des taxes sur les automobiles étrangères fut mise à l'étude (13^e session (1929), p. 12), en un comité mixte constitué entre le comité fiscal de la Société des Nations et la C. C. T. qui prépara (14^e session (1930), p. 132) le projet d'une convention conclue en 1931 (16^e session (1931), p. 20) et entrée en vigueur en 1933.

d) *Impôts indirects et statistiques des transports.*

La C. C. T. collabora à la préparation de la Convention de Genève pour la simplification des formalités douanières du 3 novembre 1923, convention qui est loin d'être dénuée d'intérêt, mais dont l'efficacité est forcément limitée en raison de son caractère général. La C. C. T. a également suivi avec attention (voir p. ex. 9^e session (1926), p. 8) l'élaboration du nouveau statut du Rhin. Il n'est pas douteux que si ce statut avait pu aboutir, on eût trouvé là un point de départ excellent pour une unification régionale des formalités douanières dont l'utilité ne se fût nullement limitée aux voies navigables. Il serait à souhaiter que, dans un avenir pas trop éloigné, la teneur sur cet objet du projet d'acte nouveau pût être utilisée pour en faire l'amorce d'une convention européenne.

En ce qui concerne en particulier la circulation automobile, la simplification des formalités douanières fut mise à l'étude (13^e session (1929), p. 13) et fit l'objet d'un examen de droit comparé (14^e session (1930), p. 22 et Annexe 2) qui aboutit à des recommandations relatives aux visas aux frontières des documents et au régime des triptyques (15^e session (1930), p. 62 ; 16^e session (1931), p. 20 ; 18^e session (1933), p. 21) ainsi qu'à un arrangement conclu en 1931 (*ibid*) pour faciliter l'apurement des triptyques non déchargés ou perdus. Cet arrangement est entré en vigueur en 1931.

En 1931 également (16^e session, p. 45) fut mise à l'étude, à l'initiative de l'Allemagne, la question de la franchise douanière pour les carburants. A la suite de cette étude, il fut reconnu (voir 18^e session (1933), p. 16 et les documents cités) qu'en ce qui concerne la navigation maritime et les transports automobiles, les usagers jugeaient la situation satisfaisante. Un résultat paraissait en voie d'être obtenu dans la navigation aérienne par les soins de la C. I. N. A., de sorte que la question semblait réduite à la navigation fluviale. Dans ces conditions, la C. C. T. décida d'attendre. Cette décision était motivée, semble-t-il, avant tout par le fait qu'en ce qui concerne la principale voie de navigation fluviale de l'Europe, le Rhin, un nouvel Acte était en préparation dans lequel la question devait recevoir une solution qui eût, ensuite, pu servir de base éventuelle à un règlement européen.

Ultérieurement, un projet d'accord relatif à la navigation aérienne fut soumis aux Gouvernements par l'Organisation des Communications et du Transit elle-même et la presque totalité des réponses ayant été favorables, le Conseil décida sur la proposition de la C. C. T. (19^e session (1935), p. 20 et 42) l'ouverture d'un protocole de signature, une conférence n'étant probablement pas nécessaire. Toutefois, pour des motifs que nous ignorons, il fut décidé que ce protocole serait ouvert, non à Genève, mais à Londres (Document A 78. 1936. VIII). La portée de cet Accord est plus étendue que

les dispositions contenues dans la Convention de 1919 portant réglementation de la navigation aérienne, cette dernière ne prévoyant l'exemption des taxes douanières qu'en ce qui concerne les carburants se trouvant dans les récipients des aéronefs à leur arrivée.

A sa 5^e session (1923), la C. C. T. commença l'étude de l'unification des statistiques de transport, étude qui, limitée tout d'abord à la navigation fluviale, s'étendit ensuite aux chemins de fer et à la navigation maritime et après avoir été poursuivie pendant plusieurs années (voir par exemple 14^e session (1930), p. 45), aboutit enfin en 1931 à un vaste projet de convention venu, hélas ! à maturité à un moment où l'angoisse des préoccupations budgétaires ne laissait aucune chance de succès immédiat à une œuvre de cette nature dont la réalisation, quoiqu'étant d'une utilité scientifique et pratique considérable, n'en représente pas moins pour les Etats une dépense appréciable sans rendement palpable (18^e session (1933), p. 17).

e) Nationalité et identité des engins de navigation.

Dès sa seconde session (1922), la C. C. T. se préoccupa de l'unification des méthodes de jaugeage des navires de mer (Res. Annexe 5 aa).

Un Comité spécial fut constitué pour l'étude de cette question extrêmement technique. Ce travail aboutit en 1929 (13^e session, Annexe 9, p. 80) à des conclusions sur la base desquelles un projet de règlement international fut élaboré (14^e session, p. 133) et soumis aux Gouvernements (voir 18^e session (1933), p. 16 et annexe 7). Le Président et le rapporteur du Comité furent chargés de présenter un rapport sur les observations faites par les Gouvernements (voir 18^e session, p. 16). Ce rapport fut communiqué au Conseil et aux Gouvernements intéressés en exécution d'une décision de la C. C. T. (voir 19^e session, p. 21).

Dès sa seconde session, la C. C. T. se préoccupa également de l'unification européenne des méthodes de jaugeage des bâtiments de la navigation fluviale (Annexe 4).

Pour l'étude de cette question, la C. C. T. prit pour base les travaux que la Commission Centrale pour la Navigation du Rhin avait entrepris en vue de la revision de la Convention du 4 février 1898 conclue entre l'Allemagne, la Belgique, la France et les Pays-Bas (6^e session, p. 2 et Annexe 1 ; 8^e session, p. 8) ; ces travaux et ceux de la C. C. T. aboutirent à une Convention européenne conclue à Paris le 27 novembre 1925 et entrée en vigueur en 1927.

A la demande du Gouvernement finlandais, la C. C. T. fut amenée à étudier la situation créée par la législation antialcoolique de ce pays (14^e session (1930), p. 27). En vue de supprimer la contrebande, celui-ci avait conclu avec certains Etats des conventions lui permettant d'exercer à l'égard des flottes marchandes de ces Etats un contrôle et des poursuites éventuelles au delà de la limite de 3 milles. Au cours de cet examen, la C. C. T. constata, qu'en raison de l'appât puissant que cette législation constituait pour les fraudeurs, bien souvent les navires dont l'activité était gênée par ces accords changeaient de nationalité (*ibid.*, p. 58) et que, dans le cas de certains pavillons, cela se faisait avec une facilité déconcertante. A cette occasion, une étude comparative des législations relatives

à l'octroi du pavillon maritime fut décidée (cf. *ibid.*, p. 140). En raison de l'opposition de certains Gouvernements, cette étude demeura sans suite (16^e session (1931), p. 47), la C. C. T. estimant, d'ailleurs, que les législations étaient actuellement trop diverses pour qu'une réglementation internationale put être poursuivie avec succès (18^e session (1933), p. 20) ⁽⁶⁾.

A la 7^e session (1924) de la C. C. T., celle-ci se préoccupa d'une question accessoire, mais d'un réel intérêt juridique : celle de la définition des navires de mer et des bateaux de la navigation fluviale. Il n'a malheureusement pas été donné suite à l'idée, adoptée en principe (p. 8 et annexe 13), de mettre cette question à l'étude (voir 13^e session (1929), p. 45 *in fine*).

f) *Police des communications.*

Un objet particulièrement important, la sécurité de la navigation maritime, échappe à l'action directe de l'Organisation en raison de la priorité historique du Gouvernement britannique qui, ayant convoqué, en 1912, la Conférence dite du Titanic, garda l'initiative de la révision de la Convention signée à l'issue de celle-ci. La révision des règles de Washington relatives aux feux et signaux maritimes ainsi qu'aux manœuvres en mer fut effectuée par la même Conférence.

En revanche, la C. C. T. à sa 5^e session (1923) prit en mains la question de l'unification du balisage et de l'éclairage des côtes, question qui, après des études approfondies (7^e session, p. 9 ; 9^e session, p. 19 ; 12^e session, p. 29 ; 13^e session, Annexe 9, p. 81) devait aboutir à une Conférence internationale tenue à Lisbonne en 1930. Des accords partiels y furent conclus (16^e session (1931), p. 32). Après ce premier succès, les travaux furent repris en vue de la préparation d'un accord complémentaire (voir 18^e session (1933), p. 15 et les documents cités et 19^e session (1935), p. 20 et annexe 3). Par résolution du Conseil en date du 13 mai 1936, cet accord a été ouvert à la signature des Etats invités à la Conférence de Lisbonne. Il a déjà été signé par quelques pays importants. En outre, un contact permanent entre les chefs des administrations intéressées a été préconisé.

En 1930, (14^e session, p. 65), il fut suggéré par la Belgique de poursuivre, dans la mesure permise par la diversité des conditions locales, l'unification des règlements de police de la navigation sur les voies d'eau de l'Europe et principalement sur celles de l'Europe occidentale en donnant à ces règlements à tout le moins une ordonnance et une terminologie uniformes. Des renseignements de droit comparé sont fournis dans une note belge (18^e session (1933), p. 57). La C. C. T. décida, en 1933, de n'envisager pour le moment que la partie de la police de la navigation relative aux règles de route ainsi qu'aux feux et signaux. Elle décida de recueillir à cet égard des renseignements complémentaires (*ibid.*, p. 17 et 45). Le résultat de cette enquête fut tel qu'il ne parut pas possible de songer à une unification générale pour tous les réseaux de navigation européens, le Gouvernement belge lui-même envisageant désormais une unification inté-

(6) En ce qui concerne la navigation fluviale, voir plus loin ce qui est dit à propos du droit privé.

ressant le seul réseau rhénan et ayant déjà entrepris des démarches dans ce sens auprès des Gouvernements des pays intéressés : l'Allemagne, la France et les Pays-Bas (19^e session (1935), p. 33).

En ce qui concerne la police de la circulation routière, la C. C. T. dès sa deuxième session (1922) se préoccupa, à l'initiative du B. I. T., de la création d'un permis international de conduire (annexes 12 et 13). L'année suivante (5^e session, Annexe 5 aa) elle entreprit une étude comparative de la question. A sa 7^e session (1925), elle prit connaissance du résultat de cette étude qui tendait à la création de deux documents internationaux : un permis international de conduire et un certificat international de route pour les véhicules. En même temps, elle étendit le cercle de ses préoccupations en portant son attention notamment sur l'unification de la signalisation et des règles de route.

Cette activité aboutit en 1926 à une conférence tenue à Paris. Quoique convoquée par le Gouvernement français et non par le Conseil — il s'agissait encore une fois d'une priorité historique — cette conférence s'inspira largement des travaux de Genève. Elle élaborait deux conventions, l'une relative à la circulation automobile (conditions que doivent remplir les automobiles et leurs conducteurs pour être admis internationalement à circuler sur la voie publique), l'autre relative à la circulation routière *stricto sensu* (règles de route), cette dernière apparaissant, d'ailleurs, plutôt comme une base pour des développements ultérieurs (9^e session, p. 18) que comme une œuvre définitive ; aussi voit-on bientôt (12^e session (1928) p. 14 et Annexe 6), la C. C. T. poursuivre notamment l'étude de deux aspects essentiels de la réglementation de la circulation routière, à savoir l'unification de la signalisation et la réglementation uniforme du sens de la circulation.

L'étude sur la signalisation devait aboutir en 1931 à une convention (16^e session (1931), p. 20) puis à des recommandations (18^e session (1933) p. 21 et documents).

En 1933 (18^e session, p. 24) la question de la signalisation supplémentaire des passages à niveau fit l'objet d'une étude spéciale et la conclusion d'une convention fut envisagée (Cf. 19^e session, p. 22). En 1935, la question de la signalisation lumineuse mécanique aux carrefours fut mise à l'étude. Cet examen aboutit à une recommandation (19^e session (1935), p. 29). En revanche, la question du sens de la circulation n'a guère progressé ce qui s'explique si l'on prend en considération les frais considérables qu'entraînerait le déplacement des installations fixes des tramways, etc. (19^e session (1935) p. 28).

A la 2^e Commission de l'Assemblée de 1936 (Document A 78 1936 VIII) le délégué du Danemark émit le vœu que l'Organisation réalise une unification plus complète des règles de la circulation et de la signalisation routières. Il suggéra une révision des conventions existantes. Ces suggestions furent adoptées par l'Assemblée et transmises à l'Organisation.

g) Autres questions de droit répressif.

Affaire du *Lotus*.

L'arrêt dans l'affaire du « Lotus » ne devait pas rester sans écho au sein de la C. C. T. dont l'attention fut attirée par l'Association internatio-

nale des officiers de la marine marchande et des gens de mer sur la situation difficile où pouvaient se trouver, à la suite de cette décision, les officiers de la marine marchande (12^e session (1928) p. 32). L'examen de cet objet aboutit à une résolution qu'il est intéressant, en raison de l'importance de son objet, de reproduire ici :

« La Commission consultative et technique des communications et du transit,

Ayant examiné, sur la requête de l'Association internationale des Officiers de la marine marchande la question de savoir s'il y avait lieu d'étudier, en vue de l'élaboration d'un accord international, la question des conséquences pénales des abordages en mer, ne croit pas devoir entrer dans l'examen de cette question de droit criminel international.

Préoccupée de sauvegarder l'intérêt du libre exercice de la navigation, la Commission estime toutefois, que les points suivants pourraient être utilement soumis à l'attention des Gouvernements sans toucher aux questions juridiques ;

1. — La stricte observation des règlements internationaux destinés à prévenir les abordages est de la plus haute importance pour la sécurité de la vie et de la propriété en mer.

2. — Cette observation des règlements peut être obtenue sans recours à la loi pénale :

a) En établissant et en maintenant un niveau élevé d'habileté et de conscience professionnelles parmi ceux à qui est confié l'exercice de la navigation ;

b) En tenant, dans les limites admises par le droit maritime international, le propriétaire d'un navire responsable, vis-à-vis d'autres navires rencontrés au cours du voyage, des pertes résultant d'une violation de ces règlements commise par leurs employés.

3. — Chaque nation a le devoir d'établir et de maintenir ce niveau d'habileté et de conscience professionnelles parmi le personnel à qui est confié l'exercice de la navigation sous son propre pavillon. Indépendamment de la question de savoir si et dans quelles conditions peut s'exercer la juridiction criminelle d'un pays sur le personnel à bord d'un navire battant pavillon étranger, il est désirable, dans la communauté internationale et conformément aux règles de la courtoisie internationale que soit laissé exclusivement au pays sous le pavillon duquel se trouve le navire le soin de prendre les mesures d'ordre disciplinaire propres à établir et maintenir ce niveau d'habileté et de conscience professionnelles, telles que la suspension du certificat national de compétence donné à un Officier, ou d'autres mesures disciplinaires.

4. — Le droit maritime international donne déjà le moyen de rendre les propriétaires de navires responsables des pertes résultant de la violation des règlements sur les abordages, commise par leurs employés au cours du voyage.

Les considérations et recommandations ci-dessus ne touchent aucunement à la question des abordages commis avec intention ou par négligence criminelles ; la Commission n'ignore pas que la distinction entre des cas de caractère disciplinaire et des cas d'ordre criminel peut être quelquefois délicate et ne pourrait être tranchée, dans les rares cas où elle se poserait, qu'après qu'une procédure criminelle eût été engagée. Il est toutefois désirable, même en pareil cas, que tous les efforts soient faits par les Etats intéressés en vue d'éviter toutes mesures susceptibles, soit de porter atteinte aux principes de la responsabilité disciplinaire de l'Etat du pavillon, soit d'entraîner des difficultés ou délais pour la poursuite de la navigation. » (13^e session (1929) Annexe 17, p. 98).

Mais il existe depuis avant la guerre en matière de droit maritime une organisation internationale consistant en un organe privé, le Comité maritime international, dont le rôle est l'étude et la préparation de projets de conventions, et en un organe officiel, semi-permanent, la Conférence de Bruxelles. Le Comité maritime international avait été saisi de la même question par le B. I. T. Mieux inspiré, il se prononça pour le principe d'une convention. Mais il ne s'agissait plus ici d'une question de droit privé,

faisant partie, comme telle, de l'apanage historique de la Conférence de Bruxelles. Avec courtoisie mais avec fermeté, la C. C. T. fit observer « qu'il a été entendu jusqu'ici que l'Organisation des communications et du transit ne s'occuperait pas des questions de droit privé maritime, mais qu'elle entendait en revanche, exercer sa compétence quant à l'élaboration des conventions portant sur des matières de droit public » (16^e session (1931) p. 5 ; 17^e session (1932) p. 27). Jusqu'à présent la Conférence de Bruxelles ne s'est pas saisie de cet objet.

Une question maritime d'un grand intérêt juridique et pratique, celle de la pollution de la mer par les hydro-carbures, fit l'objet d'un examen par un Comité d'experts qui aboutit à l'établissement d'un projet de Convention (Document C 449. M. 235. 1935. VIII et A 78. 1936. VIII). Les articles 1, 6 et 7 de ce projet de même que les observations des Gouvernements, et notamment celles de la France (Document A 18. 1936. VIII, p. 6 et 7) méritent particulièrement de retenir l'attention.

La Conférence de codification exprima le vœu que la Convention Générale sur le régime international des ports maritimes fût complétée par l'adoption de dispositions réglant l'étendue des pouvoirs judiciaires des Etats à l'égard des navires se trouvant dans leurs eaux intérieures.

Ce vœu paraît trop général, mais quelque chose pourrait, au moment opportun, être tenté en ce qui concerne certains aspects de la question plus particulièrement importants en pratique.

II. — DROIT PRIVÉ

Ainsi qu'il a été indiqué plus haut, l'Organisation a reconnu la priorité historique de la Belgique en ce qui concerne l'unification du droit privé de la Mer. En 1922, la C. C. T. fut représentée à la Conférence de Bruxelles. Le rapport de ses représentants (4^e session, Annexe 7) montre qu'à cette session de la Conférence, les difficultés — sauf en ce qui concerne les Etats-Unis — paraissaient aplanies à l'égard de deux (limitation de responsabilité et privilèges) des trois projets de convention dont la Conférence était saisie, le troisième relatif au connaissance (inspiré des « Hague Rules » de l'International Law Association ») faisant, en quelque sorte, l'objet d'une première lecture. Une discussion intéressant le principe même du Pacte s'est produite à cette session de la Conférence. Nous ne pouvons mieux faire pour éclairer le lecteur à cet égard que de citer le passage suivant du rapport :

« L'adoption des principes de droit privé... contenus dans ce troisième projet... contribuera dans une mesure importante à traduire dans les faits les normes fondamentales de l'article 23 e) du Pacte et, à ce titre, elle aura une importance considérable du point de vue du développement du droit international en matière de communications.

A ce même point de vue, il est intéressant de noter que le troisième projet est conçu comme devant s'appliquer à tout connaissance créé dans un des Etats contractants (article 9).

Par contre, le premier projet (limitation), stipule ce qui suit :

« Les dispositions de la présente Convention seront appliquées dans chaque Etat contractant lorsque l'une des parties intéressées est ressortissante d'un autre Etat contractant ainsi que dans les autres cas prévus par les lois nationales. » (article 12).

Le deuxième projet (privilèges) était d'abord conçu dans le même esprit : « Les dispositions de la présente Convention seront appliquées dans chaque Etat contractant lorsque l'une des parties intéressées est ressortissante d'un autre Etat contractant ainsi que dans les autres cas prévus par les lois nationales. »

Nous avons cru devoir faire certaines remarques sur ces deux derniers textes.

Nous avons tenu à constater tout d'abord que les deux conventions étaient conçues de manière telle que leur sphère d'application fût, en fait, la plus large possible, étant donné la conception sur laquelle elles se fondent et d'après laquelle la législation internationale n'intervient qu'à titre subsidiaire et pour autant qu'il y ait un conflit possible de lois.

Mais nous avons ajouté qu'en raison du principe nouveau d'ordre public international inscrit dans l'article 23 e) du Pacte, il était à souhaiter, d'après nous, que l'unification du droit privé des communications par mer s'effectuât de telle manière que fussent évitées dorénavant des divergences entre la loi nationale, d'une part, et la loi internationale, d'autre part, pouvant avoir pour conséquence du point de vue supérieur du droit public, le maintien d'inégalité de traitement entre les pavillons.

Nous avons, en conséquence, émis le vœu que les Etats s'obligent à mettre leurs lois nationales en conformité avec les Conventions partout où le maintien de divergence pourrait entraîner, pour l'armement étranger, des charges auxquelles l'armement national ne se trouverait pas soumis.

Il suffit d'un cas concret pour illustrer notre pensée :

Dans un Etat donné, la législation nationale prévoit la faculté d'abandon. Sous l'empire de cette législation, le propriétaire du navire responsable d'un abordage ayant entraîné mort d'homme est exonéré, en fait, de toute charge si son navire a péri dans l'accident. Cette législation continuera à s'appliquer (pourra tout au moins continuer à s'appliquer) si tous les intéressés sont ressortissants de cet Etat. Si, au contraire, le navire abordeur est un navire d'un autre Etat contractant, la Convention s'applique et le propriétaire est tenu à concurrence de huit par tonneau de jauge.

La Convention crée ainsi une discrimination d'autant plus injuste qu'il se conçoit que dans les deux cas supposés les bénéficiaires de l'indemnité soient exclusivement des nationaux au regard de la juridiction compétente.

Si nous n'avons pas été suivis sur ce point quant à la Convention sur la limitation de responsabilité, il faut, semble-t-il, en rechercher la cause dans le fait que la plupart des membres de la Conférence, spécialistes du droit international privé, étaient habitués à voir dans l'existence d'un conflit de loi la base et la justification d'une convention éventuelle, alors que, s'agissant de normes impératives, d'une portée économique fort appréciable, la divergence des législations nationales peut, même en l'absence de tout conflit de loi existant ou possible, engendrer des inégalités de traitement peu conformes à l'esprit du Pacte (7).

C'est pourquoi nous avons été heureux de constater que, tout au moins en ce qui concerne les privilèges et hypothèques, le texte cité plus haut a été remplacé par un texte nouveau, conçu comme suit :

« Les dispositions de la présente Convention seront appliquées dans chaque Etat contractant, lorsque le navire grevé est ressortissant d'un Etat contractant ainsi que dans les autres cas prévus par les lois nationales. »

Le régime conventionnel des privilèges et hypothèques s'applique donc aux navires des Etats contractants, même si tous les intéressés en cause sont des nationaux au regard de la juridiction compétente. Que, d'autre part, l'on ait renoncé à prévoir l'application de ce régime aux navires des Etats non contractants s'explique et se justifie par le fait qu'il a été conçu comme une sauvegarde du crédit dont il est loisible aux Etats de faire bénéficier leurs pavillons en adhérant à la Convention. »

Nous avons tenu à citer ce passage en entier parce qu'il montre par un exemple, et partant d'une manière plus vivante que ne pourrait le

(7) Des incidents assez vifs marquèrent à cette Conférence le choc des conceptions basées sur le Pacte avec les idées routinières.

faire un énoncé abstrait, comment l'unification du droit privé se rattache à la norme de l'égalité de traitement et par celle-ci au principe même de la liberté des communications.

La C. C. T. fut de nouveau représentée à la même Conférence en 1936. En effet, de nouvelles difficultés avaient surgi, notamment du côté britannique, au sujet de la Convention relative aux privilèges laquelle fut encore une fois remaniée.

Le rapport ⁽⁸⁾ montre qu'à cette époque la Conférence avait l'espoir d'une prompte ratification des trois conventions, sauf par les Etats-Unis qui ne s'étaient plus fait représenter.

Un nouveau projet figurait à l'ordre du jour de cette session de la Conférence ; il était relatif à l'unification de certaines règles concernant les immunités des navires d'Etat. Ce projet fut rapidement, trop rapidement, discuté et signé.

Depuis lors, la Conférence de Bruxelles n'a plus été réunie.

L'unification européenne du droit des chemins de fer est, comme nous l'avons vu, l'apanage de l'Union de Berne. Toutefois, l'Organisation s'était préoccupée, dès 1926, des problèmes relatifs aux transports combinés. La solution de ces problèmes se heurtait à ce fait que le titre de transport par chemins de fer européen n'était pas négociable. Ainsi l'Organisation se trouvait dans le cas de se préoccuper d'un aspect tout au moins de la revision de la Convention de Berne (13^e session, 1929, p. 17 et annexe 7, p. 78). Ce ne fut toutefois qu'en 1931 qu'un comité spécial chargé de l'étude de la question de la négociabilité des titres de transports par voie ferrée fut réuni. Les résultats de cette étude, mis en relief par la 4^e Conférence Générale des Communications et par le Conseil lui-même, furent transmis par celui-ci aux Membres de la Société en les priant « de prendre les mesures nécessaires en vue de permettre à la prochaine conférence de revision de la Convention de Berne de traiter ce problème et de lui trouver une solution adéquate » (17^e session, 1932, p. 16). Cette procédure et ce texte laissent deviner l'opposition à laquelle la réforme se heurtait dans maint esprit routinier. L'on sait que cette opposition finit par être brisée à la Conférence de Rome (octobre 1933) où les Conventions internationales de Berne, relatives l'une au transport des marchandises (C. I. M.) et l'autre au transport des voyageurs (C. I. V.) furent revisées (19^e session, 1935, p. 16). La nouvelle C. I. M. contient une disposition, dite « de latitude », permettant l'introduction d'un titre de transport à ordre. Se basant sur cette disposition, une Conférence tenue en marge de celle de Rome, a élaboré une convention spéciale par laquelle les détails relatifs à l'emploi d'un titre de transport à ordre se trouvent réglés. Mais la mise en application des Conventions de Rome a lieu avec lenteur. Le Conseil a du être prié de faire un appel aux Gouvernements intéressés en vue de hâter les ratifications (Document 78, 1936, VIII).

Dès sa seconde session (1922), la C. C. T. se préoccupa de l'unification du droit privé de la navigation fluviale (annexes 6, 6 a, 6 aa) sur les diverses voies de navigation européenne susceptibles de communiquer entre elles, en partant de l'idée que l'unification devait d'abord être poursuivie à l'intérieur de chaque réseau soumis à la juridiction d'une Commission

(8) Document C 210, 1926, VIII, Annexe 6 et Addendum.

fluviale déterminée. Cet espoir ne fut pas réalisé sur le Danube, mais, en revanche, la Commission Centrale pour la Navigation du Rhin prit la question en mains tout en suggérant à la C. C. T. une étude préalable de droit comparé qu'elle ne pouvait pas, sans franchir les bornes de sa compétence régionale, étendre elle-même au-delà des pays rhénans : Allemagne, Belgique, France, Pays-Bas et Suisse (C. C. T., 5^e session, p. 12).

La Commission Centrale élaborait des projets relatifs à la nationalité et à l'immatriculation des bateaux de navigation intérieure ainsi qu'aux hypothèques et aux privilèges sur ces bateaux de même qu'à l'abordage fluvial. C'est sur cette base que travailla le Comité de la C. C. T. qui mit également à l'étude les questions sociales relatives à la batellerie.

Certains de ces objets étaient relatifs à des questions de droit public. Aussi le Comité, qui s'intitulait d'abord Comité pour l'unification du droit privé de la navigation intérieure, vit-il bientôt sa dénomination modifiée en Comité pour l'unification du droit fluvial (13^e session, 1929, p. 42).

La Conférence pour l'unification du droit fluvial applicable à la navigation sur les grands réseaux de voies navigables de l'Europe continentale se réunit à Genève en 1930. Trois conventions y furent conclues. La Convention sur le pavillon porte sur un objet controversé et son utilité pratique est à tout le moins discutable. Il s'agit, en effet, d'une question de principe, apte à faire plutôt l'objet d'une déclaration que d'une convention. Aussi, dès sa naissance était-il manifeste qu'elle était surtout destinée à bien marquer que si, en vue de permettre l'accord unanime, la conception suivant laquelle les bateaux de la navigation intérieure ont une nationalité avait été dissociée des règles relatives à l'immatriculation, cette conception n'était pas abandonnée (la distinction que l'on a tenté de faire entre le pavillon et la nationalité est purement verbale).

Mais pour le surplus, l'œuvre de la Conférence (Convention sur l'immatriculation, les hypothèques et les privilèges, convention sur l'abordage fluvial) longuement préparée, élaborée avec minutie et ayant abouti à un accord complet, réunissait vraiment, semble-t-il, le maximum de chances de succès qu'une Conférence puisse offrir. Malgré cela, après plus de six années, l'état des ratifications demeure décourageant.

Dès sa deuxième session (1922), la C. C. T. prit position au sujet de l'unification du droit privé aérien. Elle constata (annexes 9 et 10) que le manque de coordination entre les diverses législations nationales pouvait être préjudiciable au développement de la navigation aérienne et qu'on risquait d'aboutir rapidement à des inconvénients encore plus graves que ceux qui existent en matière de navigation maritime. Elle reconnaissait toutefois que la matière était délicate car, « le droit privé et commercial de la navigation aérienne est lié dans une certaine mesure à l'ensemble du système de droit privé dans chaque pays ».

Mais la poursuite de ce but était destinée à se faire en dehors de l'Organisation des Communications et même de la C. I. N. A. En effet, une Conférence fut convoquée à Paris en 1926 par le Gouvernement français, Conférence dont sortit un organisme plus ou moins permanent, le C. I. T. E. J. A. (9). Cette Conférence adopta même un projet de convention sur

(9) Comité international technique (sic) d'Experts juridiques en Aéronautique.

la limitation de la responsabilité du transporteur, mais ce projet n'était en réalité qu'un ballon d'essai. Toutefois, à Varsovie, en 1930, le C. I. T. E. J. A. réussit, en une nouvelle conférence, à faire conclure dans des conditions sérieuses, une convention sur les transports par air.

Nous croyons utile de reproduire ici quelques lignes du rapport du représentant de la C. C. T.

« D'un point de vue plus général, on est frappé du fait que les neuf dixièmes des problèmes qui se sont posés à cette Conférence et sans doute en sera-t-il de même pour la suite des travaux n'étaient pas particuliers au domaine de l'air et consistaient en problèmes généraux du droit des communications.

Cela est particulièrement frappant en matière d'aviation, domaine nouveau, où il n'existe pas de tradition et où on a le choix des solutions de principe. C'est ainsi que, selon leurs traditions et leur mentalité, les uns voulaient se rattacher au droit de la navigation, les autres au droit des chemins de fer. La leçon que la Commission doit tirer de cette première Conférence est qu'il est intéressant pour elle de suivre attentivement les développements de ce droit nouveau, toujours avec la pensée de veiller aux possibilités de synthèse. Dans l'Acte final de la Conférence, le Comité international technique des experts juridiques en aéronautique est consacré comme organe permanent et on peut se demander si ce Comité ne doit pas être considéré dès lors comme un Bureau international tombant sous l'autorité de la Société des Nations... »

En 1935, l'Institut international de Rome pour l'unification du droit privé institua un Comité pour l'examen de la question de la responsabilité civile des automobilistes. La C. C. T. fut représentée à la première session de ce comité (19^e session, 1935, p. 15). Celle-ci de son côté avait depuis longtemps mis à l'étude la question de l'assurance obligatoire. La note du Secrétariat qui figure comme Annexe 8 aux procès-verbaux de la 19^e session contient sur l'ensemble des deux questions un aperçu fort intéressant. Celles-ci sont évidemment intimement liées.

Etant donné cette étroite connexité, la C. C. T. a décidé (19^e session 1935) de s'efforcer d'établir avec l'Institut de Rome une collaboration aussi étroite que possible.

Au cours des travaux ultérieurs, le Comité de Rome a pu arrêter les textes d'un avant-projet de loi uniforme sur la responsabilité civile des automobilistes, et d'un avant-projet de dispositions uniformes sur l'assurance obligatoire des automobilistes. Conformément aux arrangements intervenus entre l'Institut de Rome et l'Organisation, celle-ci aura l'occasion d'étudier le travail accompli avant qu'il soit présenté au Conseil. Ainsi que l'indique le rapport de la deuxième Commission (document A, 78., 1936, VIII, p. 4), l'Assemblée de 1936 a pris acte avec satisfaction de cette étroite collaboration.

A partir de sa 9^e session (1926), la C. C. T. prit en mains la question des transports combinés consistant en somme dans la recherche « d'une formule générale de droit privé à appliquer aux différents moyens de transport » (p. 15). Nous retrouvons ici, sur le plan du droit privé et avec un but d'utilité plus immédiate, l'idée de la synthèse du droit des communications que nous avons indiquée au début comme étant, en droit des gens, une des fins ultimes de l'Organisation des communications et de son activité ordonnatrice et dont nous allons dire encore un mot à l'instant. En 1926 (9^e session, p. 67), un comité ad hoc fut constitué pour l'étude de la question des transports combinés (voir 10^e session, Annexe 5, p. 77). Cette étude aboutit à certaines recommandations en ce qui concerne les

transports combinés entre chemins de fer et navigation aérienne (document C. 157. M. 43, 1928, VIII, qui a été transmis pour examen aux Gouvernements des Etats Membres). A la suite du développement rapide de la navigation aérienne, le besoin de coordination n'est plus limité aux transports air-fer ; il s'étend aux transports air-mer, et ceci non seulement du point de vue d'un seul continent, mais même en trafic intercontinental. Vu ce développement, le moment viendra sans doute où l'Organisation du Transit devra se saisir à nouveau de l'ensemble du problème.

**

Ayant ainsi terminé l'inventaire qui forme l'objet essentiel de cette étude, il nous reste, en guise de conclusion, à donner au lecteur quelques précisions sur ce qui a été fait dans un ordre d'idées plus général.

En 1930 (19^e session, p. 17 et 137), sur la suggestion de l'Assemblée, la C. C. T. prit une initiative qui eût pu mener à des résultats précieux si le travail envisagé avait pu être poursuivi. Il s'agissait selon la résolution de l'Assemblée « de procéder ... à une codification des conventions ... ». Le mot « codification » devait évidemment s'entendre ici dans le sens de compilation. Mais ce travail, fort simple en ce qui concerne les principales conventions plurilatérales régissant la matière, était loin d'être purement matériel s'il pouvait être étendu aux accords bilatéraux. En procédant avec discrimination, il eût été possible de dégager les règles dominantes répétées dans un grand nombre de ces accords. Par ces travaux de droit international comparé, on eût pu favoriser l'unification spontanée du droit en attirant l'attention sur les clauses dont la pratique avait démontré la supériorité et, en aidant à la disparition des divergences continentales ou régionales non justifiées par les faits, faciliter la préparation de nouvelles conventions générales là où la nécessité pratique s'en faisait sentir et, surtout, préparer systématiquement une base en vue de la synthèse du droit des communications (voir 15^e session, 1930, p. 15 et 45). Un comité de trois jurisconsultes fut chargé d'entreprendre ce travail. Mais, à peine amorcé, il dut être abandonné faute de crédits. Il y a toutefois lieu de signaler que, sur un point important, le Secrétariat a pu le mener à bonne fin par ses propres efforts. Grâce au travail acharné de M. le Docteur Metternich, la « codification » (avec la portée donnée plus haut à ce terme et dans l'esprit que nous avons esquissé) du régime juridique et administratif des tronçons frontaliers de lignes de chemins de fer et des gares de raccordement a pu être menée à bonne fin (19^e session, 1935, p. 13). Nous avons vu plus haut la suite donnée à cette étude.

Signalons, pour finir, que l'idée de synthèse qui a été comme le leitmotiv de ce bref aperçu, nous accompagnerait si nous passions de l'ordre

NOTE : Les documents suivants peuvent être de la plus grande utilité pour les recherches juridiques en matière de communications :

1° A 6 (a) 1935 V annexe, du 28 août 1935 ;

2° A 13 1934 V et addendum et A 17. 1935 V ;

3° R.R./C.T. 6 et R.R./C.T. 6a.

Les documents sub 1° renseignent sur l'état des ratifications et adhésions en ce qui concerne les engagements internationaux conclus sous les auspices de la Société des Nations. Les documents sub 2° renseignent sur les intentions des Etats ayant signé mais non encore ratifié ces engagements. Enfin les documents sub 3° contiennent une liste, annuellement mise à jour, des conventions, accords, etc., plurilatéraux portant sur les questions de communications et de transit.

juridique à l'ordre économique. En effet, la politique de coordination des transports amorcée dans un certain nombre d'Etats, fait depuis quelque temps, à l'initiative de l'Assemblée, l'objet d'une étude comparative de l'Organisation (Rapport de M. Soubotitsch, rapporteur de la 2^e Commission à l'Assemblée de 1936, A, 78, 1936, VIII.)

SECTION V

LE DROIT DU TRAVAIL

JENKS, *Contribution de l'Organisation Internationale du Travail à l'élaboration d'un Droit Uniforme du Travail Maritime.*

Sur d'autres CONVENTIONS INTERNATIONALES DU TRAVAIL VISANT L'UNIFICATION DU DROIT DU TRAVAIL :

HOENIGER, *A propos de douze volumes de Recueil International de Jurisprudence du Travail.*

(Cette contribution publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre VII : « Le Nouveau Droit Social », Chapitre I^{er}, § 166).

Il convient de rapprocher, en ce qui concerne l'ŒUVRE DU BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, les autres contributions de ses membres, publiées dans le Tome I, Deuxième Partie, Titre III, Chapitre I^{er}, §§ 47 à 49, à savoir les études de MM. WAELBROEK, LES PUBLICATIONS DU BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL ET L'AIDE QU'ELLES APPORTENT A LA DOCUMENTATION JURIDIQUE INTERNATIONALE; THOMMEN, LA SÉRIE LÉGISLATIVE DU BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, et HERZ, LE RECUEIL INTERNATIONAL DE JURISPRUDENCE DU TRAVAIL.

CONTRIBUTION DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL A L'ELABORATION D'UN DROIT UNIFORME DU TRAVAIL MARITIME

Par C. WILFRED JENKS

Membre du Service Juridique du Bureau International du Travail

PREMIÈRE PARTIE

INTRODUCTION

I. — Aucune branche du droit ne peut réclamer, à plus juste titre que le droit maritime, une tradition séculaire d'uniformité internationale. L'étudiant le plus obscur a du moins entendu parler des lois de Rhodes et d'Oléron, alors même que quelquefois ses idées sur leur contenu peuvent être assez peu précises. Aujourd'hui, cette vieille tradition renaît, et une uniformité internationale qui correspond à une étape plus avancée de l'évolution sociale se réalise par le moyen de la nouvelle technique de la convention multipartite internationale. Il semble particulièrement approprié que, dans un Recueil destiné à célébrer l'œuvre d'un grand spécialiste du droit comparé, quelques pages soient consacrées à un aperçu général des résultats appréciables déjà obtenus dans un domaine jusqu'à maintenant peu étudié par les maîtres de la science juridique ; nous voulons parler du droit international maritime du travail, tel que ce droit se trouve exprimé dans les conventions internationales du travail. Un tel aperçu doit nécessairement, étant donné l'ampleur de la question et la complexité de ses détails, se borner à un résumé sommaire des dispositions des conventions internationales du travail adoptées jusqu'ici. Il ne sera pas possible, sans sortir du cadre que nous avons tracé pour cette étude, d'indiquer les origines des diverses conventions, d'apprécier la valeur des réformes consacrées par elles, de discuter le bien-fondé des critiques qui ont pu être formulées à l'égard de certaines de leurs dispositions, ou d'examiner les questions d'application qui ont pu se poser pendant les années écoulées.

2. — Parmi les questions qu'il ne sera pas possible de traiter en détail figure notamment celle du champ d'application exact des diverses conventions. Chaque convention définit son champ d'application aussi bien en ce qui concerne les personnes qu'en ce qui concerne les navires. Certaines

conventions sont applicables aux officiers et même quelquefois aux capitaines dans les mêmes conditions qu'au personnel; d'autres ne le sont pas. En dehors de deux conventions concernant les précautions à prendre contre les accidents, les conventions ne sont applicables qu'à la navigation maritime, mais les exemptions permises pour certaines catégories de bateaux effectuant une navigation maritime sont différentes d'après les différentes conventions. Pour préciser la portée exacte des dispositions résumées dans cette étude il faut donc se référer au texte même des conventions.

3. — La suite de cette étude sera divisée en trois parties. Nous commencerons avec un bref résumé des dispositions des conventions internationales du travail relatives au travail maritime qui sont déjà en vigueur. Ensuite, nous résumerons les dispositions des six conventions importantes adoptées en 1936. Il n'est guère nécessaire de souligner que ces conventions ont été adoptées si récemment que l'on ne peut pas raisonnablement s'attendre à ce qu'elles soient ratifiées par les Etats avant l'expiration du délai indispensable pour permettre la préparation des mesures législatives et administratives nécessaires pour assurer leur application. Enfin, nous nous proposons d'attirer l'attention sur certaines questions de droit maritime de portée plus générale qui se sont posées à propos des différentes conventions.

DEUXIÈME PARTIE

LES CONVENTIONS INTERNATIONALES DU TRAVAIL RELATIVES AU TRAVAIL MARITIME QUI SONT DÉJÀ EN VIGUEUR

4. — Les conventions relatives au travail maritime qui sont déjà entrées en vigueur peuvent être classées en quatre groupes :

- a) Trois conventions : la convention sur l'âge minimum (travail maritime), 1920 ; la convention sur l'âge minimum (soutiers et chauffeurs), 1921 et la convention sur l'examen médical des jeunes gens (travail maritime), 1921, limitent l'emploi à bord des navires des enfants et des jeunes gens ;
- b) Deux conventions : la convention sur le placement des marins, 1920, et la convention sur le contrat d'engagement des marins, 1926, réglementant les conditions de recrutement et d'engagement pour le travail à bord ;
- c) Deux autres conventions : la convention sur l'indemnité de chômage (naufnage), 1920, et la convention sur le rapatriement des marins, 1926, assurent certains droits au marin dont l'emploi est terminé dans les conditions prévues par ces conventions ;
- d) Deux conventions de caractère quasi maritime : la convention sur l'indication du poids sur les colis transportés par bateau, 1929, et la convention (révisée) sur la protection des dockers contre les accidents, 1932, prévoient des dispositions de sécurité à prendre en vue de réduire au minimum le risque d'accident au cours du chargement et du déchargement des navires.

5. — CONVENTION SUR L'ÂGE MINIMUM (TRAVAIL MARITIME), 1920.

Cette convention, qui est actuellement en vigueur pour 32 Etats, dispose que « les enfants de moins de 14 ans ne peuvent être employés au travail à bord des navires ». Dans le but de permettre le contrôle de l'application des dispositions de la convention, tout capitaine ou patron doit tenir un registre d'inscription ou un rôle d'équipage mentionnant toutes les personnes de moins de 16 ans employées à bord, avec l'indication de la date de leur naissance. Comme nous le verrons ci-dessous, la Conférence Internationale du Travail a adopté, en 1936, une convention (qui n'est pas encore en vigueur) portant revision de cette convention en vue d'élever à 15 ans l'âge minimum d'admission à l'emploi au travail maritime.

6. — CONVENTION SUR L'ÂGE MINIMUM (SOUTIERS ET CHAUFFEURS), 1921.

Cette convention, qui est également en vigueur pour 32 Etats, interdit l'emploi des jeunes gens de moins de 18 ans au travail à bord des navires en qualité de soutiers ou de chauffeurs. La convention permet certaines exceptions dont deux méritent d'être mentionnées. Les jeunes gens de 16 ans au moins dont l'aptitude physique a été reconnue par un examen médical obligatoire peuvent être employés sur les navires effectuant la navigation exclusivement sur les côtes de l'Inde ou sur les côtes du Japon. De même, s'il est nécessaire d'embaucher un chauffeur ou un soutier dans un port où il ne serait pas possible de trouver des travailleurs de cette catégorie âgés de 18 ans au moins, l'emploi pourra être occupé par des jeunes gens âgés de plus de 16 ans, à la condition que deux de ces jeunes gens soient embauchés à la place du chauffeur ou soutier nécessaire. Dans le but de permettre le contrôle de l'application des dispositions de la convention, tout capitaine ou patron doit tenir un registre d'inscription ou un rôle d'équipage mentionnant toutes les personnes de moins de 18 ans employées à bord, avec l'indication de la date de leur naissance. De plus, les contrats d'engagement de l'équipage doivent contenir un résumé des dispositions de la convention.

7. — CONVENTION SUR L'EXAMEN MÉDICAL DES JEUNES GENS
(TRAVAIL MARITIME), 1921.

En vertu de cette convention, qui est en vigueur pour 31 Etats, les enfants et jeunes gens de moins de 18 ans ne peuvent être employés à bord que sur présentation d'un certificat médical attestant leur aptitude à ce travail et signé par un médecin approuvé par l'autorité compétente. L'emploi de ces enfants ou jeunes gens ne peut être continué que moyennant renouvellement de l'examen médical à des intervalles ne dépassant pas une année et présentation, après chaque nouvel examen, d'un nouveau certificat. Toutefois, si le terme du certificat est atteint au cours d'un voyage, il sera prorogé jusqu'à la fin du voyage. Dans les cas d'urgence, l'autorité compétente peut admettre un jeune homme âgé de moins de 18 ans à embarquer sans avoir été soumis aux examens prévus par la con-

vention, à la condition toutefois que l'examen soit passé au premier port où le bâtiment toucherait ultérieurement.

8. — CONVENTION SUR LE PLACEMENT DES MARINS, 1920.

D'après cette convention, qui est en vigueur pour 24 Etats, « le placement des marins ne peut faire l'objet d'un commerce exercé dans un but lucratif par aucune personne, société ou établissement ». De même, « aucune opération de placement ne peut donner lieu de la part des marins d'aucun navire au paiement d'une rémunération quelconque, directe ou indirecte, à une personne, société ou établissement ». La loi de chaque pays doit comporter des sanctions pour toute violation de ces interdictions. Toutefois, il est loisible aux gouvernements d'accorder des dérogations temporaires à condition de soumettre à un contrôle gouvernemental les opérations permises.

Chaque Membre qui ratifie la convention doit veiller à ce qu'il soit organisé et entretenu un système, efficace et répondant aux besoins, d'offices gratuits de placement pour les marins. Ce système peut être organisé et maintenu soit par des associations représentatives des armateurs et des marins agissant en commun sous le contrôle d'une autorité centrale, soit, en l'absence d'une action combinée de cette nature, par l'Etat lui-même. Les opérations de ces offices de placement doivent être conduites par des personnes possédant une expérience maritime pratique et, lorsqu'il coexiste des offices de placement de types divers, des mesures doivent être prises pour coordonner leur action sur une base nationale.

Il appartient à chaque pays de décider s'il adoptera ou non des dispositions analogues à celles de la convention en ce qui concerne les officiers de pont et les officiers mécaniciens.

Tout Membre qui ratifie la convention doit communiquer au Bureau International du Travail toutes les informations statistiques ou autres dont il peut disposer en ce qui concerne le chômage des marins et le fonctionnement des établissements de placement pour les marins. Enfin, la convention prévoit qu'il appartient au Bureau International du Travail d'assurer, d'accord avec les gouvernements et les organisations intéressées de chaque pays, la coordination des divers systèmes nationaux de placement des marins.

9. — CONVENTION SUR LE CONTRAT D'ENGAGEMENT DES MARINS, 1926.

Cette convention, qui est en vigueur pour 21 Etats, ne constitue, il est vrai, qu'un progrès relatif. Elle résulte d'un compromis entre des idées divergentes et renvoie de nombreuses questions importantes à la loi nationale. Elle a pourtant une valeur certaine en tant que première tentative vers une codification internationale des règles concernant le contrat d'engagement des marins, et elle contient en plus quelques dispositions d'une netteté qui ne laisse rien à désirer.

Elle dispose notamment que le contrat d'engagement est signé par l'armateur ou son représentant et par le marin, et que des facilités doivent

être données au marin et éventuellement à son conseiller pour examiner le contrat d'engagement avant que celui-ci soit signé. Les conditions dans lesquelles le marin signe le contrat doivent être fixées dans la législation nationale, de manière à assurer le contrôle de l'autorité publique compétente. La législation nationale doit également prévoir des dispositions pour garantir que le marin comprend le sens des clauses du contrat. Le contrat ne doit contenir aucune disposition qui soit contraire à la législation nationale ou à la convention. Des mesures appropriées doivent être prises, conformément à la législation nationale, pour garantir que le contrat d'engagement ne contient aucune clause par laquelle les parties conviendraient à l'avance de déroger aux règles normales de compétence des juridictions ; toutefois, cette disposition ne doit pas être interprétée comme excluant le recours à l'arbitrage. Tout marin doit recevoir un document contenant la mention de ses services à bord du navire ; ce document ne peut contenir aucune appréciation de la qualité du travail du marin et aucune indication sur ses salaires. Le contrat d'engagement doit indiquer clairement les droits et obligations respectifs de chacune des parties et doit comporter obligatoirement un certain nombre de mentions, y compris notamment la désignation du ou des navires à bord duquel ou desquels le marin s'engage à servir, le service auquel le marin doit être affecté, le montant des salaires, et les conditions dans lesquelles le contrat expirera ou pourra être dénoncé.

Parmi les dispositions de la convention relatives à la fin des contrats d'engagement, il y en a deux qui sont d'une importance spéciale. En principe, le contrat à durée indéterminée prend fin par la dénonciation du contrat, par l'une ou l'autre des parties, dans tout port de chargement ou de déchargement du navire. D'autre part, si le marin prouve à l'armateur ou à son représentant, soit qu'il a la possibilité d'obtenir le commandement d'un navire ou un emploi d'officier ou d'officier mécanicien ou tout autre emploi plus élevé que celui qu'il occupe, soit que, par suite de circonstances intervenues depuis son engagement, son départ présente pour lui un intérêt capital, il peut (quelle que soit la durée de son contrat) demander son congédiement, à condition qu'il assure, sans frais nouveaux pour l'armateur, son remplacement par une personne compétente agréée par l'armateur ou son représentant. Dans ce cas, le marin a droit aux salaires correspondant à la durée de son service.

Quelle que soit la cause de l'expiration ou de la résiliation du contrat, la libération de tout engagement doit être constatée sur le document délivré au marin conformément à la convention et sur le rôle d'équipage, par une mention spéciale qui doit être, à la requête de l'une ou de l'autre des parties, revêtue du visa de l'autorité publique compétente. Le marin doit avoir aussi, dans tous les cas, le droit de se faire délivrer par le capitaine un certificat établi séparément et appréciant la qualité de son travail, ou indiquant tout au moins s'il a entièrement satisfait aux obligations de son contrat.

10. — CONVENTION SUR L'INDEMNITÉ DE CHOMAGE (NAUFRAGE), 1920.

Cette convention est en vigueur pour 26 Etats. Elle prévoit qu'en cas de perte par naufrage d'un navire, l'armateur ou la personne avec laquelle

le marin a passé un contrat pour servir à bord, doit payer à chacun des marins employés sur ce navire une indemnité pour faire face au chômage résultant de la perte par naufrage du navire. Cette indemnité doit être payée pour tous les jours de la période effective de chômage du marin, au taux de salaire payable en vertu du contrat, mais le montant total de l'indemnité payable à chaque marin en vertu de la convention peut être limité à deux mois de salaire. Il est également prévu que ces indemnités jouiront des mêmes privilèges que les arrérages de salaires gagnés pendant le service, et que les marins pourront avoir recours, pour les recouvrer, aux mêmes procédés que pour ces arrérages.

11. — CONVENTION SUR LE RAPATRIEMENT DES MARINS, 1926.

Cette convention, qui est en vigueur pour 17 Etats, assure à tout marin débarqué en cours ou en fin de contrat, le droit d'être ramené soit dans son pays, soit à son port d'engagement, soit au port de départ du navire, suivant les prescriptions de la législation nationale qui doit prévoir les dispositions nécessaires à cet effet, et notamment déterminer à qui incombe le charge du rapatriement. Le rapatriement est considéré comme assuré lorsqu'il est procuré au marin un emploi convenable à bord d'un navire se rendant à une destination permise. Il appartient à la législation nationale ou, à défaut de dispositions législatives, au contrat d'engagement, de déterminer les conditions dans lesquelles a droit à être rapatrié le marin étranger embarqué dans un pays autre que le sien. Les dispositions mentionnées ci-dessus restent néanmoins applicables au marin embarqué dans son propre pays.

Les frais de rapatriement ne peuvent être mis à la charge du marin s'il a été délaissé en raison d'un accident survenu au service du navire, d'un naufrage, d'une maladie qui n'est due ni à son fait volontaire ni à une faute de sa part, ou de congédiement pour toutes causes qui ne lui sont pas imputables. Les frais de rapatriement doivent comprendre toutes dépenses relatives au transport, au logement et à la nourriture du marin pendant le voyage. Ils comprennent également les frais d'entretien du marin jusqu'au moment fixé pour son départ. Lorsqu'un marin est rapatrié comme membre d'un équipage, il a droit à la rémunération des services accomplis pendant le voyage.

L'autorité publique du pays dans lequel le navire est immatriculé est tenue de veiller au rapatriement de tous les marins dans les cas où la convention leur est applicable, sans distinction de nationalité ; là où cela est nécessaire, cette autorité doit faire l'avance des frais de rapatriement (*).

12. — LA CONVENTION SUR L'INDICATION DU POIDS SUR LES COLIS TRANSPORTÉS PAR BATEAU, 1929.

Aux termes de cette convention, qui est en vigueur pour 32 Etats, tout colis ou objet pesant 1.000 kilogrammes (1 tonne métrique) ou plus de

(*) Sur la jurisprudence de divers pays relative aux Conventions analysées dans les numéros 10 et 11 cf., dans ce Recueil, l'étude de M. Hoeniger publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre VII, Chapitre 1^{er}, § 166. Note de l'éditeur.

poids brut, consigné dans les limites de tout membre ratifiant la convention et destiné à être transporté par mer ou voie navigable intérieure, doit, avant d'être embarqué, porter l'indication de son poids, marqué à l'extérieur de façon claire et durable. La législation nationale peut, dans les cas exceptionnels où il est difficile de déterminer le poids exact, autoriser l'indication du poids approximatif. L'obligation de veiller à l'observation de cette disposition n'incombe qu'au gouvernement du pays d'où le colis ou l'objet est expédié, à l'exclusion du gouvernement de tout autre pays que ce colis peut traverser pour arriver à destination. Il appartient aux législations nationales de décider si l'obligation de marquer le poids doit incomber à l'expéditeur ou à quelqu'un d'autre.

13. — LA CONVENTION (RÉVISÉE) SUR LA PROTECTION DES DOCKERS
CONTRE LES ACCIDENTS, 1932.

Cette convention a révisé une convention adoptée en 1929 qui n'était pas entièrement satisfaisante. Elle est entrée en vigueur jusqu'à maintenant pour 7 Etats. Ses dispositions, qui sont beaucoup trop complexes pour qu'il soit possible de les résumer ici, traitent des questions telles que l'éclairage des docks, les garde-corps à installer aux endroits dangereux, les moyens d'accès aux bateaux et aux cales, la protection des écoutilles, l'état, l'examen et la manœuvre des appareils de levage et des engins accessoires, et toute une série de questions analogues.

TROISIÈME PARTIE

LES CONVENTIONS DE 1936

14. — Comme nous l'avons remarqué ci-dessus, la Conférence Internationale du Travail a adopté en 1936 six nouvelles conventions relatives au travail maritime. Toutes ces conventions ont été adoptées par des majorités impressionnantes. Parmi elles, il faut attribuer une importance spéciale à la convention sur la durée du travail à bord et les effectifs ; c'est la tentative la plus ambitieuse de promouvoir l'uniformité du droit du travail maritime qui ait été faite jusqu'à maintenant par la Conférence Internationale du Travail. Deux autres des conventions adoptées en 1936, bien que d'une origine indépendante, ont tout de même un rapport étroit avec la convention sur la durée du travail à bord et les effectifs. La convention des congés payés des marins complète en quelque sorte les dispositions relatives à la durée du travail, tandis que la convention sur les brevets de capacité des officiers peut être considérée comme complémentaire à ses dispositions sur les effectifs. On a aussi réalisé des progrès importants par l'adoption de deux conventions en faveur des marins malades et blessés, et par la révision de la convention sur l'âge minimum (travail maritime), 1920.

15. — LA CONVENTION SUR LA DURÉE DU TRAVAIL A BORD ET LES EFFECTIFS,
1936.

Cette convention est divisée en cinq parties.

La Première Partie définit son champ d'application et établit la portée qu'il faut attribuer à certains termes.

Les dispositions relatives à la durée du travail sont contenues dans la Deuxième Partie de la Convention (sont exclues de son application un certain nombre de personnes, y compris, notamment, les officiers et chefs de service ne faisant pas le quart). Le principe général que les dispositions détaillées de cette partie de la convention appliquent à certains navires peut être résumé dans les termes suivants : En mer et les jours d'arrivée et de départ, la durée du travail des officiers et du personnel du pont, des officiers mécaniciens et du personnel des machines et des chaufferies ne doit excéder ni 8 heures par jour, ni 56 heures par semaine dans le cas du personnel et des officiers dont le service est organisé par quarts et ne doit excéder ni 8 heures par jour ni 48 heures par semaine dans le cas du personnel et des officiers employés comme travailleurs de jour. En ce qui concerne les officiers et le personnel du pont dont le travail est organisé par quarts, ce principe est applicable à bord des navires de plus de 2.000 tonnes ; en ce qui concerne les officiers mécaniciens dont le travail est organisé par quarts, il est applicable à bord des navires qui doivent, conformément à la Troisième Partie de la Convention, embarquer au moins trois officiers mécaniciens ; en ce qui concerne le personnel des machines et des chaufferies dont le service est organisé par quarts et en ce qui concerne les travailleurs de jour, y compris les officiers, employés au service du pont, des machines et des chaufferies, le principe est applicable à bord des navires de 700 tonnes.

La convention permet aussi un certain nombre de dérogations à ce principe. Les jours d'arrivée et de départ la durée du travail peut être prolongée au-delà des limites indiquées ci-dessus ; il appartient à la législation nationale ou aux contrats collectifs d'accorder cette prolongation et de déterminer les conditions dans lesquelles elle peut avoir lieu. Dans le cas des officiers du pont, la convention autorise, en outre, dans des limites déterminées, d'autres heures additionnelles. Lorsque le service des quarts est suspendu dans les ports, les principes généraux qui sont applicables, en ce qui concerne le personnel du pont, des machines et des chaufferies, y compris les officiers, à bord de tous les navires auxquels s'applique la convention, sont que la durée du travail ne doit excéder ni 8 heures par jour, ni 48 heures par semaine et que le repos hebdomadaire doit être observé.

Les dispositions visant la durée du travail en mer et le jour d'arrivée et de départ du personnel du service général sont beaucoup moins strictes ; toutefois, en principe, la durée du travail au port de ce personnel ne peut excéder 8 heures par jour.

La convention permet le dépassement des limites de la durée du travail, qu'elle prévoit, sous réserve que toute heure de travail effectuée en dépassement desdites limites soit considérée comme heure supplémentaire pour laquelle l'intéressé aura droit à compensation et sous réserve qu'il ne soit pas fait usage constant des heures supplémentaires. La convention dispose qu'aucun membre du personnel âgé de moins de 16 ans ne peut travailler pendant la nuit. Les restrictions de la durée du travail prévues par la convention ne s'appliquent pas à certaines catégories exceptionnelles de travaux.

D'après la Troisième Partie de la Convention, qui est consacrée aux effectifs, tout navire de plus de 700 tonnes doit avoir à bord un équipage

suffisant en nombre et en qualité pour assurer la sécurité en mer et de rendre possible l'application des dispositions relatives à la durée du travail contenues dans la Deuxième Partie de la Convention. A bord des navires de plus de 700 tonnes, mais ne dépassant pas 2.000 tonnes, doivent être embarqués au moins deux officiers de pont brevetés, indépendamment du capitaine ; dans le cas des navires de plus de 2.000 tonnes, ce nombre minimum est porté à 3. A bord des navires de plus de 700 tonnes, l'effectif du personnel du pont doit être suffisant pour permettre l'affectation de trois hommes à chaque bordée de navigation. En particulier, l'effectif minimum du personnel qui doit être embarqué est fixé à six personnes pour les navires de plus de 700 tonnes mais ne dépassant pas 2.000 tonnes et à neuf personnes pour les navires de plus de 2.000 tonnes. Une proportion déterminée de ces personnes doit remplir certaines conditions d'aptitudes physiques et professionnelles fixées par la convention. Dans le cas de navires qui ont plus de 700 tonnes, ou dont la puissance indiquée est de plus de 800 chevaux (suivant que la législation nationale applique le critère du tonnage ou le critère de la puissance en chevaux) il doit être embarqué trois officiers mécaniciens brevetés au moins.

La Quatrième Partie de la Convention contient un certain nombre de dispositions d'exécution. Elle permet aussi la délivrance de certificats d'exemption pour les navires existant à la date de l'entrée en vigueur de la convention pour lequel l'autorité compétente du territoire sur lequel a eu lieu l'immatriculation a constaté, après consultation des organisations intéressées, que les circonstances ne sont pas de nature à rendre raisonnablement possible l'établissement de logements nouveaux et d'autres installations permanentes nécessaires au personnel supplémentaire.

La Cinquième Partie de la Convention ne contient que des dispositions finales.

Cette convention a été adoptée par la Conférence Internationale du Travail par 62 voix contre 17.

16. — LA CONVENTION DES CONGÉS PAYÉS DES MARINS, 1936.

Cette convention établit en faveur des personnes ayant accompli un an de service continu dans la même entreprise le droit à un congé annuel payé dont la durée sera de douze jours ouvrables au moins pour les capitaines, officiers et opérateurs radio-télégraphistes, et de neuf jours ouvrables au moins pour les autres membres de l'équipage.

En vue de déterminer l'époque à laquelle le congé est dû : a) le service effectué autrement qu'en exécution du contrat d'engagement maritime est compté dans la période de service continu ; b) les interruptions de service de courte durée qui ne sont pas imputables au fait ou à la faute de l'intéressé et ne dépassant pas un total de six semaines, ne doivent pas être considérées comme interrompant la continuité de la période de service qui les précède ou qui les suit ; c) la continuité du service ne doit pas être considérée comme interrompue par un changement dans l'exploitation ou la propriété du navire ou des navires à bord duquel ou desquels l'intéressé a servi. On ne doit pas compter dans le congé annuel payé les jours fériés officiels ou coutumiers, les interruptions de service dues

à la maladie, ni les congés accordés en compensation des jours de repos hebdomadaire et jours fériés passés en mer.

En principe, le congé annuel doit être accordé dans le territoire où le navire est immatriculé, mais il peut être accordé ailleurs par consentement mutuel. Toute personne prenant un congé en vertu de la convention doit recevoir pour toute la durée dudit congé sa rémunération habituelle, y compris une indemnité de nourriture appropriée. Tout accord portant sur l'abandon du droit au congé annuel ou sur la renonciation audit congé doit être considéré comme nul.

Cette convention a été adoptée par la Conférence internationale du Travail par 60 voix contre 15.

17. — LA CONVENTION SUR LES BREVETS DE CAPACITÉ DES OFFICIERS, 1936.

D'après cette convention, nul ne peut exercer ou être engagé pour exercer, à bord, les fonctions de capitaine ou patron, d'officier de pont chef de quart, de chef mécanicien ou d'officier mécanicien chef de quart sans être titulaire d'un brevet constatant sa capacité d'exercer ces fonctions, délivré ou approuvé par l'autorité publique du territoire où le navire est immatriculé. Il ne peut être dérogé à cette interdiction qu'en cas de force majeure.

Sous réserve d'une disposition transitoire, nul ne doit recevoir un brevet de capacité à moins qu'il n'ait rempli trois conditions : il doit avoir atteint l'âge minimum exigé pour la délivrance de ce brevet ; il doit avoir une expérience professionnelle de la durée minimum exigée pour la délivrance de ce brevet ; il doit avoir subi avec succès les examens organisés et contrôlés par l'autorité compétente en vue de constater s'il possède l'aptitude nécessaire pour exercer les fonctions correspondant au brevet auquel il est candidat. La législation nationale doit fixer l'âge minimum de l'expérience professionnelle à exiger des candidats à chaque catégorie de brevets de capacité ; elle doit également prévoir l'organisation et le contrôle par l'autorité compétente d'un ou de plusieurs examens en vue de constater si les candidats au brevet de capacité possèdent l'aptitude exigée pour les fonctions correspondant au brevet auquel ils sont candidats.

Cette convention a été adoptée par la Conférence internationale du Travail par 80 voix contre 9.

18. — LA CONVENTION SUR LES OBLIGATIONS DE L'ARMATEUR EN CAS DE MALADIE OU D'ACCIDENT DES GENS DE MER, 1936.

Les obligations de l'armateur prévues par cette convention couvrent les risques de maladie ou d'accident survenus entre la date stipulée dans le contrat d'engagement pour le commencement du service et l'expiration de l'engagement, ainsi que du décès résultant d'une telle maladie ou d'un tel accident. Toutefois, la législation nationale peut prévoir des exceptions pour l'accident qui n'est pas survenu au service du navire, pour l'accident ou la maladie imputable à un acte intentionnel ou à un fait intentionnel ou à l'inconduite du malade, du blessé ou du décédé, et pour la maladie ou l'invalidité dissimulée volontairement au moment de l'engagement.

Les principales obligations de l'armateur sont les suivantes : le traitement médical, la fourniture des médicaments et autres moyens thérapeutiques, la nourriture et le logement du malade ou du blessé sont à la charge de l'armateur ; celui-ci doit continuer à verser la totalité ou une partie du salaire du malade ou du blessé ; il doit supporter les frais de rapatriement de tout malade ou blessé débarqué en cours de route par suite d'une maladie ou d'un accident ; et il doit supporter, en certains cas, les frais funéraires. La durée et l'étendue de chacune de ces obligations sont définies d'une manière générale par la convention, qui laisse pourtant une certaine liberté dans ce domaine à la législation nationale.

Il est prévu que la convention, ainsi que les législations nationales, en ce qui concerne les prestations dues en vertu de la convention, doivent être interprétées et appliquées de manière à assurer l'égalité de traitement à tous les marins, sans distinction de nationalité, de résidence ou de race.

Cette convention a été adoptée par la Conférence internationale du Travail par 70 voix contre 14.

19. — LA CONVENTION SUR L'ASSURANCE-MALADIE DES GENS DE MER, 1936.

Cette convention prévoit l'établissement de l'assurance-maladie obligatoire en faveur des gens de mer. Elle dispose que l'assuré, incapable de travailler et privé de salaire par suite de maladie, a droit à une indemnité en espèces au moins pendant les 26 premières semaines ou pendant les 180 premiers jours d'incapacité, à compter du premier jour indemnisé. Le droit à l'indemnité peut être subordonné à l'accomplissement d'un stage ou à l'expiration d'un délai d'attente de quelques jours, à compter du début de l'incapacité. Le taux de l'indemnité accordé conformément à la convention ne doit jamais être inférieur à celui qui est fixé par le régime général d'assurance-maladie obligatoire, si un tel régime existe, mais ne vise pas les gens de mer. La convention définit les circonstances dans lesquelles l'indemnité peut être suspendue, réduite ou supprimée. Il y a lieu de relever qu'elle peut être suspendue tant que l'assuré se trouve à bord ou à l'étranger ; toutefois, lorsque l'assuré se trouve à l'étranger et a perdu son droit au salaire, même partiel, pour cause de maladie, l'indemnité à laquelle il aurait eu droit s'il n'avait pas été à l'étranger doit être payée à sa famille, en tout ou en partie, jusqu'à son retour sur le territoire de l'embarquement.

L'assuré a également droit, gratuitement, à partir du début de la maladie, et au moins jusqu'à l'expiration de la période prévue pour l'attribution de l'indemnité de maladie, au traitement par un médecin dûment qualifié, ainsi qu'à la fourniture de médicaments et de moyens thérapeutiques de qualité et quantité suffisantes. Toutefois, une participation aux frais de l'assistance peut être demandée à l'assuré dans des conditions à fixer par la législation nationale. L'assistance peut être suspendue tant que l'assuré se trouve à bord ou à l'étranger, et, chaque fois que les circonstances l'exigent, l'institution d'assurance peut pourvoir à l'hospitalisation du malade en lui accordant, outre l'assistance médicale et les soins nécessaires, l'entretien complet.

En principe, l'assurance-maladie doit être gérée par des institutions autonomes placées sous le contrôle administratif et financier des pouvoirs publics et ne poursuivant aucun but lucratif.

Cette convention a été adoptée par la Conférence internationale du Travail par 60 voix contre 5.

20. — LA CONVENTION (REVISÉE) SUR L'ÂGE MINIMUM (TRAVAIL MARITIME),
1936

Cette convention, qui porte revision de la convention de 1920 déjà mentionnée ci-dessus, fixe à 15 ans l'âge d'admission des enfants au travail maritime. Elle reconnaît toutefois à la législation nationale la faculté d'autoriser la délivrance de certificats permettant aux enfants âgés de 14 ans au moins d'être employés, dans les cas où une autorité scolaire ou une autre autorité appropriée désignée par la législation nationale s'est assurée, après avoir dûment pris en considération la santé et l'état physique de l'enfant, ainsi que les avantages futurs aussi bien qu'immédiats que l'emploi envisagé peut comporter pour lui, que cet emploi est dans l'intérêt de l'enfant.

Cette convention a été adoptée par la Conférence internationale du Travail par 81 voix contre 0.

QUATRIÈME PARTIE

QUELQUES QUESTIONS GÉNÉRALES

Au cours de l'élaboration des règles communes du droit du travail maritime, qui ont été résumées ci-dessus, la Conférence internationale du Travail a été appelée, de temps à autre, à examiner certaines questions de droit maritime d'une portée plus générale. Ainsi elle a dû déterminer si les règles énoncées par les conventions internationales du travail seraient applicables aussi bien aux navires de propriété publique qu'aux navires de propriété privée. Cette question a été résolue par l'affirmative. Certaines conventions prévoient expressément leur application aux navires de propriété publique ; d'autres la prévoient implicitement en excluant des catégories déterminées de navires de propriété publique. Il résulte des diverses formules qui ont été employées que les navires de guerre sont ou peuvent être exclus du champ d'application de toutes les conventions existantes ; de plus, certaines conventions permettent d'exclure de leur champ d'application les navires d'Etat qui n'ont pas une affectation commerciale ; d'autres permettent en outre d'exclure les navires, n'ayant pas une telle affectation, qui appartiennent à une administration publique ou sont à son service. Mais en aucun cas un navire ayant une affectation commerciale ne peut être exclu de l'application d'une convention pour le seul motif qu'il appartient à un Etat ou à une administration publique. Il en résulte que les navires d'Etat ne jouissent, en cette qualité, d'aucune immunité spéciale en ce qui concerne l'application des conventions internationales du travail.

La deuxième question, d'une portée plus générale, était de décider le critère à adopter pour délimiter le champ d'application des conventions en ce qui concerne les navires. Dans les premières conventions on n'a pas

adopté de critère spécial ; ces conventions disposent simplement qu'elles sont applicables à certaines catégories de navires et ne spécifient pas à quel Etat incombe la responsabilité d'assurer leur application à des navires déterminés. En 1926, on a fait un pas vers la précision et les conventions adoptées cette année-là disposent qu'elles sont applicables aux navires immatriculés dans les pays d'un Membre de l'Organisation ayant ratifié la convention. En 1936, la Conférence a été saisie de diverses propositions quant au critère qu'il fallait adopter ; certains des projets qui lui étaient soumis parlaient de l'immatriculation, d'autres du pavillon, d'autres encore de la nationalité du navire.

Pour assurer l'uniformité des textes on a nommé une Commission de coordination qui a proposé d'adopter le critère de l'immatriculation. La Commission a considéré que la nationalité n'était pas un critère approprié parce qu'en parlant de nationalité l'on pouvait faire croire qu'il s'agissait de la nationalité des propriétaires du navire. Par cette expression toutes les questions difficiles que l'on connaît relatives à la nationalité réelle des sociétés anonymes se seraient trouvées posées. De plus, il est bien évident que la nationalité ainsi comprise n'est pas le critère qui détermine les compétences respectives des Etats en ce qui concerne la législation applicable aux conditions d'emploi à bord.

Le critère du pavillon a également été rejeté et cela pour deux raisons. En premier lieu, étant donné que c'est l'endroit de son immatriculation qui détermine normalement le pavillon auquel a droit le navire, l'immatriculation peut être considérée comme un critère primaire, tandis que le pavillon n'est qu'un critère secondaire. Il est évidemment préférable, en bonne logique, de choisir un critère primaire plutôt qu'un critère secondaire aux fins de la délimitation du champ d'application des conventions. D'autre part, il y a certains cas dans lesquels des navires, soumis en ce qui concerne la législation sociale à des compétences législatives différentes, portent pourtant le même pavillon maritime.

Pour ces diverses raisons, la Conférence a estimé, en 1936, que c'était l'immatriculation qui fournirait le critère le plus satisfaisant.

On a peu discuté, à la Conférence, la mesure dans laquelle les Etats se reconnaissent entr'eux des droits de surveillance réciproque pour l'application des conventions à leurs navires respectifs. La plupart des conventions laissent cette question dans l'ombre. Mais la convention sur la durée du travail à bord et les effectifs prévoit expressément que tout Membre qui la ratifie « est responsable de l'application de ses dispositions aux navires immatriculés dans son territoire ». La seule disposition de la convention qui prévoit une surveillance mutuelle stipule que dans tous les cas où il sera porté à la connaissance de l'autorité compétente d'un port qu'un navire immatriculé dans le territoire d'un autre Membre, territoire pour lequel la convention est en vigueur, n'est pas pourvu de l'effectif minimum d'officiers et de personnel requis par la convention, ladite autorité en adressera notification au représentant consulaire dudit Membre. La convention sur les brevets de capacité des officiers contient une disposition analogue qui exige que lorsque les autorités d'un Membre ayant ratifié la convention constatent une dérogation à ses dispositions sur un navire immatriculé sur le territoire d'un autre Membre ayant ratifié également la convention, ces autorités devront en référer au consul du Membre dans le territoire duquel

le navire est immatriculé. D'une manière générale, il semble bien que, sous réserve des procédures établies par la Constitution de l'Organisation, l'application des conventions internationales du travail relatives au travail maritime ressort de la responsabilité exclusive de l'Etat dans le territoire duquel le navire en cause est immatriculé.

Il semblerait pourtant qu'il faille admettre une exception à cette règle pour des cas dans lesquels les dispositions d'une convention ont pour objet la protection des travailleurs des ports, tels que les dockers, au même titre que de l'équipage. Cela découle nettement des dispositions de la convention (révisée) sur la protection des dockers contre les accidents, 1932. Cette convention prévoit la reconnaissance réciproque, dans certaines conditions, des certificats de conformité aux exigences de la convention qui sont délivrés par d'autres Membres. Il en résulte que chaque Membre est en droit d'appliquer les dispositions de cette convention à tous les navires qui entrent dans ses ports. Un jour viendra, sans doute, où il sera possible d'établir une surveillance mutuelle analogue de certaines autres dispositions des conventions internationales du travail relatives au travail maritime.

UN PROJET DE LOI UNIFORME SUR L'ARBITRAGE

Par René DAVID

*Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Grenoble
Membre de l'Institut international de Rome pour l'unification
du Droit privé*

La diversité actuelle des législations en matière d'arbitrage est pour les milieux intéressés, et spécialement dans les rapports internationaux, une cause de troubles sérieux. Telle ou telle solution, consacrée par un droit donné, constitue parfois un obstacle au développement normal de l'arbitrage ; plus souvent la difficulté provient de ce qu'est mal défini le droit applicable en l'espèce. La validité de la convention arbitrale risque constamment d'être mise en doute, les effets produits par cette convention sont précaires et incertains ; si une sentence a été rendue, son exécution peut être entravée ou rendue plus onéreuse du fait que cette sentence est qualifiée d'étrangère dans le pays de l'exécution.

L'unification des lois sur l'arbitrage présenterait donc pour le commerce une utilité considérable. Il en est ainsi spécialement parce que les inconvénients qui tiennent à la diversité des lois ne peuvent être éliminés que d'une façon très imparfaite par l'action des intéressés. Des associations peuvent bien donner des renseignements sur la loi qui prévaut dans tel ou tel Etat, les règlements des institutions arbitrales peuvent bien déroger aux lois particulières et établir dans une certaine mesure une réglementation autonome, mais les possibilités de cette action sont limitées, et les parties ne peuvent, notamment, régler à leur guise ni la question de l'exécution des sentences d'arbitres, ni celle, également essentielle, des recours qui peuvent être exercés contre ces sentences. Il est donc bien vrai qu'un régime uniforme de l'arbitrage suppose une loi uniforme sur l'arbitrage.

La Société des Nations est déjà intervenue à deux reprises pour approcher de ce but et pour faire disparaître les obstacles que la variété des droits crée aux arbitrages internationaux. Deux conventions signées sous son égide ont sensiblement amélioré la situation à cet égard. Le Protocole de Genève de 1923 a reconnu la validité de principe de la clause compromissoire. La Convention de 1927, dans les rapports des pays qui l'ont ratifiée, a posé des principes uniformes pour l'exécution des sentences. Ces résultats sont loin d'être négligeables ; mais, selon la pensée même de ceux qui ont élaboré ces conventions, il est certain que les résultats enre-

gistrés à Genève sont encore très incomplets : ils ne sauraient être envisagés que comme une première étape dans la voie, encore mal tracée et couverte d'obstacles, de l'unification des lois sur l'arbitrage.

Dès sa fondation, advenue en 1928, l'Institut international de Rome pour l'Unification du droit privé inscrivit à l'ordre du jour de ses travaux la matière de l'arbitrage. Après différents travaux préparatoires, qui portèrent principalement la rédaction d'un rapport sur l'arbitrage en droit comparé, un Comité fut créé en 1933, avec mission d'élaborer un projet de loi uniforme sur l'arbitrage. Sous la présidence de M. d'Amelio, premier président de la Cour de Cassation du Royaume d'Italie, et avec la collaboration de juristes des différents pays, un avant-projet a été ainsi élaboré, et c'est l'économie de cet avant-projet que nous désirons ici exposer. L'avant-projet comporte 40 articles et il a été dès à présent rédigé tant en langue anglaise qu'en langue française.

Les articles 1^{er} et 2 du projet, tout d'abord, fixent le domaine d'application de la loi uniforme projetée.

Le Comité n'a pas pensé que la loi uniforme, dans l'état actuel des choses, puisse s'appliquer indistinctement à tous les arbitrages. Aussi l'article 1^{er} a-t-il dû préciser en quels cas la loi uniforme serait applicable. Deux cas ont été prévus.

Le premier cas est celui où les parties, au moment où la convention arbitrale est conclue, ont leur résidence habituelle en des pays différents ; la loi uniforme régit alors l'arbitrage qui a été stipulé, si cette loi est applicable dans les deux pays où les parties ont leur résidence habituelle. L'article 1^{er} prend en considération la résidence habituelle des parties au moment où la convention est conclue, non au moment où naît le litige. Le Comité ne s'est pas arrêté pour en décider de la sorte à des arguments d'ordre théorique, mais il s'est placé à un point de vue pratique : il est essentiel que dès la conclusion de leur contrat les parties sachent par quelle loi l'arbitrage de leurs difficultés sera régi, et qu'elles sachent notamment si leurs arbitres auront ou non les pouvoirs d'amiables compositeurs, et si un appel sera ou non possible aux tribunaux contre la sentence des arbitres : les modalités de la convention, sinon sa stipulation même, peuvent en effet dépendre de ce fait.

Le second cas où l'application de la loi uniforme est prévue par l'article 1^{er} est le cas où les parties ont stipulé que l'arbitrage par elles convenu serait régi par la loi uniforme. Etant donné que le projet ne distingue pas entre convention expresse et soumission à un règlement d'arbitrage, il suffira, pour que la loi uniforme soit applicable, que les parties se soient référées à un règlement d'arbitrage prévoyant l'application de la loi uniforme. Les groupements et institutions qui publient des règlements d'arbitrage pourront par conséquent élargir le domaine d'application de la loi uniforme, si celle-ci donne satisfaction à la pratique, et ils auront ainsi la possibilité de préparer l'abolition, en matière d'arbitrage, d'un dualisme de législations qui n'est pas sans inconvénients mais que le Comité n'a pas cru pour l'instant possible d'éviter.

Le Comité s'est rendu compte des objections d'ordre théorique qui pourraient être élevées contre ce second cas d'application de la loi uni-

forme ; il a cru néanmoins opportun de l'admettre pour la raison ci-dessus exposée, en vue d'étendre les possibilités d'application de la loi. Les critiques que soulève la théorie de l'autonomie de la volonté perdent du reste ici de leur valeur, car il est difficile de concevoir comment l'ordre public d'un pays pourrait être troublé du fait que des parties, résidant habituellement dans ce pays, auront éliminé sa loi interne particulière sur l'arbitrage pour appliquer dans leurs relations la loi uniforme, qui est une autre loi interne du même pays.

L'article 2 du projet constitue le pendant de la disposition que nous venons d'envisager. Il stipule que les parties peuvent exclure dans leurs rapports l'application de la loi uniforme. L'article 2 n'a pas cru devoir préciser quelles seraient les conséquences d'une telle stipulation. Il appartiendra aux juges des différents pays de tirer les conséquences de droit de cette stipulation, en considérant les principes du droit international privé.

Son domaine d'application ayant été ainsi fixé, la loi uniforme, au rebours des Conventions de Genève de 1923 et 1927, ne règle pas un aspect particulier de l'arbitrage, mais, lorsqu'elle est applicable, elle couvre, sous certaines réserves, l'ensemble de l'arbitrage, depuis la stipulation de la convention arbitrale jusqu'à l'exécution de la sentence.

Ce qui constitue la pièce essentielle du projet, en même temps que son originalité et son intérêt pratique le plus considérable, ce sont ses dispositions visant l'exécution des sentences arbitrales (art. 25 à 28) et celles concernant l'annulation de ces sentences.

En ce qui concerne tout d'abord l'exécution des sentences arbitrales, le principe reste bien, conformément à la solution actuellement admise dans la plupart des législations, que cette exécution n'est possible qu'après qu'un exequatur a été octroyé à la sentence par une autorité publique. L'article 25 du projet précise même que cette autorité devra être une autorité judiciaire, et qu'avant de statuer elle devra donner aux parties l'occasion de se faire entendre : garanties qui ont paru nécessaires, étant donné la valeur internationale que l'on a entendu attribuer à cet exequatur.

En effet, dès lors que la sentence des arbitres, dans un des pays où le projet sera devenu loi, aura été revêtue de l'exequatur, le principe admis à l'article 28 est que cette sentence peut être exécutée en tous pays, sans qu'un nouvel exequatur soit désormais nécessaire. Le système ainsi consacré n'est pas celui de la Convention de Genève ; mais dès ce moment il avait été envisagé, et les efforts faits pour le consacrer n'avaient échoué que par suite des divergences trop marquées qui existaient entre les diverses législations sur l'arbitrage. Ces différences étant considérablement réduites sinon éliminées par le projet, le Comité a cru le moment venu de réaliser le progrès décisif auquel on avait dû renoncer en 1927.

La sentence revêtue d'un exequatur dans l'un des pays où la loi uniforme est en vigueur, constitue, d'après le système du projet, un titre exécutoire dans tous les pays qui ont adopté la loi uniforme. En conséquence, aucun nouvel exequatur n'est désormais nécessaire ni même utile dans l'un quelconque de ces pays ; la demande d'un nouvel exequatur ne pourrait constituer qu'un abus de voies de droit, et une disposition du

projet (art. 26, al. 2) s'y oppose expressément. Si l'exequatur a été donné à une sentence dans un pays, cette sentence peut de plano être exécutée en tous pays, et tout ce que peut faire valoir la partie contre laquelle elle a été rendue, pour s'opposer à l'exécution en un pays donné, est soit que la sentence est contraire à l'ordre public de ce pays donné, soit que, dans ce pays, le recours à arbitrage n'aurait pas été admis pour le litige à propos duquel la sentence des arbitres est intervenue. Ces griefs mêmes, cependant, ne sauraient donner lieu à une nouvelle instance en exequatur ; ils constituent de simples incidents de la procédure d'exécution engagée en vertu de l'exequatur étranger ; il appartient aux lois particulières, conformément à l'article 38 du projet, de dire par quelle autorité et de quelle manière ces incidents seront réglés.

Un autre point essentiel du projet, qui selon ses auteurs constitue une amélioration très sensible de la situation de droit actuellement existante, est la liaison qui a été établie entre, d'une part, la procédure d'exequatur, dont nous venons de voir les effets, et, d'autre part, l'instance possible en annulation de la sentence.

Il paraît extrêmement désirable que, soit en première instance, soit comme instance d'appel, juge de l'exequatur et tribunal de l'annulation soient la même autorité, étant donné la connexité qui, de manière évidente, lie les deux problèmes. Les auteurs du projet se sont efforcés de parvenir à cette solution. Toutefois il n'était pas possible d'y parvenir d'une manière complète, l'autorité compétente dans les deux cas ne pouvant être désignée avec précision dans une loi internationale, qui doit tenir compte de la diversité des organisations judiciaires des Etats. On a donc dû se borner à faciliter la solution du problème dans le sens jugé désirable, d'une part en abandonnant aux lois particulières des différents pays la détermination des recours que comporte la décision donnée à la demande d'exequatur, d'autre part en établissant que l'annulation de la sentence doit être demandée dans le pays où l'exequatur de la sentence a été demandé (art. 37). Les législations particulières seront par là même en mesure de parfaire la concordance entre dispositions de compétence pour les deux instances, dans l'intérêt de la prompt solution des difficultés qui pourront se présenter.

Les cas dans lesquels l'annulation d'une sentence arbitrale devra être prononcée ont été énumérés limitativement par les articles 29 ss. du projet. Parmi ces cas ne figure pas, en règle générale, l'erreur de droit commise par les arbitres. Si les parties veulent se prémunir contre les erreurs de droit possibles de leurs arbitres, et si elles veulent être sûres que les principes généraux du droit seront respectés dans la solution de leur litige, il faut qu'elles le stipulent expressément : l'article 30 devient en ce cas applicable et permet l'annulation de la sentence. Une convention entre les parties est de même nécessaire, si celles-ci entendent se réserver le droit d'attaquer la sentence comme étant fondée sur des preuves que les arbitres n'avaient pas le droit de recevoir ou qu'ils ont irrégulièrement reçues.

L'article 30, en exigeant dans ces cas pour l'annulation une stipulation des parties, renverse absolument ce qui était la règle dans les pays

latins et notamment en France : il fait de l'amiable composition la règle et de l'arbitrage proprement dit l'exception. Dans le système du projet, les arbitres sont en principe des amiables compositeurs, c'est-à-dire qu'ils doivent bien statuer conformément à la loi, mais que leur sentence ne peut être annulée si, en fait, elle n'est pas conforme à la loi. Les arbitres ne cessent d'être des amiables compositeurs, dans le système du projet, que s'il existe entre les parties une stipulation expresse leur retirant ces pouvoirs et les obligeant à statuer en droit.

Ce renversement de la règle traditionnelle présente une gravité certaine. Au point de vue pratique cependant il n'apparaît pas que ses conséquences soient redoutables, et il est entièrement justifié. Dans les arbitrages internationaux, auxquels la loi internationale est en premier lieu appelée à s'appliquer, il est de fait que la clause d'amiable composition est d'ores et déjà devenue une clause de style ; les parties ne veulent pas qu'un appel fasse échec à leur désir de résoudre rapidement et sans publicité leur litige ; les arbitres de leur côté n'accepteraient pas leur mission s'ils n'étaient débarrassés des formes compliquées et minutieuses, souvent inconnues d'eux dans leurs détails, qui s'imposent dans les arbitrages proprement dits. La règle nouvelle, si elle constitue en théorie un changement de grande importance, ne fait donc au fond que consacrer un état de fait existant.

Une autre solution du projet, qui mérite d'être relevée, est que l'annulation de la sentence n'est possible pour absence de motifs, que si les parties ont exigé que la sentence soit motivée. Les rédacteurs du projet n'ont pas admis sans de grandes hésitations cette solution ; ils ne l'ont adoptée qu'à titre de transaction, pour faciliter l'adoption de la loi uniforme par les pays anglo-saxons, où règne la pratique de ne pas motiver les sentences arbitrales.

Une lacune apparente du projet est qu'il ne prévoit pas l'annulation d'une sentence par l'autorité d'un pays lorsque cette sentence est contraire à l'ordre public de ce pays. Cette omission pourtant est délibérée. Le seul remède dans un cas de ce genre est le refus de l'exequatur ou de l'exécution par les autorités du pays envisagé. Il n'aurait pas été possible d'admettre en un tel cas l'annulation de la sentence sans se heurter à de graves complications, car il aurait alors fallu apporter une réserve au principe que, de même que la décision sur l'exequatur, le jugement qui prononce l'annulation d'une sentence produit effet en tous pays. Il a paru préférable aux auteurs du projet de commettre par omission une certaine *inelegantia juris*, de façon à pouvoir admettre sans réserve le principe simple en question.

Les dispositions que nous venons d'étudier sont celles qui, au regard surtout du juriste français, présentent sans doute le plus grand intérêt, soit qu'elles apportent des modifications aux principes actuellement reçus en France, soit qu'elles constituent des améliorations que la pratique est impuissante à introduire par elle-même. D'autres dispositions du projet, sans avoir la même portée, méritent encore d'être notées, spécialement du point de vue du droit français.

En présence des hésitations de la jurisprudence française, il y a lieu

Il faut tout d'abord de noter le principe que, lorsqu'une clause compromissoire a été signée, l'exécution en nature de cette clause peut toujours être imposée par une partie à l'autre, et une juridiction arbitrale peut toujours être constituée, conduire une procédure et statuer, malgré le mauvais vouloir ou l'inertie d'une partie à cette clause. La bonne foi a paru commander cette solution, qui est celle de pratiquement toutes les lois étrangères, à quelque système qu'elles appartiennent.

Il est certain toutefois que l'arbitrage ne rend pas les mêmes services et que le recours à des arbitres doit, dans la plupart des cas, être découragé, lorsque, dès l'origine, l'une des parties manifeste sa mauvaise volonté, en refusant de participer à la constitution de la juridiction arbitrale ou de collaborer aux opérations de l'arbitrage. Se plaçant à un point de vue pratique, les rédacteurs du projet n'ont pu ignorer cette considération. Ils lui ont fait place dans le projet en prévoyant, dans un article 5, l'éventualité d'une renonciation tacite au bénéfice de la convention arbitrale. Si, au mépris d'une telle convention, une partie engage un litige en justice, cette partie perd par là même, pour le litige ainsi engagé, le droit de contester la compétence du tribunal par elle saisi en invoquant ultérieurement la convention arbitrale ; quant à son adversaire, il doit, s'il entend se prévaloir de la convention arbitrale, le faire sans aucun délai et faire valoir *in limine litis* l'incompétence du tribunal. D'autre part, si une partie à laquelle il incombe de nommer un arbitre n'effectue pas cette désignation dans le délai voulu, l'autre partie, au lieu de recourir au tribunal pour obtenir la désignation de l'arbitre, comme elle est en droit de le faire, peut, si les circonstances le permettent, interpréter la conduite de son adversaire comme une renonciation tacite à la convention arbitrale, et elle peut, en conséquence, soumettre le litige à la connaissance des tribunaux. Enfin si, les arbitres ayant été nommés, l'une des parties prétend qu'ils ne sont pas compétents sur une question donnée, l'autre partie, prenant acte de cette attitude, peut saisir le tribunal de cette question ; son adversaire ne peut alors changer d'avis et contester la compétence du tribunal en alléguant que les arbitres auraient été compétents pour connaître de la contestation.

Une disposition qui correspond dans une certaine mesure à l'art. 5 est l'art. 4 du projet, touchant la question de preuve de la convention arbitrale. En principe la preuve de la convention arbitrale, compromis ou clause compromissoire, doit être faite par écrit ; et il en est de même de la preuve des modifications qui peuvent être apportées à une convention arbitrale. Une seconde phrase de l'art. 4, pourtant, apporte à ce principe une dérogation. Les auteurs du projet ont voulu viser tant le cas où n'existe aucune convention arbitrale écrite que celui où une telle convention existe, mais où les arbitres, du consentement des parties, ont pu dépasser les limites de la compétence que cette convention leur assigne, en examinant une question connexe qui n'est pas couverte ou dont il est incertain si elle est couverte par les termes de la convention. En pareil cas il ne faut pas qu'une partie, ayant consenti à cet élargissement de la compétence des arbitres, et s'étant prêtée devant la juridiction arbitrale à la discussion de cette question, puisse par la suite, une sentence à elle défa-

vorable ayant été rendue, se prévaloir du fait qu'il n'existe pas d'écrit permettant de prouver la convention arbitrale, et attaquer de ce chef la sentence. La disposition finale de l'art. 4 lui en enlève la possibilité, en même temps qu'elle prévient des chicanes tardives sur l'interprétation des conventions arbitrales.

L'art. 6 prévoit la nullité de la convention arbitrale dans le cas le plus pratique où l'égalité des parties est rompue de la façon la plus nette : le cas où l'une des parties se voit concéder plus de droits que son adversaire dans la constitution de la juridiction arbitrale ; l'une des parties doit par exemple désigner deux arbitres, et son adversaire a le droit d'en désigner un seul. L'art. 6 du projet est une disposition tout à fait différente, dans son inspiration, du § 1025 de la loi allemande. Pour savoir si la convention est nulle, selon l'art. 6, il suffit d'examiner en soi la stipulation litigieuse, sans avoir à rechercher si la partie désavantagée a traité ou non sous l'empire de la contrainte ou en raison de son infériorité sociale ou économique. La prescription de l'art. 6 ne relève en aucune façon de la doctrine des vices du consentement ; la question des vices du consentement n'a été envisagée à aucun moment par les rédacteurs du projet, qui l'ont abandonnée au règlement des droits particuliers.

Les art. 7 à 14 du projet concernent la constitution de la juridiction arbitrale, ainsi que les changements qui peuvent intervenir dans sa composition. La plupart des règles édictées par ces articles sont de nature dispositive et il est permis aux parties d'y déroger, soit en faisant des stipulations expresses, soit en se référant aux dispositions d'un règlement donné d'arbitrage : les rédacteurs du projet l'ont marqué sans équivoque possible en insérant les mots « sauf stipulation contraire » dans tous les articles qui peuvent être écartés par la convention des parties. Il y a stipulation contraire, comme il est précisé à l'art. 40, lorsque les parties se sont référées à un règlement d'arbitrage dont les dispositions substituent leur réglementation à celle de la loi uniforme.

L'art. 7 n'exige pas que les arbitres soient nommés dans la convention elle-même. Sauf convention contraire, chacune des parties nomme un arbitre, et les arbitres désignés, s'ils sont en nombre pair, désignent eux-mêmes un nouvel arbitre. Il y a lieu de même à désignation d'un nouvel arbitre, en principe, lorsque l'application stricte de la convention des parties conduirait à la constitution d'une juridiction arbitrale composée d'un nombre pair d'arbitres. Le projet ne prohibe pas de façon absolue les juridictions composées d'un nombre pair d'arbitres, mais il a entendu rendre cette hypothèse tout à fait exceptionnelle : pour qu'elle puisse se présenter, il faudra non seulement que les parties aient prévu la nomination d'arbitres en nombre pair, mais encore qu'elles aient exclu expressément la disposition supplétive de l'art. 7, qui prévoit en ce cas la désignation d'un arbitre supplémentaire.

Lorsque la juridiction arbitrale est composée d'un nombre impair d'arbitres, l'un de ses membres en principe porte la qualification de président de la juridiction arbitrale. Cette appellation, conforme à la loi suédoise, a été préférée à celles de troisième arbitre ou de superarbitre, employées par certaines lois. La raison en est que l'arbitre ainsi désigné

peut en fait n'être pas le troisième ; et d'autre part il n'occupe pas dans la juridiction arbitrale une position supérieure, en tant que juge, à celle des autres arbitres. Les fonctions du président de la juridiction arbitrale sont précisées par l'art. 16 du projet. Le président est chargé des questions matérielles d'organisation de la procédure : location d'une salle pour les réunions des arbitres, choix d'un secrétaire pour rédiger le procès-verbal, accomplissement des démarches nécessaires pour que la sentence soit communiquée aux parties et déposée au lieu voulu, direction des débats. Dès qu'une question affecte au contraire le fond du litige, comme lorsqu'il s'agit de savoir si un témoin donné sera entendu, la solution de cette question dépasse la compétence du président de la juridiction arbitrale, et elle doit être donnée par une délibération de la juridiction arbitrale. Le président de la juridiction arbitrale, enfin, n'est pas tenu, comme en droit français le tiers arbitre, de se ranger à l'une des opinions exprimées par les arbitres ; son rôle commence dès le début de la procédure et, comme juge, il est placé exactement sur le même plan que les arbitres, ses collègues.

La capacité d'être arbitre n'est pas limitée par le projet qui, sous réserve de la possibilité de récuser certaines personnes, admet tout le monde à exercer la fonction d'arbitre. En particulier, adoptant une suggestion faite au Congrès panaméricain de Montevideo en décembre 1933, le projet précise à son art. 11 que la nationalité de l'arbitre est indifférente : toute personne peut être arbitre, quelle que soit sa nationalité.

Toute personne peut être arbitre, mais il est naturellement loisible aux parties, dans leur convention, de limiter le choix qu'elles pourront faire ultérieurement. Les parties peuvent par exemple stipuler qu'elles choisiront leurs arbitres parmi les personnes présentant telle ou telle qualification, ou qu'elles les choisiront parmi les personnes figurant sur une liste élaborée par une organisation donnée.

L'art. 12, dont il n'est pas permis aux parties d'écarter l'application, précise dans quels cas un arbitre peut être récusé. Si un mineur est désigné comme arbitre, il peut être récusé en raison de ce seul fait, sans que le juge de la demande de récusation ait à examiner s'il est ou non, et dans quelle mesure il est capable de discernement ; le projet laisse au droit international privé de déterminer la loi applicable pour savoir si une personne a ou non atteint l'âge de la majorité. Dans les autres cas, au contraire, le juge de la demande de récusation doit exercer sa sagacité et jouit d'un certain pouvoir d'appréciation. L'art. 12 lui laisse une grande discrétion, car il n'a pas paru possible d'épuiser la liste des hypothèses où la faculté de récuser l'arbitre est désirable.

Un cas spécial a été prévu au second alinéa de l'article : celui où il existe quelque circonstance susceptible d'inspirer des doutes sur l'impartialité ou l'indépendance de l'arbitre. Pour un tel motif, le projet ne reconnaît pas la possibilité de récuser tous les arbitres. Seul peut être récusé l'arbitre désigné d'accord entre les parties ou par le tribunal ou par les autres arbitres ou par un tiers. En revanche, l'arbitre nommé par l'une des parties ne peut être récusé en raison d'un doute relatif à son impartialité, hors le cas où cet arbitre est devenu président de la juridiction

arbitrale. La distinction ainsi admise par le projet constitue dans la théorie, par rapport à certaines législations, un grand changement ; mais il n'a pas paru désirable aux membres du Comité de se placer à un point de vue théorique, ni possible d'ignorer la pratique universelle, encore que peu recommandable, selon laquelle les arbitres nommés par les parties ont généralement tendance à se comporter comme les avocats de la partie qui les a nommés, la seule fonction proprement judiciaire étant réservée au troisième arbitre.

A ses articles 15 à 21, le projet a traité de la procédure de l'arbitrage. Le principe essentiel à ce sujet résulte de l'art. 15. Conformément à la **solution de la plupart des législations existantes** et au principe que l'amiable composition est désormais la règle, il appartient aux parties de fixer le lieu de l'arbitrage et les formes et délais de la procédure à suivre par les arbitres ; et, si les parties ont omis de ce faire, il appartient aux arbitres de combler les lacunes de la convention arbitrale à cet égard. Une dérogation au principe de liberté posé à l'art. 15 résulte de l'art. 17 : si une stipulation de la convention arbitrale a interdit aux parties de se faire représenter par un avocat dans la procédure de l'arbitrage, il est loisible aux arbitres de dispenser les parties de l'observation de cette stipulation.

L'art. 18 stipule que les arbitres peuvent entendre des témoins ou des experts pour s'éclairer sur le litige. L'insertion de cette disposition dans le projet, en ce qui concerne les experts, a été jugée opportune en considération du droit anglais et des droits américains. Le Comité a été unanime à penser que le mot « experts » pouvait également s'appliquer à des jurisconsultes, dans le cas où les arbitres, tenus ou non à statuer strictement en droit, jugeraient utile de s'éclairer sur l'aspect légal de la contestation à eux soumise. Le mot « expert », en revanche, ne peut s'appliquer à un tribunal, et en conséquence on ne saurait considérer comme visée à l'art. 18 la procédure connue du droit anglais (Arbitration Act, 1934, s. 9, sub-s. 1 a) et de certains droits américains selon laquelle l'arbitre peut, et dans certaines circonstances, doit demander à la Cour, pendant la procédure de l'arbitrage, quelle solution de droit comporte un point à lui déferé (special case). La possibilité de recourir à une telle procédure n'est pas reconnue, et elle est par conséquent exclue par le projet ; le texte de l'art. 18 devrait être modifié si l'on entendait conserver cette procédure, à l'encontre de laquelle le Comité a cru devoir prendre en considération de graves objections d'un ordre aussi bien pratique que théorique.

Signalons enfin pour finir la disposition de l'art. 20 du projet, qui est empruntée à la loi allemande (§ 1037). L'art. 20 permet à la juridiction arbitrale de procéder à l'instruction et au jugement du litige ou d'y surseoir, selon les circonstances, lorsque l'une des parties vient à alléguer que l'arbitrage ne doit pas avoir lieu ou que la procédure arbitrale doit être suspendue.

L'utilité pratique de cette disposition est évidente. Elle met obstacle à des manœuvres dilatoires de l'une des parties, en empêchant que des

recours constants, et non fondés, à l'autorité judiciaire, entravent le progrès de l'arbitrage.

L'art. 20 sera appelé à jouer dans un grand nombre de cas : si, la juridiction arbitrale ayant été constituée, une partie prétend que la contestation, ou un point donné du litige, échappe à sa compétence ; ou si une partie prétend que la convention arbitrale est nulle ; ou si elle fait valoir la connexité du litige soumis aux arbitres avec une autre contestation déjà déférée à justice ; ou si une partie allègue que la juridiction arbitrale a été irrégulièrement constituée ou que la récusation d'un arbitre lui a été à tort refusée. Dans tous ces cas les arbitres peuvent, selon les circonstances, procéder à l'instruction du litige, jusqu'à la sentence définitive, ou y surseoir ; les circonstances qu'ils prendront en considération seront principalement le caractère plus ou moins sérieux de l'objection élevée par la partie, ainsi que le montant plus ou moins élevé des frais nécessités par une procédure arbitrale qui est menacée dans sa base.

La délibération par laquelle les arbitres décident, en une circonstance donnée, de procéder à l'instruction du litige ou d'y surseoir ne peut être attaquée par une partie. Si les arbitres décident de procéder à l'instruction du litige cette partie peut continuer à prendre part aux opérations de l'arbitrage sans perdre pour autant le droit de faire valoir la raison qui, selon elle, justifiait le sursis. Le projet a d'autre part prévu le cas où la sentence des arbitres serait rendue, et son exequatur demandé, avant qu'un tribunal ait pu se prononcer sur la critique faite par l'une des parties à la compétence des arbitres ou à la procédure de l'arbitrage. Le jeu combiné des articles 27 et 29 empêche que la sentence soit rendue, dans cette hypothèse, exécutoire, lorsque la critique ainsi élevée est autre chose qu'une simple manœuvre dilatoire.

Telles sont les principales dispositions du projet de loi uniforme sur l'arbitrage, établi par l'Institut international de Rome pour l'unification du droit privé. Les rédacteurs de ce projet ont tenté, en s'inspirant d'un esprit essentiellement pratique, de faire un nouveau pas en avant dans la voie, amorcée déjà à Genève, de l'unification des lois sur l'arbitrage. Les solutions qu'ils ont été amenés à proposer n'ont sans doute pas toujours recueilli leur adhésion unanime, et il sera sans doute facile de les critiquer, soit d'un point de vue théorique, soit du point de vue pratique de l'arbitrage, tel qu'il fonctionne actuellement dans tel ou tel pays déterminé. Mais il s'agit là de critiques qui pourront toujours être adressées à toute œuvre d'unification législative ; et la question véritable que l'on doit se poser est si, au delà de ces critiques, le projet considéré dans son ensemble, avec son caractère transactionnel, constitue ou non un progrès, et s'il paraît apte à favoriser l'essor des relations internationales. La réponse à cette question ne paraît pas douteuse, et l'accueil fait au projet par les milieux commerciaux auxquels il a été communiqué laisse bien augurer de son avenir.

ANNEXE

PROJET D'UNE LOI UNIFORME SUR L'ARBITRAGE EN DROIT PRIVÉ

Domaine d'application de la loi

ARTICLE PREMIER. — La présente loi est applicable lorsque les parties, au moment où la convention arbitrale est conclue, ont leur résidence habituelle en des pays différents où la présente loi est en vigueur. La loi est applicable en ce cas quel que soit le lieu où lors de la naissance du litige les parties ont leur résidence habituelle.

Si l'une des parties est une personne juridique ou une société, on entend par résidence habituelle de cette partie le lieu où est situé l'établissement qui a conclu la convention arbitrale, même si cet établissement n'est qu'une succursale.

La nationalité des parties n'est pas prise en considération.

La présente loi est également applicable toutes les fois que les parties en ont stipulé l'application.

ART. 2. — Les parties peuvent exclure l'application de la présente loi.

La convention arbitrale

ART. 3. — Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition.

Une convention arbitrale visant des contestations futures n'est valable que si elle concerne les contestations qui découlent d'un contrat ou autre rapport de droit déterminé.

ART. 4. — La preuve d'une convention arbitrale ou de modifications à une convention arbitrale doit être faite par écrit. Elle peut également résulter du procès-verbal des arbitres ou de la sentence arbitrale, s'il ressort de ces documents que les parties ont admis, explicitement ou implicitement, l'existence de la convention ou de ses modifications.

ART. 5. — Une partie ne peut plus invoquer une convention arbitrale, en ce qui concerne une contestation donnée, lorsqu'elle a manifesté sa volonté de ne pas s'en prévaloir ou de ne pas être liée par cette convention.

Le fait de demander en justice une mesure conservatoire n'empêche pas d'invoquer une convention arbitrale.

ART. 6. — La convention arbitrale n'est pas valable si elle confère à l'une des parties une situation privilégiée en ce qui concerne la désignation des arbitres.

La juridiction arbitrale

ART. 7. — L'arbitre ou les arbitres peuvent être désignés soit dans la convention arbitrale soit postérieurement à cette convention.

Si la convention ne dit pas en quel nombre et comment les arbitres doivent être désignés, chacune des parties désigne un arbitre.

Sauf stipulation contraire, lorsque les arbitres nommés conformément à la convention ou selon les dispositions de l'alinéa précédent sont en nombre pair, ils désignent avant d'entrer en fonction un autre arbitre qui est, de droit, le président de leur juridiction ; lorsqu'ils sont en nombre impair, ils désignent parmi eux le président de la juridiction arbitrale. Faute d'accord entre les arbitres, ces désignations sont faites par le tribunal.

ART. 8. — La partie qui se prévaut de la convention arbitrale précise la contestation qu'elle soulève et, s'il y a lieu, désigne son arbitre. Elle en donne avis à la partie adverse et, s'il y a lieu, à la personne qui, en vertu de la convention arbitrale, est chargée de désigner un arbitre. Ces notifications peuvent être faites par lettre recommandée.

ART. 9. — Si la partie adverse ou la personne invitée à désigner un arbitre ne l'a pas fait dans un délai de trente jours francs, le tribunal désigne cet arbitre. Si la notification est faite par lettre recommandée, le délai court du jour où la lettre a dû normalement arriver à destination. La convention arbitrale peut apporter des modifications à ces règles.

ART. 10. — Sauf stipulation contraire, si un arbitre meurt ou devient incapable ou donne sa démission, il est pourvu à son remplacement de la même manière qu'il avait été désigné, conformément aux articles 7 à 9 ; si l'arbitre est récusé ou révoqué, le nouvel arbitre est désigné par le tribunal.

Toutefois, si l'arbitre avait été désigné nommément dans la convention arbitrale elle-même en raison de ses qualités personnelles et que les parties ne s'entendent pas pour le remplacer, la convention arbitrale, sauf stipulation contraire, devient caduque. Elle demeure cependant valable en ce qui concerne une contestation future si au moment où celle-ci vient à surgir, l'empêchement de l'arbitre a pris fin.

ART. 11. — Toute personne peut être désignée comme arbitre, sauf stipulation contraire. La nationalité de l'arbitre n'est pas prise en considération.

Le décès d'une partie ne met pas fin à la fonction de l'arbitre qu'elle a désigné, à moins que les parties n'en aient stipulé autrement.

ART. 12. — Un arbitre peut être récusé lorsqu'il n'a pas atteint l'âge de la majorité ou

lorsque, en raison d'une condamnation par lui encourue, ou pour défaut de discernement, maladie, absence ou pour quelque autre motif, l'arbitre ne saurait accomplir sa fonction de façon satisfaisante ou dans un délai raisonnable.

L'arbitre désigné d'accord entre les parties ou par un tiers peut être en outre récusé s'il existe quelque circonstance susceptible d'inspirer des doutes sur son impartialité ou son indépendance. Le président de la juridiction arbitrale peut être récusé pour la même cause.

Sauf stipulation contraire, une partie ne peut récuser l'arbitre par elle désigné que pour une cause survenue après cette désignation.

ART. 13. — La demande de récusation doit être adressée à la juridiction arbitrale par une partie avant le prononcé de la sentence, et aussitôt que cette partie a eu connaissance du motif de récusation.

Si la juridiction arbitrale rejette la demande de récusation cette décision peut être attaquée devant le tribunal.

ART. 14. — Si un arbitre, ayant accepté sa fonction, tarde indûment à la remplir, le tribunal peut le révoquer.

Procédure de l'arbitrage

ART. 15. — Les parties fixent le lieu de l'arbitrage et les formes et délais de la procédure à suivre par la juridiction arbitrale. Si elles ne l'ont pas fait avant le moment où les arbitres ont accepté leur fonction, il appartient à la juridiction arbitrale de le faire.

ART. 16. — Le président de la juridiction arbitrale règle la police des audiences et dirige les débats. Il prend soin des convocations et autres questions matérielles d'organisation de la procédure.

ART. 17. — La juridiction arbitrale, si la convention ne l'autorise pas à juger sur pièces, doit donner aux parties la possibilité de comparaître et de faire valoir leur cause. Les parties peuvent être convoquées par lettre recommandée. Si une partie, sans empêchement légitime, ne comparaît pas, la juridiction arbitrale peut néanmoins examiner l'affaire et trancher la contestation.

Nonobstant toute clause contraire, la juridiction arbitrale peut admettre le droit pour les parties de se faire représenter ou assister par des tiers.

ART. 18. — La juridiction arbitrale, même autorisée à juger sur pièces, peut entendre des témoins ou des experts pour s'éclairer sur le litige.

ART. 19. — Si la juridiction arbitrale estime nécessaire un acte auquel elle ne peut pas procéder elle-même, cet acte est accompli par l'autorité compétente, à la requête de l'une des parties.

ART. 20. — La juridiction arbitrale peut, selon les circonstances, procéder à l'instruction et au jugement du litige ou y surseoir, si l'une des parties vient à alléguer que l'arbitrage ne doit pas avoir lieu ou que la procédure arbitrale doit être suspendue. Elle peut même d'office surseoir à l'instruction et au jugement du litige s'il existe un motif suffisant pour prendre cette mesure.

ART. 21. — La convention arbitrale devient caduque, pour la contestation soulevée en l'espèce, si la sentence n'est pas rendue dans l'année à partir du jour où la convention arbitrale a été conclue. S'il s'agit d'une convention arbitrale visant des contestations futures, le délai part du jour où l'application de la convention a été demandée.

Le délai peut être prorogé par les parties ou, s'il existe une raison spéciale de le faire, par le tribunal.

Les dispositions du présent article peuvent être modifiées par la convention des parties.

La sentence arbitrale

ART. 22. — La sentence est rendue à la majorité absolue des voix après une délibération à laquelle tous les arbitres doivent assister en personne. Si une majorité absolue ne peut pas se former, la voix du président est prépondérante. Toutefois, si le président est un arbitre désigné par une seule des parties, la convention en pareil cas devient caduque en ce qui concerne la contestation soulevée en l'espèce. Il en est de même si la juridiction arbitrale se compose de deux arbitres et que ceux-ci ne parviennent pas à s'entendre. Les dispositions du présent alinéa peuvent être modifiées par la convention arbitrale.

La sentence est rédigée par écrit et signée par les arbitres. La signature de la majorité ou, en cas de partage, celle du président de la juridiction arbitrale, suffit si la sentence constate les motifs pour lesquels les signatures des autres arbitres font défaut.

La sentence indique le lieu et la date où elle est rendue.

ART. 23. — La juridiction arbitrale peut prononcer une sentence partielle et réserver pour une autre sentence d'autres points contestables du litige, si cela est possible sans préjudice pour les parties.

ART. 24. — Le président de la juridiction arbitrale dépose la sentence au lieu prévu

par la convention arbitrale ou, faute d'une telle stipulation, en un lieu déterminé par la juridiction arbitrale. Il donne avis de ce fait aux parties et leur communique le dispositif de la sentence. Ces notifications peuvent être faites par lettre recommandée.

Exécution de la sentence

ART. 25. — La sentence ne peut faire l'objet d'une procédure d'exécution forcée qu'après avoir été déclarée exécutoire par l'autorité judiciaire. L'autorité judiciaire saisie d'une demande d'exequatur donne aux parties, avant de statuer, la possibilité de se faire entendre.

ART. 26. — L'autorité judiciaire refuse d'office l'exequatur si la sentence est contraire à l'ordre public ou si les arbitres se sont prononcés sur un point qui ne pouvait pas être soumis à arbitrage d'après la loi du pays où l'exequatur est demandé.

L'autorité judiciaire refuse également l'exequatur si, dans un pays où la présente loi est en vigueur, la sentence a déjà été revêtue d'un exequatur ou si l'autorité saisie dans l'un de ces pays a sursis à sa décision, conformément à l'article 27.

ART. 27. — L'autorité judiciaire surseoit à l'exequatur si la partie assignée rend vraisemblable qu'il existe à son profit un motif d'annulation de la sentence.

Lorsqu'un motif d'annulation est invoqué, l'autorité judiciaire, si elle accorde néanmoins l'exequatur, peut subordonner à une caution l'exécution de la sentence pendant l'instance en annulation.

ART. 28. — Lorsqu'une sentence a été déclarée exécutoire par l'autorité judiciaire dans l'un des pays où la présente loi est en vigueur, elle peut faire l'objet d'une procédure d'exécution forcée dans l'un quelconque de ces pays.

L'exécution forcée est néanmoins refusée si la sentence est contraire à l'ordre public du pays où l'exécution est demandée ou si la sentence a été rendue dans une matière pour laquelle la loi de ce pays n'admet pas le recours à arbitrage.

Annulation de la sentence

ART. 29. — La sentence est annulée dans les cas suivants :

- 1° S'il n'existe pas une convention arbitrale valable ;
- 2° Si la sentence a été rendue par une juridiction arbitrale irrégulièrement constituée ou que la récusation d'un arbitre ait été à tort refusée par la juridiction arbitrale ;
- 3° Si la juridiction arbitrale a excédé sa compétence ou ses pouvoirs ; toutefois l'annulation de la sentence peut, en ce cas, n'être que partielle ;
- 4° S'il n'a pas été donné aux parties la possibilité de faire valoir leur cause, ou si la procédure n'a pas été conduite impartialement, ou s'il a été commis dans la procédure arbitrale quelque faute grave qui a eu une influence sur la solution du litige ;
- 5° Si la sentence a été rendue après l'expiration du délai prévu à l'art. 21 ;
- 6° Si la sentence n'est pas signée conformément aux dispositions de l'art. 22, al. 2 ;
- 7° S'il s'agit d'une sentence partielle, lorsque l'une des parties subit un préjudice de ce fait ;
- 8° Si la sentence n'est pas motivée, lorsque les parties ont stipulé qu'elle serait pourvue de motifs.

ART. 30. — La sentence est en outre annulée si les arbitres n'ont pas respecté les règles du droit, lorsque les parties ont expressément stipulé qu'ils appliqueraient ces règles, sous peine de nullité.

ART. 31. — La sentence peut être annulée si la juridiction arbitrale a omis de statuer sur l'un des points à elle soumis. Le tribunal, s'il maintient en ce cas la sentence, est compétent pour régler les points non tranchés par la juridiction arbitrale, s'il trouve l'affaire en état et que l'une des parties dépose des conclusions en ce sens.

Le tribunal peut également, à la requête de l'une des parties, renvoyer la sentence à la juridiction arbitrale, pour que celle-ci, dans un délai par lui fixé, rende une sentence complémentaire.

Une erreur purement matérielle dans la sentence peut être corrigée par le tribunal.

ART. 32. — La sentence est annulée si elle a été obtenue par la fraude de l'une des parties, ou si elle est fondée sur une preuve reconnue fausse, ou si elle a été rendue dans l'ignorance d'une pièce qui présente une importance décisive et que le demandeur n'a pas été dans la possibilité de produire avant que la sentence soit rendue.

ART. 33. — L'annulation de la sentence doit être demandée par une partie dans un délai de soixante jours à partir du jour où cette partie a reçu la communication à elle faite du dispositif de la sentence. Si la communication est faite par lettre recommandée, le délai court du jour où la lettre a dû normalement arriver à destination.

Dans le cas de l'article 32, la nullité doit être demandée dans un délai de quatre-vingt-dix jours francs à dater de la découverte de la fraude ou du faux ou des pièces nouvelles. Elle cesse de pouvoir être demandée lorsque trois années se sont écoulées depuis la date de la sentence.

ART. 34. — La sentence ne peut être annulée à la requête d'une partie si cette partie doit être considérée comme ayant renoncé par sa conduite à faire valoir le vice qu'elle invoque.

Si, au moment où un vice est intervenu, une partie a fait des réserves expresses, cette partie peut invoquer ce vice, même si elle a participé aux opérations ultérieures de l'arbitrage.

La désignation par elle d'un arbitre n'enlève pas à une partie le droit d'alléguer l'incompétence de la juridiction arbitrale.

Frais et honoraires

ART. 35. — Sauf stipulation contraire la sentence se prononce sur les frais de l'arbitrage et sur les honoraires des arbitres, et elle fixe qui doit en supporter la charge. La juridiction arbitrale peut toutefois remettre au tribunal la fixation des honoraires des arbitres.

Les parties sont solidairement responsables du paiement des honoraires et frais des arbitres. La décision relative à ces honoraires et frais peut être attaquée par une partie indépendamment du reste de la sentence, dans le délai fixé à l'article 33, al. 1.

Juridiction compétente

ART. 36. — Le tribunal compétent pour statuer sur la désignation, la récusation ou la révocation d'un arbitre ou du président de la juridiction arbitrale, ou sur la prorogation du délai de l'arbitrage, ou sur les honoraires et frais des arbitres, est le tribunal prévu par les parties. Faute d'une telle stipulation, le tribunal compétent est celui du lieu de l'arbitrage. Si le lieu de l'arbitrage n'a pas été fixé, le tribunal compétent est celui du lieu où la partie assignée a sa résidence habituelle.

Les décisions du tribunal en ces matières ne sont susceptibles d'aucun recours.

ART. 37. — L'exequatur doit être demandé au lieu prévu par les parties. Faute d'une telle stipulation, il peut être demandé au lieu où la partie assignée a sa résidence habituelle, ou au lieu où la sentence a été prononcée, ou en tout autre lieu où la partie assignée possède des biens susceptibles de faire l'objet d'une exécution forcée.

L'annulation de la sentence doit être demandée au lieu où l'exequatur a été demandé. Si un exequatur n'a pas été demandé, le tribunal compétent pour statuer sur l'annulation de la sentence est celui prévu par les parties ou, faute d'une telle stipulation, le tribunal du lieu où la partie assignée a sa résidence habituelle.

Les lois nationales règlent la question des recours contre les décisions rendues sur leurs territoires en matière d'exequatur ou d'annulation des sentences.

Dispositions complémentaires

ART. 38. — Lorsque leur forme n'a pas été réglée par la présente loi, les actes de procédure sont accomplis conformément à la loi du pays où ils interviennent.

ART. 39. — L'arbitrage est régi par la présente loi, dans la mesure où les dispositions peuvent en être appliquées lorsque la mission de l'arbitre, en vertu de la convention arbitrale, est simplement d'établir un point de fait, sans se prononcer sur les conséquences de droit qui en résultent.

ART. 40. — Les mots « convention arbitrale » ou « stipulation des parties » dans la présente loi comprennent les dispositions du règlement d'arbitrage auquel les parties ont pu se référer.

Les mots « juridiction arbitrale » comprennent les organes qui peuvent être prévus en dehors des arbitres par la convention arbitrale.

Dans la convention introduisant la loi uniforme, on stipulerait en outre que la sentence serait soumise à un simple droit fixe d'enregistrement et qu'une fois ce droit perçu et l'exequatur accordé dans un pays donné aucun droit ne serait plus perçu si la sentence venait à être invoquée dans un autre pays.





BOSC FRÈRES, M. & L. RIOU

°° °° °° IMPRIMEURS-ÉDITEURS °° °° °°

°° 42, QUAI GAILLETON, 42 °°

°° °° °° °° LYON °° °° °° °°



214

UNION OF THE AMERICAN PEOPLE

OF THE STATE OF NEW YORK

IN SENATE

JANUARY 18, 1892

215

