

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.

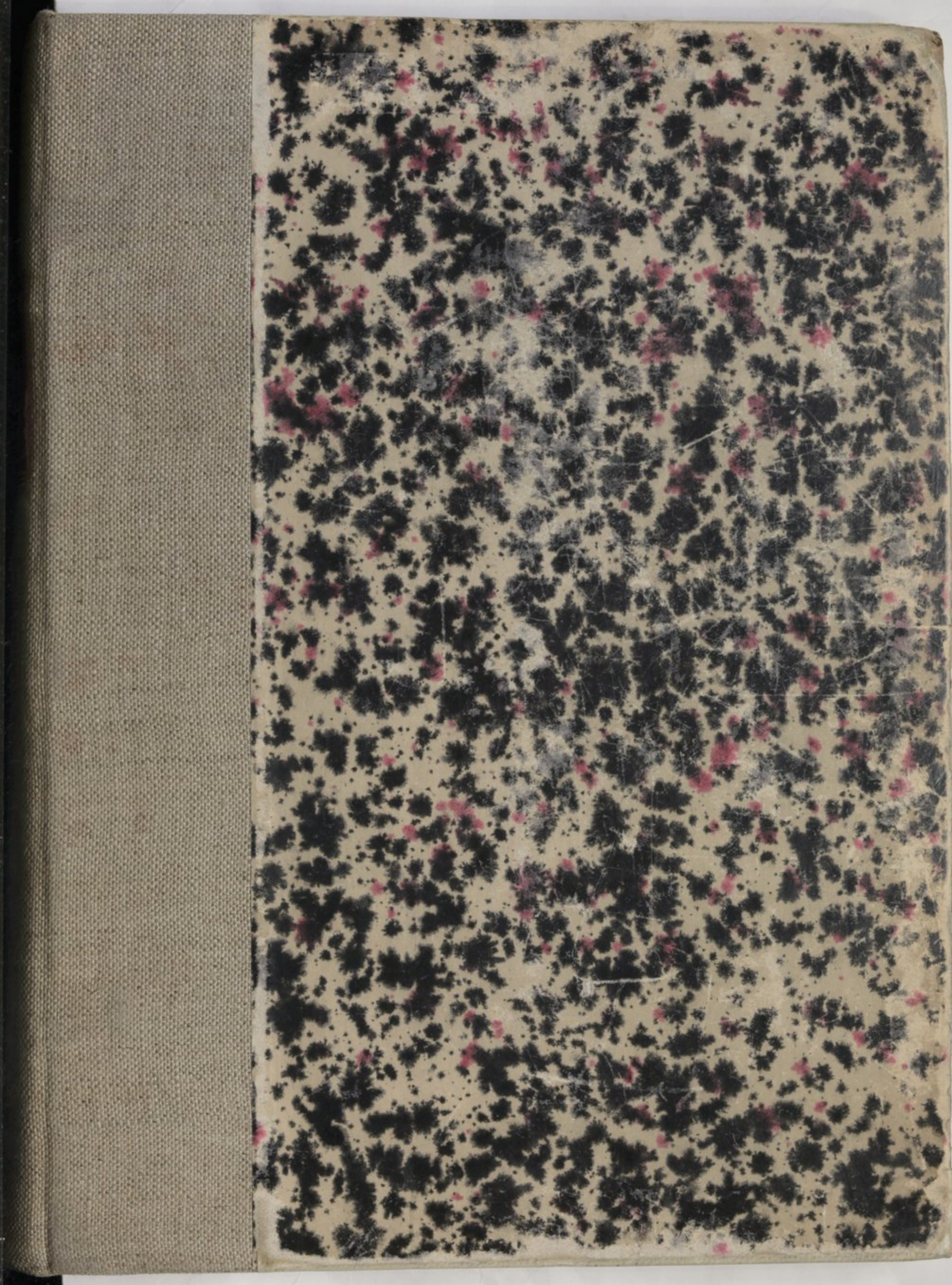
*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions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

PREMIÈRE PARTIE

LES ASPECTS, LES FONCTIONS
ET LES SOURCES DU DROIT COMPARÉ

DEUXIÈME PARTIE

INSTRUMENTS D'ÉTUDES
DU DROIT COMPARÉ

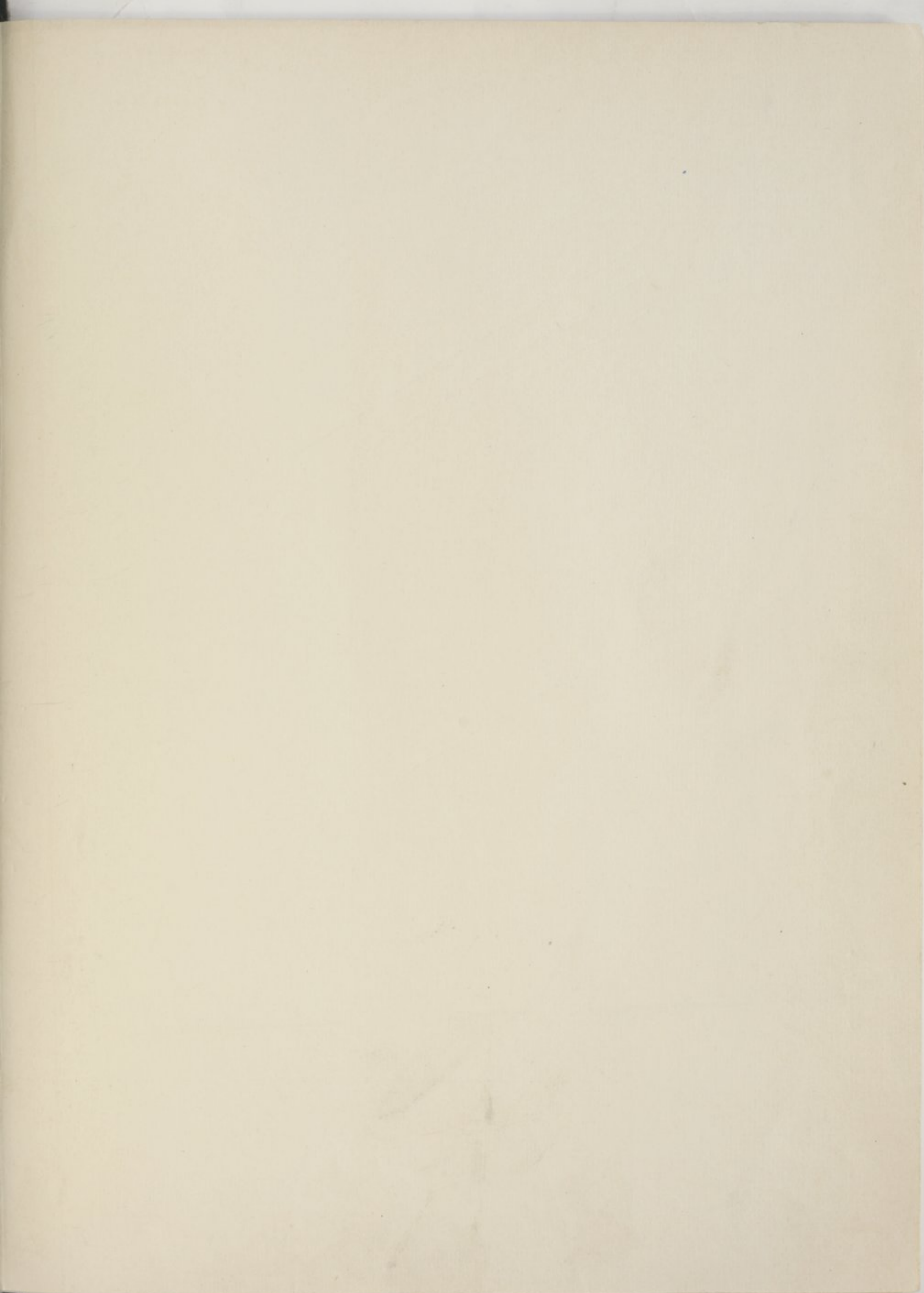
7399

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ ANONYME
DU RECUEIL SIREY

22, Rue Soufflot, PARIS (V^e)

—
1938







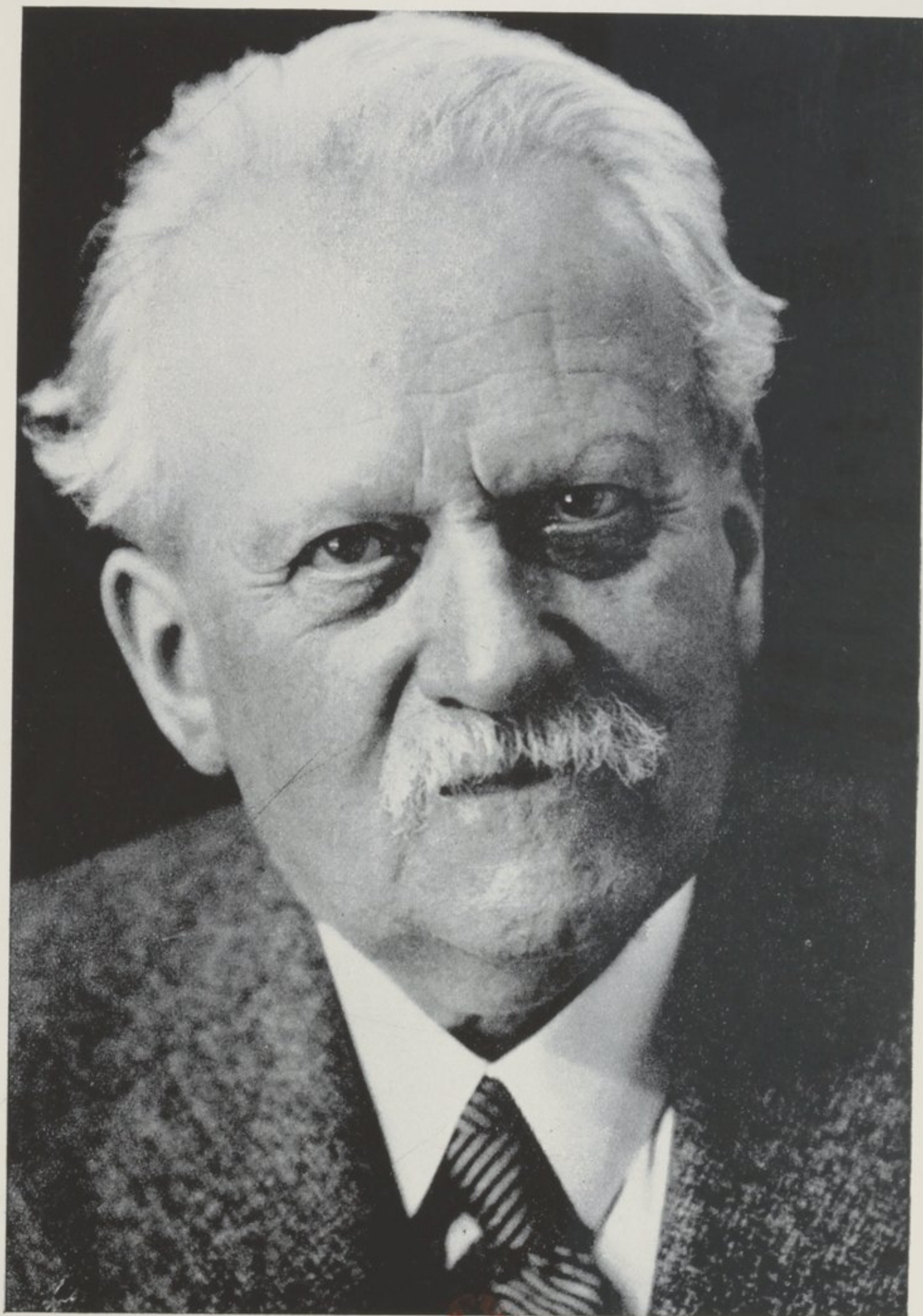


Photo BLANC et DEMILLY, LYON.

INTRODUCTION A L'ÉTUDE DU DROIT COMPARÉ

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

PREMIÈRE PARTIE

LES ASPECTS, LES FONCTIONS
ET LES SOURCES DU DROIT COMPARÉ

DEUXIÈME PARTIE

INSTRUMENTS D'ÉTUDES
DU DROIT COMPARÉ

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

4° F
4572

(1)



LISTE DES SOUSCRIPTEURS

- AOUAD, Ibrahim, Avocat, Beyrouth (Liban).
ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, Professeur à l'Université Egyptienne, Le Caire (Egypte).
ARÈNE, Benoît, Professeur à l'Ecole de Droit de Beyrouth (Liban).
BLAGOYEVITCH, Vidan O., Privatdozent à l'Université de Belgrade (Yougoslavie).
BOYÉ, A.-J., Directeur de l'Ecole française de Droit, Le Caire (Egypte).
BUCKLAND, W.-W., Professeur de Droit, Cambridge (Angleterre).
BYÉ, Maurice, Professeur à la Faculté de Droit de Toulouse (France).
CAPITANT, Henri, †, Professeur honoraire à la Faculté de Droit de Paris (France).
CARDAHI, Choucri, Professeur à l'Ecole de Droit de Beyrouth (Liban).
CHAMPENOIS, J.-J., Paris (France).
COLLINET, Paul, Professeur à la Faculté de Droit de Paris (France).
CORNIL, G., Professeur à l'Université libre de Bruxelles (Belgique).
COSTIN, Alexandre, Conseiller à la Haute Cour de Cassation et de Justice de Roumanie, Bucarest (Roumanie).
CROZAT, Ch., Professeur ordinaire à la Faculté de Droit de l'Université d'Istanbul (Turquie).
DOR, Georges, Professeur à la Faculté de Droit de Liège (Belgique).
DOWDALL, Juge à Hoylake (Angleterre).
DUQUESNE, J., Doyen de la Faculté de Droit de Strasbourg (France).
ESCARRA, Jean, Professeur à la Faculté de Droit de Paris (France).
FABRE-SURVEYER, Edouard, Juge à la Cour Supérieure de la Province de Québec, Montréal (Canada).
FRASER, T.-H., Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Egyptienne, Le Caire (Egypte).
FREUND, Heinrich, Avocat, Berlin (Allemagne).
FROMAGEOT, Juge à la Cour Permanente de Justice Internationale, La Haye (Pays-Bas).
GARRAUD, Pierre, Doyen de la Faculté de Droit de Lyon (France).
GÉNY, François, Professeur et Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Nancy (France).
GIANNINI, Sénateur du Royaume d'Italie, Professeur à l'Université de Rome, (Italie).
GOENENSAY, A.-Samim, Professeur à la Faculté de Droit d'Istanbul (Turquie).
GOUNOT, Emmanuel, Professeur à la Faculté Libre de Droit de Lyon (France).
GRAULICH, Professeur à la Faculté de Droit de Liège (Belgique).

- GUILLOIS, Doyen de la Faculté de Droit de Dijon (France).
GUTTERIDGE, H.-C., Professeur, Cambridge (Angleterre).
HATZIÉGANOU, Emile, Doyen de la Faculté de Droit de Cluj (Roumanie).
HENNEBICQ, Professeur à l'Institut international de Commerce de Bruxelles (Belgique).
HERMANN, Erich, Berlin (Allemagne).
HORKHEIMER, Max, Directeur de l'International Institute of Social Research, New-York (Etats-Unis).
Mme HUVELIN, Lyon (France).
IONASCO, Aurélien, Professeur à la Faculté de Droit de Cluj (Roumanie).
IONASCO, Trajan-R., Professeur de Droit civil à l'Université de Jassy (Roumanie).
JAFFIN, George, Avocat, New-York (Etats-Unis).
JANNE, Xavier, Professeur à l'Université de Liège, Verviers (Belgique).
JARRA, Eugène, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Joseph Pilsudski à Varsovie (Pologne).
JENNINGS, W. Ivor, Professeur à Londres (Angleterre).
JOLOWICZ, Professeur à Londres (Angleterre).
JOSSE RAND, Louis, Conseiller à la Cour de Cassation, Paris (France).
JUSTO, Alberto-M., Docteur en Droit, Avocat, Buenos-Aires (Argentine).
KENNEDY, W.-P., Professeur à l'Université de Toronto (Etats-Unis).
KOLLEWIJN, R.-D., Professeur à l'Université de Groningen (Pays-Bas).
KONSTANTINOVITCH, Michailo, Professeur à la Faculté de Droit de Béograd, (Yougoslavie).
DE KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, J., Professeur à l'Université de Varsovie (Pologne).
KUHN, Arthur-K., New-York (Etats-Unis).
KUNCZ, Odon, Professeur de Droit commercial à la Faculté de Droit de Budapest (Hongrie).
LABORDE-LACOSTE, Professeur à la Faculté de Droit de Bordeaux (France).
LAMEIRE, I., Professeur honoraire à la Faculté de Droit de Lyon (France).
LEE, R.-W., Professeur, Oxford (Angleterre).
LÉVY-BRUHL, Professeur à la Faculté de Droit de Paris (France).
LOESCH, Avocat à Luxembourg (Luxembourg).
LONGCHAMPS DE BERIER, Roman, Professeur à l'Université de Lwów (Pologne).
The Right Hon. Lord MACMILLAN, G. C. V. O., Lord of Appeal, Londres (Angleterre).
MAGNILLAT, A., Président de la Chambre des Notaires du Rhône, Lyon (France).
MAURY, Jacques, Professeur à la Faculté de Droit et Directeur de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Toulouse (France).
MÉTYA, Nusret, Professeur à la Faculté de Droit d'Ankara, Ancien Président du Conseil d'Etat, Président de la Banque Centrale de la République de Turquie, Ankara (Turquie).
MOTT, Professeur à Hamilton (U.S.A.).
NÉGRÉA, Camille, Professeur à la Faculté de Droit de Cluj (Roumanie).
NIJHOFF, Martinus, La Haye (Pays-Bas).

PADOUX, Georges, Ministre Plénipotentiaire, Conseiller du Gouvernement Chinois, Shanghai (Chine).

PANÉA, George, Avocat, Hammond (Etats-Unis, Ind.).

PERREAU, E.-H., Professeur à la Faculté de Droit de Toulouse (France).

PLUCKNETT, Théodore, Professeur à Wimbledon (Angleterre).

POLITIS, N., Membre de l'Institut, Ministre de Grèce, Paris (France).

RABEL, Ernst, Professeur, Berlin (Allemagne).

RADCLIFFE, Professeur à Londres (Angleterre).

RAYNAUD, Doyen de la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence (France).

ROSSI, Luigi, Professeur à l'Université de Rome (Italie).

SABOIA DE MEDEIROS, Avocat, Rio-de-Janeiro (Brésil).

SCHMITT, Carl, Conseiller d'Etat et Professeur à l'Université de Berlin (Allemagne).

SENN, F., Doyen de la Faculté de Droit de Nancy (France).

SIMONIUS, Auguste, Professeur à la Faculté de Droit de Bâle (Suisse).

SOFRONIÉ, Georges, Professeur à la Faculté de Droit de Cluj (Roumanie).

SOLNAR, Vladimir, Professeur à l'Université Charles-IV, Prague (Tchécoslovaquie).

SOMMER, Otakar, Professeur à l'Université Charles-IV, Prague (Tchécoslovaquie).

STARKE, J.-G., Membre du Secrétariat de la S.D.N., Genève (Suisse).

STOICESCO, C., Recteur de l'Université de Bucarest (Roumanie).

SUGIYAMA, Naojiro, Professeur, Tokio (Japon).

TABBAH, Bichara, Conseiller à la Cour d'Appel de Beyrouth (Liban).

TEILHAC, Ernest, Professeur à l'Ecole de Droit de Beyrouth (Liban).

TROTABAS, Professeur à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence (France).

DEL VECCHIO, Giorgio, Directeur de la Bibliothèque de l'Institut International pour l'Unification du Droit privé, Rome (Italie).

WALTON, Professeur à Edimbourg (Ecosse).

WENGER, Leopold, Professeur à l'Université de Vienne (Autriche).

WINIZKY, Ignacio, Docteur en Droit, Avocat, Buenos-Aires (Argentine).

ZOLL, Professeur à Cracovie (Pologne).

Bibliothèque Royale, La Haye (Pays-Bas).

Bodleian Library, Oxford (Angleterre).

British Museum, Londres (Angleterre).

Bureau International du Travail, Genève (Suisse).

Bureau de l'Union Internationale des Télécommunications, Berne (Suisse).

Chambre des Députés, Paris (France).

Circolo Giuridico de l'Université Royale de Sienne (Italie).

Dalhousie Law School, Halifax (Etats-Unis).

Ecole Française de Droit, Beyrouth (Liban).

Ecole Française de Droit, Le Caire (Egypte).

Ecole Normale Supérieure, Paris (France).

- Faculté de Droit d'Ankara (Turquie).
Faculté de Droit de Bâle (Suisse).
Faculté de Droit de Bagdad (Irak).
Faculté de Droit de Batavia (Indes Néerlandaises).
Faculté de Droit de l'Université de Bologna (Italie).
Faculté de Droit de Caen (France).
Faculté de Droit de l'Harvard University, Cambridge (Etats-Unis, Mass.).
Faculté de Droit de la Northwestern University, Chicago (Etats-Unis).
Faculté de Droit de l'Université de Fribourg (Suisse).
Faculté de Droit de l'Université de Gand (Belgique).
Faculté de Droit de Genève (Suisse).
Faculté de Droit de l'Université d'Istanbul (Turquie).
Faculté de Droit de l'Université de Lausanne (Suisse).
Faculté de Droit de l'Université de Liège (Belgique).
Faculté libre de Droit de Lille (France).
Faculté catholique de Droit de Lyon (France).
Faculté de Droit de l'Université de Nancy (France).
Faculté de Droit de Paris (France).
Faculté de Droit de la Yale-University (Etats-Unis).

Graduate Faculty, New School for Social Research, New-York (Etats-Unis).

Hukuk Ilmini Yayma Kurumu, Ankara (Turquie).

Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Berlin (Allemagne).
Institut de Droit Comparé de Toulouse (France).
Institut für Rechtsvergleichung, Universität de Munich (Allemagne).
Institut français Ernest Denis, Prague (Tchécoslovaquie).
Institut français de Varsovie (Pologne).
Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches Recht und Völkerrecht, Berlin (Allemagne).
Istituto di diritto commerciale comparato de Milan (Italie).
Istituto di Filosofia del Diritto et di Diritto Comparato, Université de Padova (Italie).
Istituto Giuridico, Université Royale de Parme (Italie).
Istituto Giuridico, Université Royale de Turin (Italie).

Mitsukoshi, Tokio (Japon)

Palais de la Paix, La Haye (Pays-Bas).

Séminaire juridique de l'Université de Berlin (Allemagne).
Séminaire de Droit Romain de la Faculté de Droit de l'Université Comenius de Bratislava (Tchécoslovaquie).
Séminaire de Droit commercial de l'Université Pármány-Péter de Budapest (Hongrie).

Séminaire de Philosophie du Droit et de Sociologie de la Faculté de Droit de Cluj (Roumanie).

Séminaire juridique de l'Université de Heidelberg (Allemagne).

Séminaire de Droit civil III de la Faculté de Droit de Jassy (Roumanie).

Séminaire juridique de l'Université de Kiel (Allemagne).

Séminaire juridique de l'Université de Leipzig (Allemagne).

Séminaire de Droit public de l'Université de Poznan (Pologne).

Seminara Praonog Fakulteta, Zagreb (Yougoslavie).

Société des Nations, Genève (Suisse).

Tribunal Mixte de Mansourah (Egypte).

Université d'Aix-en-Provence (France).

Université d'Amsterdam (Pays-Bas).

Université de Berlin (Allemagne).

Université de Bordeaux (France).

Université de Californie, Los Angeles (Etats-Unis, Calif.).

University of California Library, à Berkeley (Etats-Unis, Calif.).

Université de Chicago (Etats-Unis).

Université de Cluj (Roumanie).

Université Duke de Durham (Etats-Unis).

Université de Freiburg im Breisgau (Allemagne).

Université de Göttingen (Allemagne).

Université de Groningen (Pays-Bas).

Université de l'Etat de Iowa (Etats-Unis).

Université de Leipzig (Allemagne).

Université de Lille (France).

Université de Louvain (Belgique).

Université de Lund (Suède).

Université de Lyon (France).

Université du Sacré-Cœur de Milan (Italie).

Université McGill, Montreal (Canada).

Université catholique de Nimègue (Pays-Bas).

Université de Rennes (France).

Université de Rome (Biblioteca Alexandrina) (Italie).

Université de Rostock (Allemagne).

Université de Toronto (Etats-Unis).

Université d'Uppsala (Suède).

Yale-University de New-Haven (Etats-Unis).

Ville de Cambrai (France).

Ville de Nantes (France).

Zentralbibliothek, Zurich (Suisse).

B. Arthaud, Grenoble (France).

A. Ascher & Co, Berlin (Allemagne).

L. Bamberg, Rechtsbuchhandlung und Universitätsverlag, Greifswald (Allemagne).

Berger-Levrault, Strasbourg (France).

Casa do Castelo, Coimbra (Portugal).

Claeys-Vergheughe, Gand (Belgique).

J. Dory, Nancy (France).

E. Droz, Paris (France).

Hachette, Département Etranger, Paris (France).

Haentzschel & Co, Göttingen (Allemagne).

Otto Harrassowitz, Leipzig (Allemagne).

Hans Hartinger, Berlin (Allemagne).

W.-J. v. Hoogstraten, La Haye (Pays-Bas).

K.-F. Koehlers Antiquarium, Leipzig (Allemagne).

Fernand Lanore, Paris (France).

Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris (France).

Maison du Livre Français, Paris (France).

Orbis S. A., Prague (Tchécoslovaquie).

Jacques B. Polonski, Paris (France).

Société Anonyme du Recueil Sirey, Paris (France).

G.-E. Stechert & Co, Paris (France).

A. Twietmeyer, Leipzig (Allemagne).

LISTE DES COLLABORATEURS

- AKERBERG, Armand, Docteur en Droit, Lodz, § 157.
- ANTONELLI, Etienne, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier, Professeur honoraire de la Faculté de Droit de l'Université de Lyon, § 161.
- AOUAD, Ibrahim, Docteur en Droit, Avocat à la Cour, Beyrouth, § 115.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, Professeur aux Facultés de Droit des Universités de Naples et de Guizeh, § 12.
- AUGÉ-LARIBÉ, Michel, Délégué de la France et des Colonies françaises au Comité permanent de l'Institut International d'Agriculture, Rome, § 50.
- AULAGNON, Lucien, Professeur à la Faculté de Droit de Lyon, § 141.
- BALOGH, Elemér, Professeur à l'Université de Johannesburg, Secrétaire général perpétuel de l'Académie Internationale de Droit Comparé, § 16, § 148.
- Mme BASDEVANT-BASTID, Suzanne, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon, § 1.
- BESSLING, J., Membre de Section au Bureau International du Travail, Genève, § 140.
- BINET, Membre de Section au Bureau International du Travail, Genève, § 109.
- BOEHMER, Gustav, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Marburg (Lahn), Membre de l'Akademie für Deutsches Recht, § 156.
- BONNETT, Clarence-E., Professeur à la Faculté de Droit de la Tulane University de Louisiane, § 170.
- BORCHARD, Edwin-M., Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Yale, Membre de l'Académie Internationale de Droit Comparé, § 107.
- BOSSOWSKI, Franciszek, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Cracovie, § 18.
- BOUCAUD, Charles, Professeur à la Faculté Catholique de Droit de Lyon, § 25.
- BOUGLÉ, Ch., Professeur d'Histoire de l'Economie sociale à la Faculté des Lettres de l'Université de Paris, Directeur de l'Ecole Normale Supérieure, § 61.
- BOUSQUET, S.-H., Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Alger, § 114.
- BOUTERON, Jacques, Vice-Président de la Société de Législation comparée, Directeur des Services du Contentieux de la Banque de France, § 129.
- BREYCHA-VAUTHIER, A.-C. de, Docteur en droit, Docteur ès-Sciences politiques, Chef du Service Juridique et Politique de la Bibliothèque de la S.D.N., Genève, § 43.
- BUCKLAND, W.-W., Professeur à l'Université de Cambridge, Docteur honoris causa de l'Université de Lyon, § 66.
- CAPITANT, Henri, †, Membre de l'Institut, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris, § 171.

- CARDAHI, Choucri, Professeur à l'Ecole française de Droit de Beyrouth et à l'Académie de Droit international de La Haye, Ancien Ministre de la Justice du Liban, Ancien Président de la Cour de Cassation du Liban, § 112.
- CHARLIER, Robert-Edouard, Professeur agrégé à la Faculté de Droit de l'Université d'Alger, § 158.
- CHEVALLIER, Jean-Jacques, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Grenoble, Directeur de l'Institut Français de Belgrade, § 80.
- CLARK, Charles-E., Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Yale, § 91.
- COLVIN, H.-M., Professeur de Droit Comparé à l'Université catholique d'Amérique, Conseiller de l'Administration du Works Progress des Etats-Unis, Secrétaire général adjoint du Congrès International de Droit Comparé à La Haye de 1932, § 67.
- COMMONS, John-R., Professeur à l'Université du Wisconsin, § 162.
- CORNIL, Georges, Professeur honoraire à la Faculté de Droit de l'Université de Bruxelles, Docteur honoris causa de l'Université de Lyon, Membre de l'Académie Internationale de Droit Comparé, § 31.
- COSENTINI, Francesco, Professeur à l'Université de Turin, Directeur de l'Institut Américain de Droit et de Législation Comparés, § 127.
- COSTIN, Alexandre, Président de la Cour d'Appel à Bucarest, Secrétaire général de l'Institut Social Roumain, § 64.
- CROSS, Geoffrey, Ancien Fellow de Trinity College, Cambridge, § 70.
- DABIN, Jean, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Louvain, § 139.
- DAVID, René, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Grenoble, Membre de l'Institut International pour l'Unification du Droit privé de Rome, § 132.
- DÉAK, Francis, Professeur assistant à la Faculté de Droit de la Columbia University de New-York, § 38.
- DIMOCK, Marshall-E., Professeur à l'Université de Chicago, § 98.
- DONNEDIEU DE VABRES, H., Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris, § 125.
- DOR, Georges, Professeur de Droit public à la Faculté de Droit de l'Université de Liège, § 147.
- DOR, Léopold, Avocat au Barreau de Paris, Directeur de la Revue de Droit Maritime Comparé, § 45.
- His Honour the Judge H. C. DOWDALL, Hoylake (Angleterre), § 33.
- DUBOIS-RICHARD, Professeur à la Faculté Royale de Droit du Caire, Professeur à la Faculté de Droit de Poitiers, § 86.
- DUQUESNE, J., Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de l'Université de Strasbourg, § 150.
- ELLIOT, W.-Y., Chef du département de « Gouvernement » de l'Université Havard, § 92.
- ESCARRA, Jean, Professeur de Droit civil comparé à la Faculté de Droit de l'Université de Paris, Chargé de cours à l'Institut des Hautes Etudes Chinoises, Conseiller du Gouvernement Chinois, Membre de l'Académie Internationale de Droit Comparé, § 39.
- FALCONBRIDGE, John D., K. C., Doyen de l'Ecole de Droit d'Osgoode Hall, Toronto, § 82.
- FRANKFURTER, Felix, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Harvard, § 169.

- FREUND, Heinrich, Avocat à Berlin, § 160.
- GALGANO, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Royale de Rome, Directeur de l'Institut d'Etudes Législatives et de Droit Comparé de Rome, § 63.
- GARNER, James-W., 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, § 71.
- GARRAUD, Pierre, Doyen de la Faculté de Droit de Lyon, Introduction, Titre I, Chap. 1.
- GEILER, Karl, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Heidelberg, Avocat à Mannheim, § 152.
- GÉNY, François, Professeur et Doyen honoraire de la Faculté de Droit de l'Université, à Nancy, § 101.
- GIRAUD, Emile, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Rennes, Membre de la Section Juridique du Secrétariat de la Société des Nations, § 79.
- GOLAB, Stanislaw, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Cracovie, § 142.
- GOULÉ, Paul, Secrétaire général de la Société de Législation Comparée, Paris, § 60.
- GREENE, Nathan, Avocat au Barreau de New-York, § 169.
- GUGGENHEIM, Paul, Professeur de Droit International à l'Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales à Genève, § 76.
- GUTTERIDGE, H.-C., K. C. L. L. D., Professeur de Droit Comparé à l'Université de Cambridge, Ancien Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Londres, Docteur honoris causa de l'Université de Lyon, § 24.
- HAESAERT, J.-P., Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Gand, § 89.
- HAINES, Charles-Grove, Professeur de Science politique à l'Université de Californie (Los-Angeles), § 90.
- HAURIOU, André, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Toulouse, § 93.
- HENNEBICQ, Léon, Professeur à l'Institut des Hautes Etudes de Belgique, Président de l'Institut International de 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 », § 104.
- HERZ, E., Membre de Section au Bureau International du Travail, Genève, § 49.
- HOEHN, Reinhard, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Berlin, § 151.
- HOENIGER, Heinrich, Ancien Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Francfort-s.-Mein, § 166.
- HOSTIE, J. de, Conseiller juridique du Ministère des Affaires Etrangères de Belgique, Membre du Comité Juridique Permanent des Communications et du Transit de la S.D.N., Secrétaire général de la Commission Centrale pour la Navigation du Rhin, § 130.
- HOUTTE, Jean Van, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Liège, § 165.
- IONASCO, Aurélien-H.-R., Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Cluj, § 149.
- IONASCO, Trajan-R., Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Jassy, Membre du Conseil législatif roumain, § 123.

- IRELAND, Gordon, A. M., J. S. D., Professeur à la Faculté de Droit de la Louisiane State University à Bâton-Rouge, § 73.
- ISHIZAKI, Masaichiro, Professeur à Tokio, Membre correspondant de l'Office de législation étrangère et de droit international de France, § 40.
- JAFFIN, George-H., Membre des Barreaux de New-York et des Cours Fédérales, Senior Attorney de la Securities and Exchange Commission, § 88.
- JANNE, Xaver, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Liège, § 128.
- JARRA, Eugène, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Joseph Pilsudski à Varsovie, § 85.
- JENKS, C.-Wilfred, Membre du Service Juridique du Bureau International du Travail, Genève, § 131.
- JENNINGS, W.-Ivor, Professeur à la London School of Economics and Political Sciences, § 94.
- JESSUP, Philip-C., Professeur de Droit International à la Faculté de Droit de la Columbia-University de New-York, § 81.
- JOLOWICZ, H.-F., Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Londres, § 15.
- JOSSERAND, Louis, Conseiller à la Cour de Cassation, Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Lyon, § 145.
- KADEN, Erich-Hans, Professeur ordinaire à la Faculté de Droit de l'Université de Genève, § 41.
- KENNEDY, W.-P.-M., M. A. LL. B., Litt. D., Professeur de Droit à l'Université de Toronto, § 117.
- KOCOUREK, Albert, Professeur de Droit à la Northwestern University de Chicago, § 6.
- KOSCHAKER, Paul, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Berlin, § 22.
- KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, J. de, Professeur honoraire à l'Université de Varsovie, Vice-Président de la Commission de Codification, Membre de l'Académie Internationale de Droit Comparé, § 20.
- KUEBLER, Bernhard, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Erlangen, § 14.
- KUHN, Arthur K., Associé de l'Institut de Droit International, Membre de l'American Society of International Law, § 27.
- KUNCZ, Edmond, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Budapest, Membre de l'Académie Hongroise des Sciences, § 97.
- LAMEIRE, Irénée, Professeur honoraire à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon, § 124.
- LANDRIEN, Félix, Avocat à la Cour d'Appel de Bruxelles, Secrétaire général de l'Institut Belge de Droit Comparé, § 58.
- LANGE, Heinrich, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Breslau, Membre de l'Akademie für Deutsches Recht, § 56.
- LE BRAS, Gabriel, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris, Directeur d'études à l'Ecole pratique des Hautes Etudes, § 8.
- LEE, R.-W., Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Oxford, Docteur honoris causa de l'Université de Lyon, Membre de l'Académie Internationale de Droit Comparé, § 29.
- LÉVY-BRUHL, Henri, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris, § 87.

- LONGCHAMPS DE BERIER, Roman, Professeur de droit civil à l'Université Jean-Casimir de Lwów, § 174.
- LUNDSTEDT, A.-V., Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Upsal, § 135.
- The Right Honorable Lord MACMILLAN OF ABERFELDY, G.C.V.O., L.L.D., Lord of Appeal in Ordinary, Membre du Comité Judiciaire du Conseil Privé du Roi, § 65.
- MCNAIR, Arnold-D., Professeur à l'Université de Cambridge, § 66.
- MADAY, André de, Professeur, Ancien Bibliothécaire du Bureau International du Travail, Genève, § 44.
- MAHAIM, Ernest, Professeur à la Faculté de Droit de Liège, Directeur honoraire de l'Institut Solvay, § 59.
- MANKIEWICZ, H., Docteur en Droit, Secrétaire général de l'Institut de Droit Comparé de Lyon et de l'Institut des Sciences Sociales et des Relations Internationales de l'Université de Lyon, § 46.
- MARKOVITCH, Ced., †, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Belgrade, § 138.
- MARMOL, Charley Del, Agrégé de l'Enseignement supérieur en droit commercial, Aspirant du Fonds National Belge de la Recherche Scientifique, C.R.B. Educational Foundation Graduate fellow, § 105.
- MARTY, Gabriel, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Toulouse, § 121.
- MAURY, Jacques, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Toulouse, § 35.
- MAZZARELLA, Guiseppe, Professeur ordinaire à l'Université de Catane, § 21.
- MESTRE, Achille, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris, § 96.
- MEYER, V., Docteur en Droit, Membre du Bureau de l'Union Internationale des Télécommunications, § 52.
- MIGNAULT, P.-B., Ancien Juge à la Cour suprême du Canada, § 72.
- MILHAUD, Edgard, Professeur d'Economie politique à l'Université de Genève, § 164.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., 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, § 84.
- MISES, Ludwig von, Professeur d'Economie politique à l'Université de Vienne et à l'Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales de Genève, § 134.
- MITSCHERLICH, Waldemar, Professeur de Sciences Politiques à l'Université Martin-Luther de Halle-Wittenberg, § 133.
- MOLITOR, E., Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Greifswald, § 153.
- MORELLET, Jean, Conseiller Juridique du Bureau International du Travail, Genève, § 144.
- MORIN, Gaston, Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier, § 102.
- MOTT, Rodney-L., Professeur de Science Politique, Directeur de l'Ecole des Sciences Sociales à Colgate University, Hamilton, § 122.

- MUELLER-ERZBACH, Rudolf, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Munich, § 119.
- NEUMARK, Fritz, Professeur à la Faculté d'Economie Politique d'Istanbul, § 28.
- NICOLAS, M., Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon, § 95.
- NIPPERDEY, H.-C., Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Cologne, Membre de l'Akademie für Deutsches Recht, § 154.
- OFFICE CENTRAL DES TRANSPORTS INTERNATIONAUX PAR CHEMINS DE FER, § 53.
- OSTERTAG, Directeur des Bureaux internationaux réunis pour la Protection de la Propriété industrielle, littéraire et artistique de Berne, § 51.
- OTETILISANO, Alexandre, Professeur de Droit civil comparé à la Faculté de Droit de l'Université de Bucarest, § 3.
- PÉRITCH, J.-M., Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Belgrade, Docteur honoris causa de l'Université de Lyon, § 116.
- PERREAU, E.-H., Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Toulouse, § 173.
- PIC, Paul, Professeur honoraire de la Faculté de Droit de l'Université de Lyon, § 172.
- PICARD, Maurice, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris, § 146.
- PLUCKNETT, Théodore-F.-T., Professeur à la London School of Economics and Political Sciences, § 36.
- POUND, Roscoe, Doyen de la Faculté de Droit de l'Université Harvard, Membre de l'Académie Internationale de Droit Comparé, § 34.
- RABEL, Ernst, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Berlin, Ancien Directeur du Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, § 118.
- RADBRUCH, Gustav, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Heidelberg, § 23.
- RADCLIFFE, G.-R.-Y., Directeur de l'Ecole de Droit de la Law Society de Londres, § 70.
- RAPPARD, William-E., Recteur de l'Université de Genève, Directeur de l'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, § 163.
- RAUCHHAUPT, M.-W. von, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Heidelberg, § 68.
- RENARD, R.-G., des Frères Prêcheurs, Professeur honoraire à la Faculté de Droit de l'Université de Nancy, § 9.
- RICCA-BARBERIS, Mario, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Turin, § 108.
- RICCOBONO, Salvator, Membre de l'Académie d'Italie, § 19.
- RIEZLER, Erwin, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Munich, § 143.
- ROBSON, William-A., Professeur à la London School of Economics and Political Sciences, § 167.
- ROTONDI, Mario, Professeur à l'Université Commerciale L. Bocconi de Milan, Directeur de l'Institut de Droit Commercial Comparé de l'Université L. Bocconi, § 62.
- ROUBIER, Paul, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon, § 155.

- RUTTKE, F., Geschäftsführender Direktor des Reichsausschusses für Volksgesundheitsdienst (Berlin), § 100.
- AL SANHOURY Bey, Abd-el-Razzak, Ancien Doyen de la Faculté de Droit de l'Université Egyptienne, § 113.
- SARFATTI, Mario, Professeur à l'Université Royale de Turin, § 5.
- SAUER, Wilhelm, Professeur de droit à l'Université de Münster (Allemagne), § 136.
- SAVATIER, R., Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Poitiers, § 37.
- SCELLE, Georges, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris, § 77.
- SCHMITT, Carl, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Berlin, Membre du Conseil d'Etat prussien, § 83.
- SCHWARZ, Andreas-B., Professeur à l'Université d'Istanbul, § 110.
- SENN, F., Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Nancy, § 17.
- SIGALAS, Alex de, Docteur en Droit, Paris, § 159.
- SIMONS, Walter, †, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Berlin, Ancien Président du Reichsgericht, § 7.
- SIOTTO-PINTOR, Manfredo, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Florence et à la Faculté Royale de Droit de Guizeh (Le Caire), § 32.
- SOLNAR, Vladimir, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Charles IV à Pragues, § 120.
- STARKE, Joseph, Membre du Secrétariat de la Société des Nations, § 126.
- SUGIYAMA, Naojiro, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Impériale de Tokio, Docteur honoris causa de l'Université de Lyon, § 4.
- TABBAH, B., Conseiller à la Cour d'Appel de Beyrouth, Secrétaire général du Comité consultatif de Législation de la République Libanaise, Lauréat de l'Institut de France, § 2.
- TANAKA, Kotaro, Doyen de la Faculté de Droit de l'Université Impériale de Tokio, § 103.
- THOMMEN, Edouard, Sous-Chef de Section au Bureau International du Travail, Genève, § 48.
- TRÉVOUX, F., Professeur agrégé à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon, § 99.
- TROTABAS, Louis, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Nancy, Chargé d'enseignement à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence, § 137.
- TYAN, Emile, Conseiller à la Cour d'Appel de Beyrouth (Liban), Chargé d'enseignement à l'Ecole française de Droit, § 10.
- VAUTHIER, Marcel, Professeur à l'Université de Bruxelles, Membre du Conseil de l'Institut Belge de Droit Comparé, § 58.
- VECCHIO, Giorgio Del, Doyen de la Faculté Royale de Droit de Rome, Directeur de la Bibliothèque de l'Institut International pour l'Unification du Droit privé de Rome, § 111.
- VELGE, Henri, Doyen de la Faculté de Droit de Louvain, § 168.
- VERDROSS, Alfred von, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Vienne, Associé de l'Institut de Droit International, § 75.
- VINCK, Emile, Vice-Président du Sénat de Belgique, Directeur de l'Union des Villes belges, Secrétaire et Directeur de l'Union Internationale des Villes et Pouvoirs locaux, § 54.
- WAELEBROECK, Pierre, Chef de Section au Bureau International du Travail, Genève, § 47.

- WAHL, Eduard, Professeur de Droit à l'Université de Göttingen, § 57.
- WALTON, F.-P., Ancien Directeur de l'Ecole Royale de Droit du Caire, Membre de l'Académie Internationale de Droit Comparé, § 69.
- WEHBERG, Hans, Professeur de Droit international public à l'Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales de Genève, Membre et ancien Président de l'Institut de Droit international, § 55.
- WENGER, Leopold, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Vienne, § 11.
- WESTRUP, C.-W., de l'Université de Copenhague, § 13.
- WEYR, Frantisek, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Massaryk à Brno, § 26.
- WIGMORE, John-H., Ancien Doyen de la Faculté de Droit de la Northwestern University de Chicago, Membre de l'Académie Internationale de Droit Comparé, § 74.
- WINFIELD, P.-H., St. John's College de l'Université de Cambridge, § 42.
- WORTLEY, B.-A., Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Manchester, § 30.
- YNTEMA, Hessel-E., Professeur à l'Université de Michigan, § 78.
- ZOLL, F., Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Cracovie, § 106.

LISTE DES TRADUCTEURS

- GARRAUD, Pierre, Doyen de la Faculté de Droit de Lyon.
Mme BASDEVANT-BASTID, Suzanne, Professeur à la Faculté de Droit de Lyon.
LAMBERT, Jacques, Professeur à la Faculté de Droit de Lyon.
ROUBIER, Paul, Professeur à la Faculté de Droit de Lyon.
TRÉVOUX, F., Professeur agrégé à la Faculté de Droit de Lyon.
PELLOUX, Robert, Chargé de Cours à la Faculté de Droit de Lyon.
MURAT, A., Docteur en Droit, Chargé d'enseignement à la Faculté de Droit de Lyon.
MANKIEWICZ, H., Docteur en Droit, Secrétaire Général de l'Institut de Droit Comparé de Lyon.
BARATIER, Paul, Docteur en Droit, Professeur au Lycée du Parc à Lyon.
ROUILLEAULT, Philippe, Avocat à la Cour d'Appel de Lyon.
BAMBERGER, Simon, Licencié en Droit, Lyon.
PITOT, Allain, Licencié en Droit, Lyon.
PERREAU, A., Licencié en Droit, Lyon.
- GALLET, Léon, Professeur agrégé à la Faculté de Droit de Grenoble.
GROS, André, Chargé de cours à la Faculté de Droit de Toulouse.
JOURDAN, Henri, Attaché culturel à l'Ambassade de France à Berlin, Directeur de l'Institut Français de Berlin.
- ABRAHAM, H., Licencié en Droit, Paris.
FLECHTHEIM, O. K., Docteur en Droit, Genève.
HERZ, Hans, Docteur en Droit, Genève.
LAMBERT, Jean.

PREFACE

Ce Recueil, préparé par la Faculté de Droit de Lyon, pour marquer, au moment de la retraite d'Edouard LAMBERT, ses quarante années d'enseignement et d'études dans le champ du Droit Comparé, se distingue de « Mélanges » au sens traditionnel du mot. Formé de contributions écrites d'après un plan préconçu, par des Universitaires et des spécialistes de tous pays, choisis pour leur autorité en Droit Comparé, il constitue, en effet, une véritable Introduction à l'étude du Droit Comparé, en comprenant le terme dans le sens que lui a toujours donné Edouard LAMBERT, c'est-à-dire en le désignant comme un domaine commun aux sciences juridique, économique et sociale.

Cette conception domine et explique le plan adopté pour l'aménagement des trois volumes dont se compose le Recueil.

TOME PREMIER

Après un Hommage à Edouard Lambert, une bibliographie de ses publications, suivie d'une vue d'ensemble de l'activité de son Institut de Droit Comparé, ce volume comporte des études sur l'Œuvre d'Edouard Lambert et la place qu'elle occupe dans les doctrines sociologiques et juridiques. Viennent ensuite en deux Parties des études traitant des aspects, des fonctions, des sources et des instruments de travail du Droit Comparé.

Dans la Première Partie, le Titre I^{er} traite des diverses conceptions du Droit Comparé.

Le Titre II, sur l'histoire comparative du droit et l'ethnologie juridique, groupe et rappelle dans un premier Chapitre les contributions concernant les bases du droit et de son évolution. Son Chapitre II comporte en deux Sections les articles ayant respectivement pour objet les rapports des droits et des religions et les droits religieux et leurs transformations. C'est par des études sur le droit romain comme centre de l'histoire comparative du droit que s'ouvre le Chapitre III, dont les Sections II à IV contiennent les contributions analysant soit les rapports du droit romain avec les autres droits antiques, soit des questions particulières au droit romain, soit enfin le passé historique et le rôle actuel du droit romain. Un Chapitre V, rappelant les articles ayant trait à d'autres droits anciens, et un Chapitre VI relatif à l'ethnologie juridique pure clôturent ce Titre II.

Le Titre III renferme et rappelle les contributions sur la valeur, la méthode et l'état actuel des études de Droit Comparé.

Le Titre IV comporte les articles étudiant les diverses Sources du Droit

Comparé : Coutume, Institution, Législation, Jurisprudence et Pratique extrajudiciaire.

La Deuxième Partie donne, pour la première fois, une vue d'ensemble sur les principaux instruments de documentation nationaux et internationaux. Après des études sur les Bibliothèques de la Société des Nations et du Bureau International du Travail, et après une présentation des publications du B. I. T. par les chefs de service de ce Bureau, d'autres auteurs exposent les difficultés d'édition et la valeur de documentation des Revues et des Recueils Internationaux. Les Directeurs ou membres des Sociétés, Bureaux et Instituts Internationaux et Nationaux s'occupant du Droit Comparé présentent le rôle et l'activité de leurs organisations; dans cette partie figurent notamment l'Institut International d'Agriculture, les Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Industrielle, Littéraire et Artistique, le Bureau de l'Union Internationale des Télécommunications, l'Union Internationale des Villes et Pouvoirs locaux, et les principaux Instituts et Sociétés de Législation et de Droit Comparés d'Allemagne, d'Angleterre, de Belgique, de France, d'Italie et de Roumanie,

TOME SECOND

La Première Partie de ce volume (Troisième Partie du Recueil) intitulée Le Droit Comparé comme Science juridique moderne s'ouvre par un Titre I^{er} consacré à l'étude comparative du droit civil et du common law. Des articles classés en quatre Chapitres étudient successivement l'esprit et les sources du droit civil et du common law (Chapitre I^{er}), les mérites et les défauts respectifs du droit civil et du common law (Chapitre II), tant en ce qui concerne le droit privé (Section I), qu'en ce qui concerne le droit public (Section II), leur interpénétration (Chapitre III) et leur possibilité de propagation (Chapitre IV).

Les rapports entre les systèmes juridiques occidentaux et le droit des Pays d'Islam font l'objet du Titre Second de cette Partie.

Le Titre III se compose de XIII Chapitres, divisés chacun en plusieurs Sections, consacrées aux diverses branches du droit comparé, telles que les droits internationaux public, administratif et « privé », les droits public, administratif, privé, économique, agraire, social et procédural internes. Ici encore l'adoption d'un plan commun a permis de donner une véritable vue d'ensemble homogène sur ces divers domaines du droit comparé. C'est ainsi que le Chapitre concernant le droit international public se subdivise en quatre Sections intitulées : Les fondements du droit international public, le rôle du droit international public, les communautés internationales, et l'enseignement du droit international public; dans le Chapitre sur le droit international administratif rentrent sept études consacrées à diverses administrations internationales; quant au Chapitre relatif au droit constitutionnel, il comporte sept Sections : Droit constitutionnel comparé — Formation et transformations des Etats — Le droit constitutionnel américain et le problème du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois de ses origines jusqu'à « La lutte entre le « New-Deal » et la Cour Suprême » et à « La réforme constitutionnelle » — Le problème du contrôle judiciaire de

la constitutionnalité des lois peut-il se poser en France ? — Le contrôle préalable de la constitutionnalité des lois en Roumanie — Les caractéristiques du droit constitutionnel anglais — Le droit constitutionnel russe, etc.

Par son titre même — Le Droit Comparé comme science internationale moderne — *la Seconde Partie du Deuxième Volume (Quatrième Partie du Recueil) fait de nouveau ressortir le double caractère international et universaliste du droit comparé. Elle est, en effet, consacrée au rapprochement, à la réceptibilité et à l'unification des droits. On y trouve de nombreuses et importantes contributions sur la réceptibilité des droits et l'unification juridique, tantôt sur le terrain national, tantôt sur le terrain international. Des membres de la Société des Nations et du Bureau International du Travail sont venus se joindre à des universitaires français et étrangers pour exposer l'œuvre de ces organismes en vue de la création d'un droit mondial, du rapprochement et de l'unification des droits nationaux.*

TOME TROISIÈME

Le Troisième Tome (Cinquième Partie du Recueil) porte comme titre : Le Droit Comparé comme science sociale.

Son introduction (Titre I^{er}) est fournie par des études sur l'aspect et la valeur des sciences sociales.

Dans le Titre II de cette Cinquième Partie du Recueil sont étudiées les Principales Orientations générales des droits modernes — Problèmes de la Sécurité juridique, de la Propriété privée, du Rapport de l'Etat avec les Groupes Sociaux, de l'Antilibéralisme, de la « Publicisation » du droit privé et de l'Adaptation du droit à l'économie — tandis que les Titres III et IV sont consacrés respectivement aux Orientations particulières des droits de l'Allemagne Nationalsocialiste et de la Russie Soviétique.

Les points de contacts entre le Droit Comparé et l'Economie politique étant étudiés dans les contributions classées dans le Cinquième Titre, la fin de l'ouvrage (Titres VI et VII) est constituée par les articles sur l'organisation économique et sociale moderne, c'est-à-dire sur les diverses réglementations économiques et sociales internationales et nationales, telles que celles de l'Allemagne, de l'Angleterre, de la Belgique, des Etats-Unis, de la France et de la Russie Soviétique.



Le nombre et la valeur des contributions, la variété et l'importance des problèmes étudiés, ont été le motif, pour le Comité d'édition du Recueil, d'hésitations et de difficultés dans l'aménagement du Plan des trois volumes et dans le classement, dans les diverses parties et sous les différentes rubriques, de beaucoup des études composant l'ouvrage. Pour résoudre ces difficultés, et donner au Recueil sa pleine valeur scientifique et toute son utilité en ce qui concerne la documentation comparative, on a adopté la méthode suivante : sous la rubrique de chaque subdivision de l'ouvrage (titre, chapitre, éventuellement section) figurent en premier lieu les contributions formant la matière même de cette subdivision, qu'il s'agisse des études effectivement publiées à cette place, ou de celles publiées en une autre partie du recueil; pour ces dernières, tous renseignements utiles sont donnés

pour trouver facilement le volume et la subdivision (tome, titre, chapitre, éventuellement section, et numéro général dans l'ouvrage), où elles sont publiées ; puis vient en second lieu, avec les précisions nécessaires, l'indication des autres contributions classées sous des rubriques différentes, mais qui cependant doivent être rapprochées de celles figurant dans chaque subdivision ou qui les complètent. Une table synthétique placée en tête du Tome I^{er}, reproduit, avec les rubriques de toutes les subdivisions de l'ouvrage, les titres des études formant la matière de chacune de ces subdivisions. Pour faciliter les renvois et les recherches, chaque contribution porte sous les rubriques où elle est publiée ou annoncée, en tête de sa publication, et dans les titres du haut des pages où elle est imprimée, un numéro d'ordre sous la forme : § I, etc...

**

Le même souci de permettre aux comparatistes de tirer du Recueil toute son utilité scientifique a amené le Comité d'édition à multiplier les tables.

Outre la table synthétique, dont il vient d'être parlé, l'ouvrage comporte en effet :

a) Au début du Tome I :

1° Une table alphabétique des noms d'auteurs, avec le numéro d'ordre des contributions ;

2° Une table des noms des traducteurs.

b) A la fin du Tome III : des tables analytiques comprenant :

1° Une table des textes juridiques internationaux et nationaux commentés ou cités dans l'ouvrage ;

2° Une table des auteurs cités ;

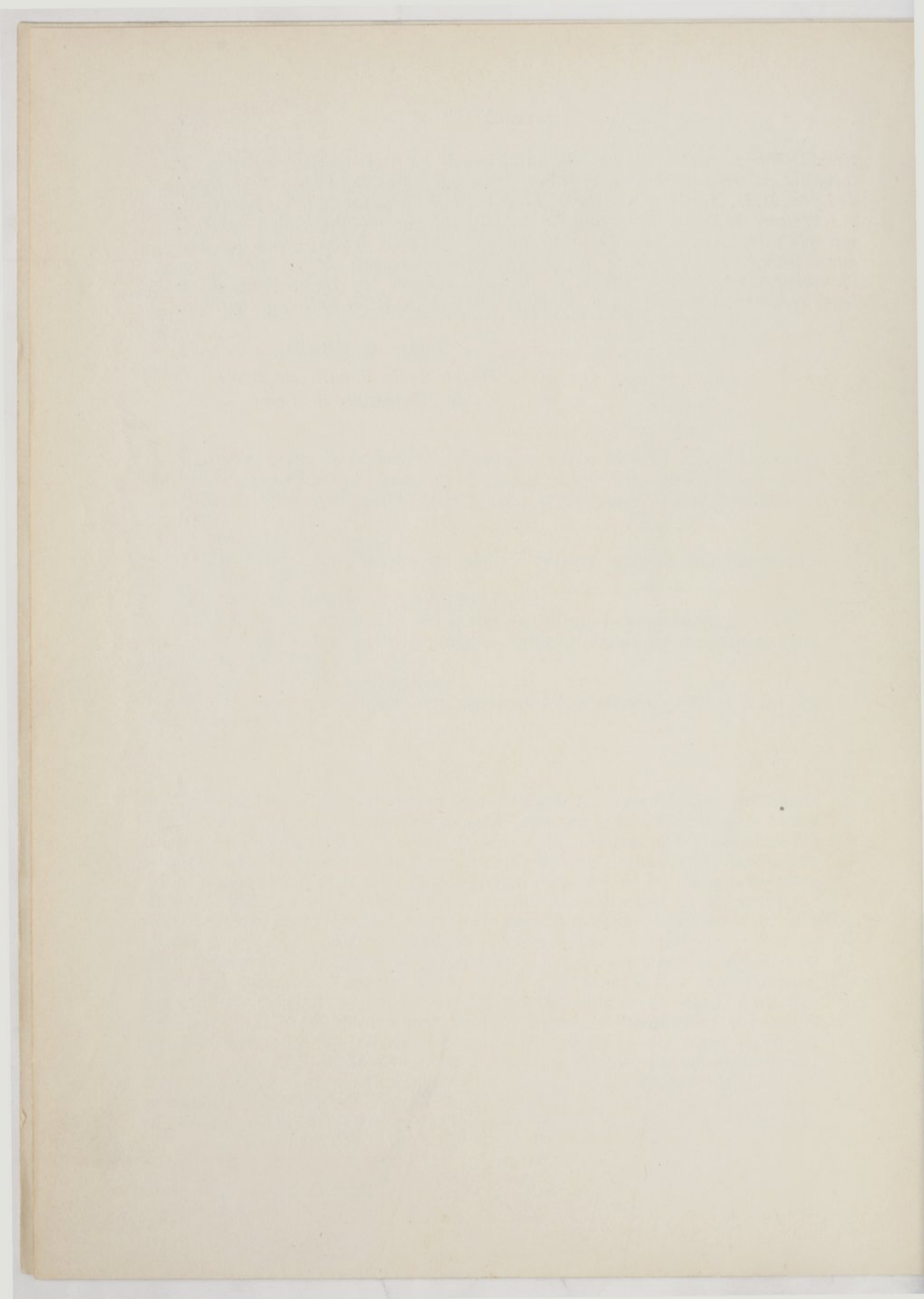
3° Une table analytique des matières et questions traitées dans les trois volumes.

**

Si la tâche, incontestablement vaste et difficile, entreprise par la Faculté de Droit de Lyon pour honorer Edouard LAMBERT, a pu être menée à bonne fin, c'est qu'elle a trouvé l'accueil le plus sympathique, et les concours les plus dévoués. Le Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Lyon, président du Comité d'édition du Recueil, tient à remercier ici chaleureusement tous ceux qui, à des titres divers, ont permis la réalisation de cet ouvrage : collaborateurs appartenant à vingt-et-un pays différents et groupant les plus grands noms de la science juridique et économique et particulièrement du droit comparé ; — Instituts et Sociétés de législation comparée, Organismes internationaux, Secrétariat de la S. D. N. et du B. I. T. ; — souscripteurs, dans la liste desquels voisinent juristes, économistes, sociologues, Bibliothèques publiques et privées des pays les plus divers ; — traducteurs, tous collègues, admirateurs ou élèves d'Edouard Lambert ; — éditeurs enfin (la Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, et ses administrateurs MM. Pichon et Durand-Auzias, — et la Librairie du Recueil Sirey, et ses administrateurs, MM. de Peyralade et Grandin) qui ont accepté de partager en une étroite union les risques et la lourde charge pécuniaire de la publica-

tion. Qu'on permette encore au signataire de ce bref avertissement de le terminer en assurant de la particulière reconnaissance de la Faculté de Droit de Lyon, M. H. Mankiewicz, secrétaire général de l'Institut de Droit Comparé, et secrétaire du Comité d'édition du Recueil, qui, par son absolu dévouement, son zèle inlassable, sa science juridique, et sa parfaite connaissance des langues étrangères, a aidé plus que quiconque à la réussite de cet ouvrage en l'honneur d'Edouard LAMBERT, et de cette science du Droit Comparé à laquelle notre cher collègue a consacré tout son talent et toute son activité.

Pierre GARRAUD,
*Doyen de la Faculté de Droit
de l'Université de Lyon.*



INTRODUCTION

**L'ŒUVRE D'EDOUARD LAMBERT
ET SA PLACE
DANS LES DOCTRINES SOCIOLOGIQUES ET JURIDIQUES**

TITRE I

**L'ŒUVRE D'EDOUARD LAMBERT — SON INSTITUT DE
DROIT COMPARE (INSTITUT DES SCIENCES SOCIALES
ET DES RELATIONS INTERNATIONALES
DE L'UNIVERSITE DE LYON)**

CHAPITRE I. — HOMMAGE A EDOUARD LAMBERT

| | | |
|---|---|---|
| Extrait de l'allocution du Doyen de la Faculté de Droit de Lyon, professeur Pierre Garraud, à la rentrée de la Faculté, le 3 novembre 1936..... | I | 3 |
|---|---|---|

CHAPITRE II. — L'ŒUVRE D'EDOUARD LAMBERT

| | | |
|---------------------|---|---|
| Bibliographie | I | 7 |
|---------------------|---|---|

CHAPITRE III. — L'INSTITUT DE DROIT COMPARE DE LYON

| | | |
|--|---|----|
| Mme BASDEVANT-BASTID, L'Institut de droit comparé de Lyon. | I | 11 |
|--|---|----|

CHAPITRE IV. — LES PUBLICATIONS DE L'INSTITUT
DE DROIT COMPARE DE LYON

| | | |
|---------------------|---|----|
| Bibliographie | I | 17 |
|---------------------|---|----|

TITRE II

**LA PLACE DE L'ŒUVRE D'EDOUARD LAMBERT DANS
LES DOCTRINES SOCIOLOGIQUES ET JURIDIQUES**

| | | |
|--|---|----|
| TABBAH, Entre les deux pôles — historique et sociologique — de la philosophie contemporaine du droit..... | I | 24 |
| OTETILISANO, Les conceptions de M. E. Lambert sur le droit com- paré | I | 39 |

PREMIERE PARTIE

Tome Page

LES ASPECTS, LES FONCTIONS ET LES SOURCES
DU DROIT COMPARE

TITRE I

LES DIVERSES CONCEPTIONS DU DROIT COMPARE

| | | |
|---|---|-----|
| SUGIYAMA, Essai d'une conception synthétique du droit comparé. | I | 50 |
| SARFATTI, Le droit comparé dans son essence et dans son application. | I | 61 |
| CORNIL, La complexité des sources du droit comparé. | I | 358 |
| GUTTERIDGE, La valeur du droit comparé. | I | 294 |
| KOSCHAKER, L'histoire du droit et le droit comparé, surtout en Allemagne. | I | 274 |
| MAZARELLA, Les recherches ethnologiques sur l'ancien droit indien. | I | 264 |
| WEYR, Remarques générales sur la nature juridique de la méthode comparative. | I | 311 |

TITRE II

HISTOIRE COMPARATIVE DU DROIT
ET ETHNOLOGIE JURIDIQUECHAPITRE I. — LES BASES DU DROIT ET DE SON
EVOLUTION

| | | |
|--|-----|-----|
| KOCOUREK, Le développement du droit est-il gouverné par des lois ? | I | 68 |
| BALOGH, L'influence de l'économie sociale sur l'évolution du droit dans l'histoire comparative du droit et dans l'ethnologie juridique. | I | 200 |
| DUQUESNE, Sur l'esprit du peuple allemand comme source d'origine du droit allemand. | III | 225 |
| KOSCHAKER, L'histoire du droit et le droit comparé, surtout en Allemagne. | I | 274 |
| MAZARELLA, Les recherches ethnologiques sur l'ancien droit indien. | I | 264 |
| RADBRUCH, Anselm Feuerbach, précurseur du droit comparé. ... | I | 284 |
| SIOTTO-PINTOR, Réflexions au sujet de la coutume en droit ancien. | I | 372 |
| DEL VECCHIO, La communicabilité du droit et les doctrines de G. B. Vico. | II | 591 |

CHAPITRE II. — HISTOIRE COMPARATIVE DU DROIT
ET HISTOIRE DES RELIGIONS

Tome Page

SECTION I. — RAPPORTS DES DROITS ET DES RELIGIONS

| | | |
|---|---|----|
| SIMONS, La signification des religions pour la science du droit comparé | I | 82 |
| LE BRAS, Excursion des villages moï aux monastères cambodgiens ou de l'utilité des études comparatives dans le domaine du droit canon | I | 95 |

SECTION II. — LES DROITS RELIGIEUX
ET LEURS TRANSFORMATIONS

I. — LE DROIT RELIGIEUX CHRÉTIEN — DROIT CANONIQUE

| | | |
|--|---|-----|
| RENARD, La contribution du droit canonique à la science du droit comparé | I | 108 |
|--|---|-----|

II. — LE DROIT ISLAMIQUE

| | | |
|--|----|-------|
| TYAN, La condition juridique du Kádi ou juge musulman | I | 126 ✓ |
| SANHOURY, Le droit musulman comme élément de refonte du code civil égyptien | II | 621 |
| CARDAHI, Les infiltrations occidentales dans un domaine réservé : Le statut personnel musulman | II | 604 |
| BOUSQUET, Un exemple de laïcisation du droit musulman : Le Code civil albanais | II | 643 |

III. — LE DROIT JUIF

| | | |
|--|---|-----|
| BALOGH, L'influence de l'économie sociale sur l'évolution du droit dans l'histoire comparative du droit et dans l'ethnologie juridique | I | 200 |
| JOLOWICZ, L'origine de la « laesio enormis » | I | 185 |

CHAPITRE III. — LE DROIT ROMAIN

SECTION I. — LE DROIT ROMAIN COMME CENTRE DE L'HISTOIRE
COMPARATIVE DU DROIT

| | | |
|---|---|-----|
| WENGER, Sur le droit romain, le droit comparé et l'histoire des droits antiques | I | 138 |
|---|---|-----|

| | Tome | Page |
|--|------|------|
| ARANGIO-RUIZ, Les « gentes » et la cité..... | I | 146 |
| WESTRUP, La propriété familiale..... | I | 163 |

SECTION II. — LES RAPPORTS DU DROIT ROMAIN
AVEC LES AUTRES DROITS DE L'ANTIQUITE

| | | |
|--|----|-----|
| KUEBLER, Les degrés de faute dans les systèmes juridiques de l'antiquité | I | 174 |
| JOLOWICZ, L'origine de la « laesio enormis »..... | I | 185 |
| BALOGH, L'influence de l'économie sociale sur l'évolution du droit dans l'histoire comparative du droit et dans l'ethnologie juridique. | I | 200 |
| RICCA-BARBERIS, Le droit d'agir dans la tradition germanique et dans la tradition latine. Klage et actio..... | II | 551 |

SECTION III. — ETUDES SPECIALES SUR LE DROIT ROMAIN

| | | |
|---|---|-----|
| SENN, La leçon de la Rome antique sur le fondement de la force obligatoire de la coutume..... | I | 218 |
| BOSSOWSKI, La fonction primitive des témoins dans la mancipation. | I | 227 |

SECTION IV. — LE PASSE HISTORIQUE ET LE ROLE ACTUEL
DU DROIT ROMAIN

| | | |
|---|----|-----|
| RICCOBONO, Le droit romain dans les œuvres de ses interprètes. | I | 234 |
| DE KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, Le rôle du droit romain pour le droit comparé. | I | 257 |
| BUCKLAND-McNAIR, Les sources du droit romain et du common law | II | 18 |

CHAPITRE IV. — LES AUTRES DROITS ANCIENS

SECTION I. — LE DROIT GERMANIQUE

| | | |
|---|----|-----|
| RICCA-BARBERIS, Le droit d'agir dans la tradition germanique et dans la tradition latine. Klage et actio..... | II | 551 |
| WESTRUP, La propriété familiale..... | I | 163 |

SECTION II. — LE DROIT CHINOIS

| | | |
|---|---|-----|
| ESCARRA, Le droit comparé et la jurisprudence chinoise..... | I | 481 |
| RADBRUCH, Anselm Feuerbach, précurseur du droit comparé... | I | 284 |

SECTION III. — LE DROIT HINDOU

| | | |
|---|---|-----|
| MAZARELLA, Les recherches ethnologiques sur l'ancien droit indien | I | 264 |
| SIMONS, La signification des religions pour la science du droit comparé. | I | 82 |

CHAPITRE V. — L'ETHNOLOGIE JURIDIQUE

Tome Page

| | | |
|--|---|-----|
| MAZARELLA, Les recherches ethnologiques sur l'ancien droit indien | I | 264 |
| KOSCHAKER, L'histoire du droit et le droit comparé, surtout en Allemagne | I | 274 |
| RADBRUCH, Anselm Feuerbach, précurseur du droit comparé... | I | 284 |
| KOCOUREK, Le développement du droit est-il gouverné par des lois ? | I | 68 |
| ARANGIO-RUIZ, Les « gentes » et la cité..... | | |
| BALOGH, L'influence de l'économie sociale sur l'évolution du droit dans l'histoire comparative du droit et dans l'ethnologie juridique | I | 200 |
| KUEBLER, Les degrés de faute dans les systèmes juridiques de l'antiquité | I | 174 |
| WESTRUP, La propriété familiale..... | I | 163 |

TITRE III

LE DROIT COMPARE PROPREMENT DIT.
SA VALEUR, SA METHODE ET SES FONCTIONS

CHAPITRE I. — LA VALEUR DU DROIT COMPARE

| | | |
|--|---|-----|
| GUTTERIDGE, La valeur du droit comparé..... | I | 294 |
| BOUCAUD, Les perspectives historiques et philosophiques du droit comparé. | I | 301 |

CHAPITRE II. — LA METHODE ET LES FONCTIONS
DU DROIT COMPARE

| | | |
|---|---|-----|
| WEYR, Remarques générales sur la nature juridique de la méthode comparative | I | 311 |
| KUHN, La fonction de la méthode comparative dans l'histoire et la philosophie du droit | I | 315 |
| NEUMARK, L'importance du droit comparé pour la science des finances | I | 325 |
| OTETILISANO, Les conceptions de M. E. Lambert sur le droit comparé. | I | 39 |
| SARFATTI, Le droit comparé dans son essence et son application. | I | 61 |
| SUGIYAMA, Essai d'une conception synthétique du droit comparé. | I | 50 |
| TABBAH, Entre les deux pôles — historique et sociologique — de la philosophie contemporaine du droit..... | I | 24 |
| GUTTERIDGE, La valeur du droit comparé..... | I | 294 |
| KOSCHAKER, L'histoire du droit et le droit comparé, surtout en Allemagne | I | 274 |

| | Tome | Page |
|--|------|------|
| LE BRAS, Excursion des villages moï aux monastères cambodgiens ou de l'utilité des études comparatives dans le domaine du droit canon..... | I | 95 |
| RENARD, La contribution du droit canonique à la science du droit comparé | I | 108 |
| SENN, La leçon de la Rome antique sur le fondement de la force obligatoire de la Coutume..... | I | 218 |
| ANTONELLI, Du droit comparé à l'économie comparée. La notion de « système économique » | III | 374 |

CHAPITRE III. — L'HISTOIRE ET L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT COMPARE DANS DIVERS PAYS

SECTION I. — L'ALLEMAGNE

| | | |
|---|---|-----|
| RADBRUCH, Anselm Feuerbach, précurseur du droit comparé.. | I | 284 |
| KOSCHAKER, L'histoire du droit et le droit comparé, surtout en Allemagne | I | 274 |
| WEHBERG, Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre..... | I | 664 |
| WAHL, Le Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht | I | 673 |

SECTION II. — L'ANGLETERRE

| | | |
|--|---|-----|
| LEE, L'étude du droit comparé en Grande-Bretagne..... | I | 344 |
| WORTLEY, Quelques réflexions sur la recherche scientifique.... | I | 348 |

SECTION III. — LA BELGIQUE

| | | |
|---|---|-----|
| VAUTHIER-LANDRIEN, L'Institut Belge de droit comparé..... | I | 682 |
| CORNIL, La complexité des sources du droit comparé..... | I | 358 |

SECTION IV. — LA FRANCE

| | | |
|--|---|-----|
| GOULÉ, La Société de Législation Comparée..... | I | 696 |
| BASDEVANT-BASTID, L'Institut de Droit Comparé de Lyon..... | I | 11 |
| ESCARRA, Le droit comparé et la jurisprudence chinoise..... | I | 489 |
| LE BRAS, Excursion des villages moï aux monastères cambodgiens ou de l'utilité des études comparatives dans le domaine du droit canon..... | I | 95 |

SECTION V. — L'ITALIE

| | | |
|--|---|-----|
| ROTONDI, L'Institut de Droit Commercial Comparé de l'Université Commerciale L. Bocconi de Milan..... | I | 709 |
| GALGANO, L'Institut d'Etudes Législatives de Rome..... | I | 723 |

SECTION VI. — LE JAPON

| | | |
|--|---|----|
| SUGIYAMA, Essai d'une conception synthétique du droit comparé. | I | 61 |
|--|---|----|

| | Tome | Page |
|--|------|------|
| SECTION VII. — LA ROUMANIE | | |
| COSTIN, L'Institut Social Roumain | I | 729 |
| OTETELISANO, Les conceptions de M. E. Lambert sur le droit comparé | I | 39 |

TITRE IV

LES SOURCES DU DROIT COMPARE

CHAPITRE I. — VUE D'ENSEMBLE SUR LES SOURCES
DU DROIT COMPARE

| | | |
|---|---|-----|
| CORNIL, La complexité des sources du droit comparé..... | I | 358 |
|---|---|-----|

CHAPITRE II. — LA COUTUME

| | | |
|---|---|-----|
| SIOTTO-PINTOR, Réflexions au sujet de la coutume en droit interne. | I | 372 |
| SENN, La leçon de la Rome antique sur le fondement de la force obligatoire de la Coutume..... | I | 218 |

CHAPITRE III. — L'INSTITUTION

| | | |
|--|-----|-----|
| DOWDALL, L'anatomie d'un corps social : La théorie des Institutions. Tendances à la vie en commun et l'activité sociale... | I | 384 |
| GEILER, L'ordre juridique de l'économie allemande. Contribution au problème juridique de l'Institution..... | III | 254 |
| HOEHN, Le droit subjectif public et le III ^e Reich..... | III | 240 |
| MOLITOR, La nouvelle constitution allemande du travail..... | III | 269 |
| NIPPERDEY, Les principaux problèmes juridiques relatifs au règlement d'entreprise en droit allemand..... | III | 280 |
| JOSSERAND, La « publicisation » du contrat..... | III | 143 |
| ANTONELLI, Du droit comparé à l'économie comparée. La notion de système économique | III | 374 |

CHAPITRE IV. — LA LEGISLATION

| | | |
|---|---|-----|
| POUND, La législation dans la période de formation du droit américain | I | 404 |
| MAURY, Observations sur les modes d'expression du droit: Règles et Directives | I | 421 |
| PLUCKNETT, L'interprétation des lois (Statuts)..... | I | 434 |

| | Tome | Page |
|--|------|-------|
| CHAPITRE V. — LA JURISPRUDENCE | | |
| SAVATIER, Le Gouvernement des Juges en matière de responsabilité civile | I | 453 ✓ |
| DÉAK, Le rôle du « cas » dans la common law et en droit civil. | I | 467 |
| ESCARRA, Le droit comparé et la jurisprudence chinoise..... | I | 481 |
| MARTY, Etude de droit comparé sur l'unification de la jurisprudence par le Tribunal Suprême..... | II | 728 |

CHAPITRE VI. — LA PRATIQUE EXTRA-JUDICIAIRE

| | | |
|--|-----|-----|
| ISHIZAKI, La récente évolution du droit corporatif dans le commerce des soies | I | 494 |
| KADEN, Un exemple de la pratique extra-judiciaire en Allemagne : Le Contrat de bail uniforme..... | I | 511 |
| RABEL, L'unification du droit de la vente internationale. Ses rapports avec les formulaires ou contrats-types des divers commerces. | II | 688 |
| MUELLER-ERZBACH, Une proposition pour l'unification de la conception du droit. Illustrée par le droit de la vente..... | II | 704 |
| BALOGH, L'adaptation du droit aux conditions économiques dans les droits européens et américains..... | III | 189 |
| DABIN, Droit de classe et droit commun..... | III | 66 |
| BESSLING, Le fait syndical et les transformations des principes fondamentaux du Droit | III | 80 |

DEUXIEME PARTIE

INSTRUMENTS D'ETUDE DU DROIT COMPARE

TITRE I

LES DIFFICULTES DE LA DOCUMENTATION POUR LES ETUDES DE DROIT COMPARE

| | | |
|--|---|-----|
| WINFIELD, La constatation du droit étranger..... | I | 530 |
|--|---|-----|

TITRE II

LES BIBLIOTHEQUES

| | | |
|--|---|-----|
| DE BREYCHA-VAUTHIER, La Société des Nations et le problème de la documentation juridique internationale..... | I | 536 |
| DE MADAY, La documentation juridique de la Bibliothèque du Bureau International du Travail..... | I | 553 |

TITRE III

LES RECUEILS INTERNATIONAUX DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE. — LEUR UTILITE ET LES PROBLEMES QUE POSE LEUR CREATION

| | | |
|---|-----|-----|
| L. DOR, Des problèmes que posent la création et l'organisation d'une Revue de Droit Comparé..... | I | 562 |
| MANKIEWICZ, Intérêt, pour l'étude comparative des droits et des évolutions économiques, des Recueils Internationaux de Jurisprudence. Illustré au moyen du Recueil International de Jurisprudence du Travail..... | I | 572 |
| WÆLBROECK, Les publications du Bureau International du Travail et l'aide qu'elles apportent à la documentation juridique internationale. | I | 591 |
| THOMMEN, La Série Législative du Bureau International du Travail. | I | 600 |
| HERZ, Recueil International de Jurisprudence du Travail..... | I | 605 |
| HOENIGER, A propos de douze volumes de Recueil International de Jurisprudence du Travail | III | 434 |

TITRE IV

LES INSTITUTS ET SOCIÉTÉS SCIENTIFIQUES

CHAPITRE I. — LES BUREAUX, INSTITUTS ET SOCIÉTÉS DE CARACTÈRE INTERNATIONAL

| | | |
|---|---|-----|
| AUGÉ-LARIBÉ, L'Institut International d'Agriculture..... | I | 614 |
| OSTERTAG, Les Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Industrielle, Littéraire et Artistique.. | I | 621 |
| MEYER, L'Union Internationale des Télécommunications..... | I | 639 |
| OFFICE CENTRAL DES TRANSPORTS INTERNATIONAUX PAR CHEMINS DE FER | I | 658 |
| VINCK, L'Union Internationale des Villes et Pouvoirs Locaux.. | I | 661 |

CHAPITRE II. — LES ACADEMIES, INSTITUTS ET SOCIÉTÉS DE CARACTÈRE NATIONAL

SECTION I. — L'ALLEMAGNE

| | | |
|--|---|-----|
| WEHBERG, Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre | I | 664 |
| LANGE, Les tâches et les travaux de l'Akademie für Deutsches Recht. | I | 669 |
| WAHL, Le Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht | I | 673 |

| | Tome | Page |
|---|------|------|
| SECTION II. — L'ANGLETERRE | | |
| LEE, L'Etude du Droit Comparé en Grande-Bretagne..... | I | 344 |
| WORTLEY, Quelques réflexions sur la recherche scientifique.... | I | 348 |
| GUTTERIDGE, La valeur du Droit Comparé..... | I | 294 |
| SECTION III. — LA BELGIQUE | | |
| VAUTHIER-LANDRIEN, L'Institut Belge de Droit Comparé..... | I | 682 |
| MAHAIM, L'Institut de Sociologie Solvay..... | I | 685 |
| SECTION IV. — LA FRANCE | | |
| GOULÉ, La Société de Législation Comparée..... | I | 696 |
| BOUGLÉ, Le Centre de Documentation Sociale de Paris..... | I | 702 |
| Mme BASDEVANT-BASTID, L'Institut de Droit Comparé de Lyon. | I | 11 |
| SECTION V. — L'ITALIE | | |
| ROTONDI, L'Institut de Droit Commercial Comparé de l'Univer- sité Commerciale L. Bocconi de Milan..... | I | 710 |
| GALGANO, L'Institut d'Etudes Législatives de Rome..... | I | 723 |
| SECTION VI. — LA ROUMANIE | | |
| COSTIN, L'Institut Social Roumain | I | 730 |

TROISIEME PARTIE

**LE DROIT COMPARE
COMME SCIENCE JURIDIQUE MODERNE**

TITRE I

DROIT CIVIL ET COMMON LAW

CHAPITRE I. — ESPRIT ET SOURCES DU DROIT CIVIL
ET DU COMMON LAW

| | | |
|--|----|----|
| LORD MACMILLAN, Deux manières de penser..... | II | 3 |
| BUCKLAND-McNAIR, Les sources du droit romain et du common law. | II | 18 |

| | Tome | Page |
|--|------|------|
| COLVIN, Le système de common law « anglais » appliqué aux Etats-Unis est-il bien anglais ?..... | II | 32 |
| Von RAUCHHAUPT, Le problème de la codification du droit international. Comparaison entre les méthodes européennes et américaines | II | 39 |
| WIGMORE, L'avenir du système juridique anglo-américain..... | II | 104 |
| — DÉAK, Le rôle du « cas » dans la common law et en droit civil. | I | 467 |
| POUND, La législation dans la période de formation du droit américain. | I | 404 |
| JAFFIN, Les modes d'introduction du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois | II | 256 |
| FRANKFURTER-GREENE, L'injonction dans les conflits du travail. | III | 480 |
| BONNET, La doctrine de la « conspiration » et les origines de « l'injonction du travail » aux Etats-Unis..... | III | 493 |
| RABEL, L'unification du droit de la vente internationale. Ses rapports avec les formulaires ou contrats-types des divers commerces. | II | 688 |
| JANNE, L'unification internationale des lois sur les effets de commerce. | II | 830 |
| BOUTERON, L'unification du droit relatif au chèque et le vocabulaire du droit uniforme | II | 835 |
| MORELLET, L'interpénétration du droit public et du droit privé. | III | 137 |
| BALOGH, L'adaptation du droit aux conditions économiques dans les droits européens et américains modernes..... | III | 189 |

CHAPITRE II. — LES MERITES ET LES DEFAUTS RESPECTIFS DU DROIT CIVIL ET DU COMMON LAW

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)..... | II | 48 |
|--|----|----|

SECTION II. — 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..... | II | 70 |
| GARNER, Justice administrative en France et aux Etats-Unis.. | II | 79 |

SECTION III. — DANS LE DOMAINE DE LA PROCEDURE

| | | |
|--|----|-----|
| MARTY, Etude de droit comparé sur l'unification de la jurisprudence par le Tribunal Suprême..... | II | 728 |
| BORCHARD, Les développements récents du jugement déclaratoire. | II | 536 |

| | Tome | Page |
|---|------|------|
| 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..... | II | 88 |
| IRELAND, La Louisiane. Vue nouvelle de son système juridique. | II | 94 |

CHAPITRE IV. — LES POSSIBILITES DE PROPAGATION DU DROIT CIVIL ET DU COMMON LAW

| | | |
|---|----|-----|
| WIGMORE, L'avenir du système juridique anglo-américain..... | II | 104 |
|---|----|-----|

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 code civil égyptien | II | 621 |
| CARDAHI, Les infiltrations occidentales dans un domaine réservé: Le Statut Personnel Musulman | II | 604 |
| BOUSQUET, Un exemple de laïcisation du droit musulman : L'Albanie | II | 643 |
| AOUAD, L'attachement du peuple marounite au Statut Personnel de sa communauté | II | 648 |
| SCHWARZ, La réception et l'assimilation des droits étrangers... | II | 581 |
| WIGMORE, L'avenir du système juridique anglo-américain..... | II | 104 |

TITRE III

LES BRANCHES DU DROIT COMPARE

CHAPITRE I. — LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

SECTION I. — LES FONDEMENTS DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

| | | |
|--|----|-----|
| VON VERDROSS, La loi de la formation des groupes juridiques et la notion du droit international public..... | II | 112 |
| GUGGENHEIM, Contribution au problème des bases sociologiques du droit international | II | 116 |
| SCELLE, Quelques réflexions sur une institution juridique primi- tive : La reconnaissance internationale..... | II | 123 |

| | Tome | Page |
|---|------|------|
| SECTION II. — LE RÔLE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC | | |
| YNTEMA, Le droit international public : Aide ou obstacle à la modification pacifique des rapports internationaux ?..... | II | 134 |
| LUNDSTEDT, La part de responsabilité de la science juridique dans le destin des peuples..... | III | 24 |
| SECTION III. — LES COMMUNAUTÉS INTERNATIONALES | | |
| GIRAUD, La réforme du Pacte de la Société des Nations..... | II | 146 |
| CHEVALLIER, Le rôle de la Couronne dans l'Empire Britannique. | II | 156 |
| SECTION IV. — L'ENSEIGNEMENT DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC | | |
| JESSUP, Application de la méthode fonctionnelle en droit international. | II | 172 |
| CHAPITRE II. — LE DROIT INTERNATIONAL ADMINISTRATIF | | |
| DE HOSTIE, L'Organisation des communications et du transit de la Société des Nations et le droit comparé..... | II | 846 |
| STARKE, La contribution apportée au droit international par les conventions relatives aux drogues nuisibles..... | II | 804 |
| HOENIGER, A propos de douze volumes de Recueil International de Jurisprudence du Travail..... | III | 434 |
| AUGÉ-LARIBÉ, L'Institut International d'Agriculture..... | I | 614 |
| OSTERTAG, Les Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Industrielle, Littéraire et Artistique.. | I | 621 |
| MEYER, L'Union Internationale des Télécommunications..... | I | 639 |
| OFFICE CENTRAL DES TRANSPORTS INTERNATIONAUX PAR CHEMINS DE FER | I | 658 |
| CHAPITRE III. — LA THÉORIE DES CONFLITS DE LOIS OU « DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ » | | |
| FALCONBRIDGE, Contrat et transfert de propriété dans les conflits des lois | II | 180 |
| AKERBERG, La loi du Cabinet Hitler sur le mariage et le droit international privé | III | 323 |
| CHAPITRE IV. — LE DROIT CONSTITUTIONNEL | | |
| SECTION I. — DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARÉ | | |
| SCHMITT, Une étude de droit constitutionnel comparé : L'évolution récente du problème des délégations législatives..... | II | 200 |

| | Tome | Page |
|--|------|------|
| MIRKINE-GUETZÉVITCH, La Constitution espagnole de 1812 et les débuts du libéralisme européen. Esquisse d'histoire constitutionnelle comparative. | II | 211 |
| SECTION II. — FORMATION ET TRANSFORMATIONS DES ETATS | | |
| JARRA, La concorde civique et la Constitution de la République de Pologne | II | 222 |
| DUBOIS-RICHARD, La résurrection d'un Etat : L'Egypte des Mohamed-Alis. | II | 235 |
| LÉVY-BRUHL, Le concept juridique de Révolution..... | II | 250 |
| 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 | II | 256 |
| HAESAERT, La lutte entre le « New-Deal » et la Cour Suprême aux Etats-Unis. | II | 270 |
| HAINES, Les problèmes posés aux Etats-Unis par les extensions actuelles du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois | II | 286 |
| CLARK, La réforme constitutionnelle aux Etats-Unis d'Amérique. | II | 311 |
| ELLIOT, Vers une nouvelle Constitution..... | II | 324 |
| SECTION IV. — LE PROBLEME DU CONTROLE JURIDICTIONNEL DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS PEUT-IL SE POSER EN FRANCE ? | | |
| HAURIU, La technique française en matière de contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois..... | II | 336 |
| 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 locaux d'un même Etat unitaire..... | II | 766 |
| SECTION VI. — LE DROIT CONSTITUTIONNEL ANGLAIS | | |
| JENNINGS, Les caractéristiques du droit public anglais..... | II | 340 |
| CHEVALLIER, Le rôle de la Couronne dans l'Empire britannique. | II | 156 |
| SECTION VII. — LE DROIT CONSTITUTIONNEL RUSSE | | |
| CHARLIER, La nouvelle Constitution « Stalinienne » de l'Union Soviétique. | III | 334 |

CHAPITRE V. — LE DROIT ADMINISTRATIF

SECTION I. — DROIT ADMINISTRATIF COMPARE

| | | |
|---|-----|-----|
| RADCLIFFE-CROSS, Les rapports de l'Administration de la Justice et de l'Etat en Angleterre et en France..... | II | 70 |
| GARNER, Justice administrative en France et aux Etats-Unis... | II | 79 |
| JENNINGS, Les caractéristiques du droit public anglais..... | II | 340 |
| TROTABAS, La responsabilité de l'Etat en droit interne et le respect de la propriété privée..... | III | 46 |
| WALTON, La responsabilité délictuelle dans le droit civil moderne (plus particulièrement dans le droit français) comparée avec la théorie anglaise du délit civil (torts)..... | II | 48 |
| GÉNY, 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. | II | 442 |

SECTION II. — LE DEVELOPPEMENT ET LES TENDANCES
DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF EN FRANCE

| | | |
|---|----|-----|
| NICOLAS, Observations au sujet du pouvoir discrétionnaire de l'administration. | II | 361 |
| MESTRE, La procédure d'arbitrage et le prix de l'énergie électrique. | II | 371 |

SECTION III. — ASPECTS ET TENDANCES DU CONTENTIEUX
ADMINISTRATIF DANS LE III^e REICH

| | | |
|--|-----|-----|
| HOEHN, Le droit subjectif public et le III ^e Reich..... | III | 240 |
|--|-----|-----|

SECTION IV. — LES TENDANCES NOUVELLES
DANS L'ORGANISATION DES SERVICES PUBLICS

| | | |
|--|----|-----|
| KUNCZ, Des problèmes de l'organisation des entreprises de services publics | II | 382 |
| DIMOCK, Nouvelles formes d'entreprises de services publics.... | II | 394 |
| TRÉVOUX, Du service public de droit public au service public économique | II | 405 |

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. | II | 810 |
| DONNEDIEU DE VABRES, Sur quelques formes actuelles de la collaboration internationale en droit pénal..... | II | 794 |
| SOLNAR, L'unification internationale du droit pénal et la science du droit comparé | II | 720 |

| | Tome | Page |
|---|------|------|
| SECTION II. — COMPARAISON DES MESURES DE SURETE | | |
| RUTTKE, La loi allemande sur la prévention des tarés et la législation scandinave sur la stérilisation..... | II | 428 |
| CHAPITRE VII. — LE DROIT COMPARE DES PERSONNES JURIDIQUES | | |
| GÉNY, 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. | II | 440 |
| CHAPITRE VIII. — LE DROIT PRIVE | | |
| SECTION I. — DROIT PRIVE COMPARE | | |
| I. — LE PHÉNOMÈNE UNIVERSEL DE LA « PUBLICISATION » DU DROIT PRIVÉ | | |
| RIEZLER, Oblitération des frontières entre le droit privé et le droit public. | III | 117 |
| MORELLET, L'interpénétration du droit public et du droit privé.. | III | 137 |
| JOSSERAND, La « publicisation » du contrat..... | III | 143 |
| PICARD, L'affaiblissement contractuel du contrat d'assurance.. | III | 159 |
| G. DOR, Les conquêtes du droit public sur le domaine du droit privé en Belgique | III | 166 |
| LONGCHAMPS DE BERIER, L'influence du droit public sur le contrat du travail dans le droit civil polonais..... | III | 544 |
| II. — ETUDES COMPARANT LE DROIT PRIVÉ EN DROIT CIVIL ET EN COMMON LAW | | |
| WALTON, La responsabilité délictuelle dans le droit civil moderne (plus particulièrement dans le droit français) comparée avec la théorie anglaise du délit civil (torts)..... | II | 48 |
| III. — ETUDES COMPARANT LES DROITS OCCIDENTAUX AU DROIT DES PAYS D'ISLAM | | |
| CARDAHI, Les infiltrations occidentales dans un domaine réservé: Le Statut Personnel Musulman..... | II | 604 |
| SANHOURY, Le droit musulman comme élément de refonte du Code civil égyptien..... | II | 621 |
| BOUSQUET, Un exemple de laïcisation du droit musulman : Le Code civil albanais | II | 643 |

IV. — ETUDES COMPARATIVES DES DROITS CIVILS

| | | |
|---|-----|-----|
| BOEHMER, Contribution au problème de la réforme du droit à la réserve légale en droit allemand..... | III | 303 |
| GÉNY, 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. | II | 442 |
| GOLAB, Le droit civil antilibéral..... | III | 106 |
| KADEN, Un exemple de la pratique extra-judiciaire en Allemagne : Le contrat de bail uniforme..... | I | 511 |
| PÉRITCH, L'influence du droit germanique sur le droit privé des peuples yougoslaves. | II | 661 |

V. — ETUDES COMPARATIVES DES LÉGISLATIONS

DES PAYS DE COMMON LAW

| | | |
|---|----|-----|
| KENNEDY, Législation en faveur des dépendants du testateur... | II | 680 |
|---|----|-----|

SECTION II. — ETUDES SPÉCIALES SUR LE DROIT PRIVÉ

| | | |
|---|-----|-----|
| MORIN, Quelques observations critiques sur le concept d'abus du droit. | II | 467 |
| SAVATIER, Le Gouvernement des Juges en matière de responsabilité civile | I | 453 |
| FREUND, L'avenir du droit civil dans l'Union Soviétique..... | III | 363 |
| 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..... | III | 203 |
| KADEN, Un exemple de la pratique extra-judiciaire en Allemagne : Le contrat de bail uniforme..... | I | 511 |
| MARKOVITCH, Dans quelle mesure pourrait-on recommander une limitation du droit de propriété ?..... | III | 54 |

CHAPITRE IX. — LE DROIT COMMERCIAL ET ÉCONOMIQUE

| | | |
|--|----|-----|
| TANAKA, La méthode du droit commercial..... | II | 477 |
| HENNEBICQ, Généralités abstraites du droit économique..... | II | 486 |
| DEL MARMOL, Les répercussions économiques de la législation fédérale des faillites aux Etats-Unis..... | II | 508 |

CHAPITRE X. — LE DROIT AGRAIRE

Dans le Domaine International :

| | | |
|--|---|-----|
| AUGÉ-LARIBÉ, L'Institut International d'Agriculture..... | I | 614 |
|--|---|-----|

En Allemagne :

| | | |
|---|-----|-----|
| GEILER, L'ordre juridique de l'économie allemande. Contribution au problème juridique de l'institution..... | III | 254 |
|---|-----|-----|

| | Tome | Page |
|---|------|------|
| <i>Aux Etats-Unis :</i> | | |
| HAESAERT, La lutte entre le « New-Deal » et la Cour Suprême aux Etats-Unis. | II | 270 |
| <i>En Roumanie :</i> | | |
| 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..... | III | 203 |
| <i>En Yougoslavie :</i> | | |
| MARKOVITCH, Dans quelle mesure pourrait-on recommander une limitation du droit de propriété ?..... | III | 54 |

CHAPITRE XI. — LES DROITS DITS DE « PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE »

| | | |
|---|-----|-----|
| ZOLL, Le droit patrimonial et le droit moral dans la conception polonaise du droit d'auteur..... | II | 526 |
| ROUBIER, L'influence des conceptions nationales-socialistes sur le droit de l'inventeur. Loi allemande du 8 mai 1936..... | III | 291 |
| OSTERTAG, Les Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Industrielle, Littéraire et Artistique.. | I | 621 |

CHAPITRE XII. — LE DROIT DU TRAVAIL

| | | |
|---|-----|-----|
| BESSLING, Le fait syndical et les transformations des principes fondamentaux du droit..... | III | 80 |
| MANKIEWICZ, Intérêt, pour l'étude comparative des droits et des évolutions économiques, des Recueils Internationaux de Jurisprudence. Illustré au moyen du Recueil International de Jurisprudence du Travail..... | I | 572 |
| MORELLET, L'interpénétration du droit public et du droit privé. | III | 137 |
| SAVATIER, Le Gouvernement des Juges en matière de responsabilité civile | I | 453 |

CHAPITRE XIII. — LE DROIT DES PROCEDURES

SECTION I. — LES FORMES DE LA PROCEDURE CIVILE

| | | |
|---|----|-----|
| BORCHARD, Les développements récents du jugement déclaratoire. | II | 536 |
| RICCA-BARBERIS, Le droit d'agir dans la tradition germanique et dans la tradition latine. Klage et actio..... | II | 551 |
| TYAN, La condition juridique du Kádi ou juge musulman..... | I | 126 |

SECTION II. — LA PROCEDURE DANS LES CONFLITS DU TRAVAIL

| | | |
|---|-----|-----|
| BINET, La juridiction du travail dans les divers pays..... | II | 558 |
| FRANKFURTER-GREENE, L'injonction dans les conflits du travail. | III | 480 |

| | Tome | Page |
|---|------|------|
| BONNET, La doctrine de la « conspiration » et les origines de « l'injonction du travail » aux Etats-Unis..... | III | 493 |
| PIC, L'organisation professionnelle et l'Etat moderne : Conven- tions collectives du travail et arbitrage obligatoire. Etude de droit comparé. | III | 518 |
| PERREAU, La conciliation et l'arbitrage des grèves et lock-outs. | III | 533 |

SECTION III. — LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE

| | | |
|--|----|-----|
| NICOLAS, Observations au sujet du pouvoir discrétionnaire de l'administration. | II | 361 |
| MESTRE, La procédure d'arbitrage et le prix de l'énergie électri- que. | II | 371 |
| RADCLIFFE-CROSS, Les rapports de l'Administration de la Justice et de l'Etat en Angleterre et en France..... | II | 70 |
| GARNER, Justice administrative en France et aux Etats-Unis.. | II | 79 |
| RUTTKE, La loi allemande sur la prévention des tarés et la légis- lation scandinave sur la stérilisation..... | II | 428 |

SECTION IV. — L'ARBITRAGE

| | | |
|--|----|-----|
| DAVID, Un projet de loi uniforme sur l'arbitrage..... | II | 884 |
| ISHIZAKI, La récente évolution du droit corporatif dans le com- merce des soies | I | 494 |
| RABEL, L'unification du droit de la vente internationale. Ses rap- ports avec les formulaires ou contrats-types des divers com- merces | II | 688 |

QUATRIEME PARTIE

LE DROIT COMPARE

COMME SCIENCE INTERNATIONALE MODERNE

TITRE I

LA RECEPTION DES DROITS

CHAPITRE I. — LES FONDEMENTS ET LES CONDITIONS
DE LA RECEPTION DES DROITS

| | | |
|--|----|-----|
| SCHWARZ, La réception et l'assimilation des droits étrangers.... | II | 581 |
| DEL VECCHIO, La communicabilité du droit et les doctrines de G. B. Vico | II | 591 |
| Lord MACMILLAN, Deux manières de penser..... | II | 3 |

| | Tome | Page |
|---|------|------|
| WIGMORE, L'avenir du système juridique anglo-américain..... | II | 104 |
| PÉRITCH, L'influence du droit germanique sur le droit privé des peuples yougoslaves | II | 661 |
| CHAPITRE II. — METHODES ET EXEMPLES DE RECEPTION DES DROITS. — LE ROLE RESPECTIF DU JUGE ET DU LEGISLATEUR | | |
| CARDAHI, Les infiltrations occidentales dans un domaine réservé: Le Statut Personnel Musulman..... | II | 604 |
| SANHOURY, Le droit musulman comme élément de refonte du Code civil égyptien | II | 621 |
| BOUSQUET, Un exemple de laïcisation du droit musulman : Le Code civil albanais..... | II | 643 |
| CHAPITRE III. — LES DIFFICULTES DE LA RECEPTION DES DROITS | | |
| 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 | II | 648 |
| SECTION II. — HEURT ENTRE LE DROIT CIVIL ET LE COMMON LAW | | |
| LORD MACMILLAN, Deux manières de penser..... | II | 3 |
| MIGNAULT, Les rapports entre le droit civil et la « common law » au Canada, spécialement dans la Province de Québec..... | II | 88 |
| IRELAND, La Louisiane. Vue nouvelle de son système juridique. | II | 94 |
| KENNEDY, Législation en faveur des dépendants du testateur. | II | 680 |
| CHAPITRE IV. — LE RAYONNEMENT RESPECTIF DES DROITS NATIONAUX | | |
| PÉRITCH, L'influence du droit germanique sur le droit privé des peuples yougoslaves | II | 661 |
| 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. | II | 94 |
| MOTT, La législation uniforme aux Etats-Unis..... | II | 751 |

Tome Page

SECTION II. — A L'INTERIEUR DE L'EMPIRE BRITANNIQUE

| | | |
|--|----|-----|
| KENNEDY, Législation en faveur des dépendants du testateur... | II | 680 |
| LORD MACMILLAN, Deux manières de penser..... | II | 3 |
| MIGNAULT, Les rapports du droit civil et de la « common law » au Canada, spécialement dans la province de Québec..... | II | 88 |

TITRE II

L'UNIFICATION DES DROITS

CHAPITRE I. — L'ASPECT DU PROBLEME

| | | |
|--|----|-----|
| RABEL, L'unification du droit de la vente internationale. Ses rapports avec les formulaires ou contrats-types des divers commerces. | II | 687 |
| MUELLER-ERZBACH, Une proposition pour l'unification de la conception du droit. Illustrée par le droit de la vente..... | II | 704 |
| BOUTERON, L'unification du droit relatif au chèque et le vocabulaire du droit uniforme..... | II | 835 |

CHAPITRE II. — LE RÔLE DU DROIT COMPARE
POUR L'UNIFICATION DES DROITS

| | | |
|---|-----|-----|
| SOLNAR, L'unification internationale du droit pénal et la science du droit comparé | II | 720 |
| GUTTERIDGE, La valeur du droit comparé..... | I | 294 |
| SARFATTI, Le droit comparé dans son essence et dans son application. | I | 61 |
| DE HOSTIE, L'organisation des communications et du transit de la Société des Nations et le droit comparé..... | II | 846 |
| BALOGH, L'adaptation du droit aux conditions économiques dans les droits européens et américains..... | III | 189 |
| DONNEDIEU DE VABRES, Sur quelques formes actuelles de la collaboration internationale en droit pénal..... | II | 794 |
| ROTONDI, L'Institut de Droit Commercial Comparé de l'Université Commerciale L. Bocconi de Milan..... | I | 710 |

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..... | II | 728 |
| MOTT, La législation uniforme aux Etats-Unis..... | II | 751 |
| T. IONASCO, Le Conseil Législatif en Roumanie. Organe de technologie et de politique législatives, destiné aussi à l'unification des droits locaux d'un même Etat unitaire..... | II | 766 |
| LAMEIRE, Le droit public des Provinces d'outre-Rhône, comparé à celui des Provinces de l'intérieur du Royaume de France. | II | 782 |

| | Tome | Page |
|--|------|------|
| 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..... | II | 794 |
| STARKE, La contribution apportée au droit international par les conventions relatives aux drogues nuisibles..... | II | 804 |
| COSENTINI, Essai d'un Code pénal international dressé sur la base comparative des projets et textes récents de Codes pénaux. | II | 810 |
| SOLNAR, L'unification internationale du droit pénal et la science du droit comparé | II | 720 |
| SECTION II. — LE DROIT COMMERCIAL ET ECONOMIQUE | | |
| JANNE, L'unification internationale des lois sur les effets de commerce. | II | 830 |
| BOUTERON, L'unification du droit relatif au chèque et le vocabulaire du droit uniforme..... | II | 835 |
| TANAKA, La méthode du droit commercial..... | II | 477 |
| RABEL, L'unification du droit de la vente internationale. Ses rapports avec les formulaires ou contrats-types des divers commerces. | II | 688 |
| SECTION III. — LE DROIT AGRAIRE | | |
| AUGÉ-LARIBÉ, L'Institut International d'Agriculture..... | I | 614 |
| SECTION IV. — LE DROIT DES COMMUNICATIONS ET DES TRANSPORTS | | |
| DE HOSTIE, L'Organisation des communications et du transit de la Société des Nations et le droit comparé..... | II | 846 |
| MEYER, L'Union internationale des Télécommunications..... | I | 639 |
| OFFICE CENTRAL DES TRANSPORTS INTERNATIONAUX PAR CHEMINS DE FER | I | 658 |
| SECTION V. — LE DROIT DU TRAVAIL | | |
| JENKS, Contribution de l'Organisation Internationale du Travail à l'élaboration d'un droit uniforme du travail maritime... .. | II | 870 |
| HOENIGER, A propos de douze volumes de Recueil International de Jurisprudence | III | 434 |
| SECTION VI. — LE DROIT DES PROCEDURES | | |
| DAVID, Un projet de loi uniforme sur l'arbitrage..... | II | 884 |

CINQUIEME PARTIE

LE DROIT COMPARE COMME SCIENCE SOCIALE

TITRE I

VALEUR ET METHODE DES SCIENCES SOCIALES

| | | |
|--|-----|----|
| MITSCHERLICH, Des Sciences de la Nature et de l'Esprit et de leur valeur de connaissance | III | 3 |
| Von MISES, Entendre et Comprendre..... | III | 17 |
| LUNDSTEDT, La part de responsabilité de la science juridique dans le destin des peuples..... | III | 24 |

TITRE II

LES PRINCIPALES ORIENTATIONS GENERALES
DES DROITS

CHAPITRE I. — SECURITE JURIDIQUE ET EQUITE

| | | |
|---|-----|----|
| SAUER, Sécurité juridique et justice..... | III | 34 |
|---|-----|----|

CHAPITRE II. — LE DROIT DE LA PROPRIETE PRIVEE

| | | |
|--|-----|----|
| TROTABAS, La responsabilité de l'Etat en droit interne et le respect de la propriété privée..... | III | 46 |
| MARKOVITCH, Dans quelle mesure pourrait-on recommander la limitation du droit de propriété ? | III | 54 |

CHAPITRE III. — L'ETAT ET LES GROUPES SOCIAUX

SECTION I. — LE PROBLEME

| | | |
|---|-----|-----|
| DABIN, Droit de classe et droit commun..... | III | 66 |
| BESSLING, Le fait syndical et les transformations des principes fondamentaux du droit | III | 80 |
| DOWDALL, L'anatomie d'un corps social. La théorie des institutions. Tendances à la vie en commun et l'activité sociale... | I | 384 |

| | Tome | Page |
|--|------|------|
| SECTION II. — LE PROGRAMME CORPORATIF | | |
| AULAGNON, Suggestions « corporatives » de l'Encyclique Quadragesimo Anno. Contribution à un ordre juridique nouveau. | III | 96 |
| GEILER, L'ordre juridique de l'économie allemande. Contribution au problème juridique de l'institution. | III | 254 |
| MOLITOR, La nouvelle constitution allemande du travail. | III | 269 |
| CHAPITRE IV. — L'ANTILIBERALISME | | |
| GOLAB, Le droit civil antilibéral. | III | 106 |
| CHAPITRE V. — L'INFLUENCE DU DROIT PUBLIC SUR LE DROIT PRIVE | | |
| RIEZLER, Oblitération des frontières entre le droit privé et le droit public. | III | 117 |
| MORELLET, L'interpénétration du droit public et du droit privé. | III | 137 |
| JOSSERAND, La « publicisation » du contrat. | III | 143 |
| PICARD, L'affaiblissement contractuel du contrat d'assurance. | III | 159 |
| G. DOR, Les conquêtes du droit public sur le domaine du droit privé en Belgique. | III | 166 |
| LONGCHAMPS DE BERIER, L'influence du droit public sur le contrat du travail dans le droit civil polonais. | III | 544 |
| CHAPITRE VI. — L'INFLUENCE DES FACTEURS ECONOMIQUES SUR LE DROIT | | |
| SECTION I. — L'ADAPTATION DU DROIT AUX EVOLUTIONS ECONOMIQUES | | |
| BALOGH, L'adaptation du droit aux conditions économiques dans les droits européens et américains modernes. | III | 189 |
| 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. | III | 203 |
| HENNEBICQ, Généralités abstraites du droit économique. | II | 486 |
| SAVATIER, Le Gouvernement des Juges en matière de responsabilité civile. | I | 453 |
| DÉAK, Le rôle du « cas » dans la common law et en droit civil. . | I | 467 |
| HAESAERT, La lutte entre le « New Deal » et la Cour Suprême aux Etats-Unis. | II | 270 |
| JOSSERAND, La « publicisation » du contrat. | III | 143 |
| PICARD, L'affaiblissement contractuel du contrat d'assurance. | III | 159 |

| | Tome | Page |
|--|------|------|
| SANHOURY, Le droit musulman comme élément de refonte du Code civil égyptien..... | II | 621 |
| CARDAHI, Les infiltrations occidentales dans un domaine réservé: le statut personnel musulman..... | II | 604 |
| MARKOVITCH, Dans quelle mesure pourrait-on recommander une limitation du droit de propriété ? | III | 54 |
| POUND, La législation dans la période de formation du droit américain | I | 404 |
| DEL MARMOL, Les répercussions économiques de la législation fédérale des faillites aux Etats-Unis..... | II | 508 |
| MORIN, Quelques observations critiques sur le concept d'abus du droit. | II | 469 |

SECTION II. — L'INFLUENCE DES QUESTIONS AGRAIRES SUR L'EVOLUTION DU DROIT

Aux Etats-Unis :

| | | |
|--|----|-----|
| POUND, La législation dans la période de formation du droit américain | I | 404 |
| DEL MARMOL, Les répercussions économiques de la législation fédérale des faillites aux Etats-Unis..... | II | 508 |
| HAESAERT, La lutte entre le « New Deal » et la Cour Suprême aux Etats-Unis | II | 270 |

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..... | III | 203 |
|---|-----|-----|

En Yougoslavie :

| | | |
|--|-----|----|
| MARKOVITCH, Dans quelle mesure pourrait-on recommander une limitation du droit de propriété ?..... | III | 54 |
|--|-----|----|

Dans l'ancien droit juif :

| | | |
|--|---|-----|
| BALOGH, L'influence de l'économie sociale sur l'évolution du droit dans l'histoire comparative du droit et dans l'ethnologie juridique. | I | 200 |
|--|---|-----|

TITRE III

LES ORIENTATIONS PARTICULIERES DU DROIT DE L'ALLEMAGNE NATIONALE-SOCIALISTE

| | | |
|---|-----|-----|
| DUQUESNE, Sur l'esprit du peuple allemand comme source d'origine du droit allemand..... | III | 225 |
| HOEHN, Le droit subjectif public et le III ^e Reich..... | III | 240 |

| | Tome | Page |
|---|------|------|
| GEILER, L'ordre juridique de l'économie allemande. Contribution au problème juridique de l'institution..... | III | 254 |
| MOLITOR, La nouvelle constitution allemande du travail..... | III | 269 |
| NIPPERDEY, Les principaux problèmes juridiques relatifs au règlement d'entreprise en droit allemand..... | III | 280 |
| ROUBIER, L'influence des conceptions nationales-socialistes sur le droit de l'inventeur. Loi allemande du 8 mai 1936..... | III | 291 |
| BOEHMER, Contribution au problème de la réforme du droit à la réserve légale en droit allemand..... | III | 303 |
| AKERBERG, La loi du Cabinet Hitler sur le mariage et le droit international privé | III | 323 |
| LANGE, Les tâches et les travaux de l'Akademie für Deutsches Recht. | I | 669 |
| RIEZLER, Oblitération des frontières entre le droit privé et le droit public. | III | 117 |
| KADEN, Un exemple de la pratique extra-judiciaire en Allemagne : le contrat de bail uniforme..... | I | 511 |
| RUTTKE, La loi allemande sur la prévention des tarés et la législation scandinave sur la stérilisation..... | II | 428 |
| GOLAB, Le droit civil antilibéral..... | III | 117 |

TITRE IV

LES ORIENTATIONS PARTICULIÈRES DU DROIT DE LA RUSSIE SOVIÉTIQUE

| | | |
|--|-----|-----|
| CHARLIER, La nouvelle Constitution « Stalinienne » de l'Union soviétique | III | 334 |
| DE SIGALAS, Plan et « Bases commerciales » en U. R. S. S..... | III | 350 |
| FREUND, L'avenir du droit civil dans l'Union soviétique..... | III | 363 |

TITRE V

LES POINTS DE CONTACT DU DROIT COMPARE ET DE L'ECONOMIE POLITIQUE

| | | |
|--|-----|-----|
| ANTONELLI, Du droit comparé à l'économie comparée. La notion de « système économique » | III | 374 |
| COMMONS, La valeur raisonnable dans l'économie politique américaine | III | 383 |
| RAPPARD, Qu'est-ce que le nationalisme économique ? | III | 399 |
| NEUMARK, L'importance du droit comparé pour la science des finances. | I | 325 |

TITRE VI

LES FORMES NOUVELLES DE LA RÉGLEMENTATION
ÉCONOMIQUECHAPITRE I. — LA RÉGLEMENTATION ÉCONOMIQUE
INTERNATIONALE

| | | |
|--|-----|-----|
| MILHAUD, Le chèque-compensation..... | III | 406 |
| JANNE, L'unification internationale des lois sur les effets de commerce. | II | 830 |
| BOUTERON, L'unification du droit relatif au chèque et le vocabulaire du droit uniforme..... | II | 835 |
| RABEL, L'unification du droit de la vente internationale. Ses rapports avec les formulaires ou contrats-types des divers commerces | II | 688 |
| MUELLER-ERZBACH, Une proposition pour l'unification de la conception du droit. Illustrée par le droit de la vente..... | II | 704 |
| ISHIZAKI, La récente évolution du droit corporatif dans le commerce des soies..... | I | 494 |
| DE HOSTIE, L'organisation des communications et du transit de la Société des Nations et le droit comparé..... | II | 846 |
| MEYER, L'Union internationale des Télécommunications..... | I | 639 |
| OFFICE CENTRAL DES TRANSPORTS INTERNATIONAUX PAR CHEMINS DE FER | I | 658 |

CHAPITRE II. — LES RÉGLEMENTATIONS ÉCONOMIQUES
NATIONALES

SECTION I. — L'ALLEMAGNE

| | | |
|---|-----|-----|
| GEILER, L'ordre juridique de l'économie allemande. Contribution au problème juridique de l'institution..... | III | 254 |
|---|-----|-----|

SECTION II. — LA BELGIQUE

| | | |
|---|-----|-----|
| VAN HOUTTE, Les tendances actuelles de la réglementation du commerce de détail en Belgique..... | III | 424 |
| G. DOR, Les conquêtes du droit public sur le domaine du droit privé en Belgique | III | 166 |

SECTION III. — LES ÉTATS-UNIS

| | | |
|--|----|-----|
| HAESAERT, La lutte entre le « New-Deal » et la Cour Suprême aux États-Unis | II | 270 |
|--|----|-----|

SECTION IV. — LA RUSSIE SOVIÉTIQUE

| | | |
|---|-----|-----|
| DE SIGALAS, Plan et « Bases commerciales » en U. R. S. S..... | III | 350 |
|---|-----|-----|

TITRE VII

LE NOUVEAU DROIT SOCIAL

CHAPITRE I. — LE NOUVEAU DROIT INTERNATIONAL
DU TRAVAIL

| | | |
|---|-----|-----|
| HOENIGER, A propos de douze volumes de Recueil International de Jurisprudence du Travail..... | III | 434 |
| JENKS, Contribution de l'Organisation Internationale du Travail à l'élaboration d'un droit uniforme du travail maritime.... | II | 870 |
| MANKIEWICZ, Intérêt, pour l'étude comparative des droits et des évolutions économiques, des Recueils Internationaux de Jurisprudence. Illustré au moyen du Recueil International de Jurisprudence du Travail..... | I | 572 |

CHAPITRE II. — LES NOUVEAUX DROITS NATIONAUX
DU TRAVAIL

SECTION I. — L'ALLEMAGNE

| | | |
|--|-----|-----|
| MOLITOR, La nouvelle constitution allemande du travail..... | III | 269 |
| NIPPERDEY, Les principaux problèmes juridiques relatifs au règlement d'entreprise en droit allemand..... | III | 280 |
| GEILER, L'ordre juridique de l'économie allemande. Contribution au problème juridique de l'institution..... | III | 254 |
| PIC, L'organisation professionnelle et l'Etat moderne. Conventions collectives du travail et arbitrage obligatoire. Etude de Droit comparé. | III | 518 |

SECTION II. — L'ANGLETERRE

| | | |
|--|-----|-----|
| ROBSON, La législation industrielle en Angleterre au cours des 50 dernières années | III | 455 |
|--|-----|-----|

SECTION III. — LA BELGIQUE

| | | |
|--|-----|-----|
| VELGE, Les tendances nouvelles de la législation sociale en Belgique | III | 470 |
| G. DOR, Les conquêtes du droit public sur le domaine du droit privé en Belgique..... | III | 166 |

SECTION IV. — LES ETATS-UNIS

| | | |
|---|-----|-----|
| FRANKFURTER-GREENE, L'injonction dans les conflits du travail. | III | 480 |
| BONNET, La doctrine de la « conspiration » et les origines de « l'injonction du travail » aux Etats-Unis..... | III | 453 |

SECTION V. — LA FRANCE

| | | |
|---|-----|-----|
| CAPITANT, L'évolution de la conception française en matière de convention du travail..... | III | 516 |
| PIC, L'organisation professionnelle et l'Etat moderne. Conventions collectives du travail et arbitrage obligatoire. Etude de droit comparé. | III | 518 |
| PERREAU, La conciliation et l'arbitrage des grèves et lock-outs. | III | 533 |
| MANKIEWICZ, Intérêt, pour l'étude comparative des droits et des évolutions économiques, des Recueils Internationaux de Jurisprudence. Illustré au moyen du Recueil International de Jurisprudence du travail..... | I | 572 |

SECTION VI. — LA POLOGNE

| | | |
|---|-----|-----|
| LONGCHAMPS DE BERIER, L'influence du droit public sur le contrat du travail dans le droit civil polonais..... | III | 544 |
|---|-----|-----|

INTRODUCTION

L'ŒUVRE D'EDOUARD LAMBERT ET SA PLACE
DANS LES DOCTRINES SOCIOLOGIQUES
ET JURIDIQUES

TITRE I

L'ŒUVRE D'EDOUARD LAMBERT – SON INSTITUT DE DROIT COMPARÉ (INSTITUT DES SCIENCES SOCIALES ET DES RELATIONS INTERNATIO- NALES DE L'UNIVERSITE DE LYON).

CHAPITRE PREMIER

HOMMAGE A EDOUARD LAMBERT

EXTRAIT DE L'ALLOCUTION DU DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON,
PROFESSEUR PIERRE GARRAUD,
A LA RENTRÉE DE LA FACULTÉ, LE 3 NOVEMBRE 1936.

« ... Il me reste à vous dire les regrets de la Faculté devant une mise à la retraite, qui va la priver des services de l'un des plus grands parmi les maîtres qui y ont enseigné.

Pour comprendre ces sentiments unanimes d'affectueux regrets à la pensée qu'Edouard LAMBERT est atteint par la limite d'âge et ne reprendra plus cet enseignement que, durant quarante années, successivement dans la chaire d'histoire et dans la chaire de droit comparé, il a dispensé à d'innombrables étudiants français et étrangers, il suffit de rappeler, de cette existence universitaire si remplie, de cette activité prodigieuse, quelques dates et quelques circonstances essentielles. Ce sera pour vous, Messieurs les étudiants, la plus haute, la meilleure des leçons.

Edouard LAMBERT, reçu premier au concours d'agrégation de décembre 1896, le dernier concours d'ensemble, avant la subdivision en quatre sections, fut envoyé, la même année, comme agrégé à la Faculté de Droit de Lyon, où il fut titularisé, en 1900, dans la chaire d'histoire générale du droit. L'histoire comparative fut l'objet de ses premières études : celles-ci, pour ne prendre comme exemple que ses travaux sur le problème de l'authenticité des XII Tables, par leur importance et l'originalité d'esprit qu'elles manifestaient, eurent un retentissement mondial, suscitèrent des controverses si ardentes, un mouvement d'idées si intense, que l'enseignement de l'histoire du droit romain et des origines du droit moderne s'en trouva entièrement renouvelé.

L'étude de l'histoire comparative l'amena presque immédiatement à l'étude comparative des législations et des jurisprudences modernes, et c'est encore à Edouard LAMBERT qu'il appartient de renouveler les problèmes et les méthodes du droit comparé, notamment dans le premier volume de ses *Etudes de droit commun législatif sur la fonction du droit civil comparé*.

Le droit comparé a toujours été conçu par Edouard LAMBERT comme devant être avant tout l'étude comparative des droits à formation coutumière et les plus vivants (jurisprudence, droit public, droit corporatif, droit commercial, droit ouvrier) et un instrument de rapprochement international. Etude des jurisprudences anglaise et américaine, étude des institutions et des droits de l'Islam et du Proche-Orient méditerranéen, étude des institutions nées des transformations économiques, politiques et sociales de l'Europe d'après guerre et des Etats-Unis de l'expérience Roosevelt, et notamment des institutions les plus caractéristiques de la Russie des Soviets, de l'Italie fasciste et de l'Allemagne nationale-socialiste, tous ces aspects se manifestent soit dans les travaux personnels d'Edouard LAMBERT, soit dans les organismes d'enseignement et d'expansion universitaire dont il a été le créateur et l'animateur, le *Séminaire oriental d'études juridiques et sociales*, l'*Institut de Droit comparé*, l'*Institut des Sciences Sociales et des Relations Internationales*, soit dans les ouvrages, si nombreux, qu'il a inspirés ou dirigés.

Depuis la publication de son livre sur la fonction du droit civil comparé, Edouard LAMBERT a écrit près de trente études relatives au droit comparé. Et il faut ajouter que bon nombre des travaux qu'Edouard LAMBERT a inspirés ont bénéficié, depuis son introduction à l'ouvrage de Mahmoud FATHY sur *La doctrine musulmane de l'abus des droits* jusqu'à la préface du livre de Charley del MARMOL sur *La faillite en droit anglo-saxon*, de préfaces presque toujours importantes et dont plusieurs sont de véritables monographies, comme l'introduction sur *L'Enseignement du droit comme science sociale et comme science internationale* à l'ouvrage de VALEUR consacré à *L'Enseignement du droit en France et aux Etats-Unis*, comme encore l'étude sur *L'Economie et le Droit des Entreprises de Services publics*, qui précède le travail de TRÉVOUX sur *Le développement et la réglementation de l'industrie électrique aux Etats-Unis*.

Aussi bien, pour apprécier l'activité scientifique d'Edouard LAMBERT et le rayonnement de son enseignement, il faut encore et surtout tenir compte précisément des publications faites sous sa direction, direction si active, aide si généreuse, que l'on sent bien souvent dans l'ouvrage de l'élève la main du maître. Les travaux du Séminaire oriental d'études juridiques et sociales comptent six volumes, la bibliothèque de l'Institut de Droit comparé, dans sa seule série centrale, quarante-deux volumes. Pour marquer l'importance universitaire et scientifique d'un pareil ensemble d'ouvrages dont le mérite doit être reporté pour la plus grande partie sur Edouard LAMBERT, il suffira, en rappelant que c'est à la Bibliothèque de l'Institut de droit comparé que l'on doit la publication en France des Codes soviétiques et de bien des textes caractéristiques du nouveau droit italien et allemand, de constater que la plupart de ces travaux ont été publiés sous leur première forme comme thèses de doctorat, et que beaucoup de leurs auteurs sont devenus, en France ou à l'étranger, des universitaires, de hauts magistrats, des hommes d'affaires distingués.

Ce n'est pas seulement par ses cours à la Faculté et à l'Institut de Droit

comparé qu'Edouard LAMBERT a répandu son enseignement, exposé ses doctrines et le résultat de ses recherches; et c'est aussi par ses nombreux voyages et ses nombreuses missions à l'étranger, notamment en Angleterre, au Portugal, en Belgique, aux Pays-Bas, en Egypte, dans l'Europe centrale, au Liban et en Syrie, par ses relations avec toutes les personnalités et toutes les institutions officielles ou privées, universitaires et non universitaires, s'occupant de droit comparé. Au surplus, pour expliquer l'influence d'Edouard LAMBERT, le rayonnement de son enseignement et de sa personnalité, il ne faut pas oublier, à côté de la valeur scientifique, les qualités de l'esprit et du cœur : l'indépendance absolue, associée au respect des idées d'autrui, la courtoisie et la bienveillance, aussi bien dans la discussion scientifique que dans la critique des travaux; la dignité de la vie professionnelle et familiale; et, beaucoup d'entre vous les connaissant déjà, par expérience personnelle, cette audience toujours réservée, ces services toujours rendus à la jeunesse, étudiants français ou étrangers, ou jeunes collègues, qui, si nombreux, ont pu profiter de l'expérience d'Edouard LAMBERT, de son enseignement, bien souvent de son appui.

La Faculté de Droit de Lyon n'oubliera pas non plus les services que, par esprit de devoir, et malgré quelque répugnance aux besognes et aux sujétions administratives, Edouard LAMBERT avait accepté de lui rendre comme membre du Conseil de l'Université et comme assesseur du doyen, et elle se souviendra toujours du rôle joué dans ses assemblées et dans ses conseils, par un collègue qui était entouré de l'affection et du respect de tous. La Faculté sait que sa dette de reconnaissance envers Edouard LAMBERT s'augmentera encore pendant la retraite de ce maître éminent, qui, il nous l'a dit lui-même, continuera de s'adonner à la recherche scientifique « qui ne connaît de limite d'âge ni à l'entrée ni à la sortie », et pourra même, en s'occupant toujours de l'Institut de droit comparé et de l'Institut des sciences sociales et relations internationales, « profiter de la liberté qui lui est rendue pour goûter plus largement — si c'est possible — ce qui a été la joie principale de ses quarante années d'enseignement : former des recrues pour la recherche scientifique, les guider dans le maniement des collections et archives de l'Institut de droit comparé, dans la consultation et l'utilisation des monuments des principales législations et jurisprudences étrangères, dans le choix et la conduite de leurs premières enquêtes... » (1).

Monsieur Ed. LAMBERT est Officier de la Légion d'Honneur, Docteur *honoris causa* de l'Université Egyptienne du Caire, de l'Université Libre de Bruxelles, de l'Université Charles IV de Prague, de l'Université de Coïmbre et de l'Université de Lisbonne. Il est Membre honoraire de la *Society of Public Teachers of Law*, Membre de l'Académie Internationale de Droit Comparé, de l'Académie Royale de Bruxelles et de la *Ceská Akademie Věd A Umění* de Prague.

(1) Edouard LAMBERT, préface au tome 42 de la Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé de Lyon, série centrale. Charley del Marmol, *La faillite en droit anglo-saxon*.

CHAPITRE II

L'ŒUVRE D'EDOUARD LAMBERT

La Stipulation pour autrui. Thèse de Doctorat, Paris, Giard, 1893.

Le Contrat en faveur de tiers. Paris, Giard, 1893.

De l'exhérédation et des legs au profit d'héritiers présomptifs. Paris, Giard, 1895.

Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et l'enseignement du droit (rapport général au Congrès International de Droit Comparé tenu à Paris en 1900), dans les *Procès-verbaux et documents* de ce congrès, tome I, pp. 26-60, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 20, rue Soufflot.

Une réforme nécessaire des études de droit civil. Extrait de la *Revue Internationale de l'Enseignement*, 1900, Paris, Chevalier-Marescq.

La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative, un vol. in-8°, 108 pages, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

La tradición romana sobre la sucesión de formas del testamento ante la historia comparada. Edition remaniée du précédent, traduite et annotée par Garcia Herreros, professeur à l'Université de Madrid, Imprimerie de la *Revista de legislación*, 1904.

La question de l'authenticité des XII Tables et les Annales Maximi, une brochure de 52 pages, extraite de *Nouvelle Revue historique de Droit*, Paris, Larose, 1902.

L'histoire traditionnelle des XII Tables et les critères d'inauthenticité des traditions en usage dans l'école de Mommsen. Extrait des *Mélanges Ch. Appleton, Annales de l'Université de Lyon*, 126 pages, Lyon, Rey, 1903.

Le problème de l'origine des XII Tables. Quelques contributions empruntées à l'histoire comparative et à la psychologie des peuples. Extrait de la *Revue générale de Droit*, 1903, 60 pages, Paris, Fontemoing.

Etudes de droit commun législatif. La fonction du droit civil comparé, un volume in-8° de 927 pages, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1903.

Le droit civil et la législation ouvrière, dans *Revue générale de Droit*, Paris, Fontemoing, 1904.

L'Institut oriental d'études juridiques et sociales de Lyon. Séminaire libre ouvert aux étudiants de l'Orient musulman, une brochure de 32 pages, Lyon, Imprimerie du *Moniteur Judiciaire*, 1910.

L'enseignement du droit comparé. Sa coopération au rapprochement entre la jurisprudence française et la jurisprudence anglo-américaine. (*Annales de l'Université de Lyon, Droit-Lettres*, fascicule 32, 118 pages, Lyon, Rey et Paris, Rousseau, 1919).

- Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, un volume in-8°, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1921.
- L'Institut de Droit Comparé. Son programme. Ses méthodes d'enseignement*, une brochure de 27 pages, Lyon, Rey, 1921.
- La Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon*. Une brochure de 15 pages. Paris, Giard, 1922.
- L'information juridique du commerce extérieur*, dans *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, avril-juin 1922.
- Les tendances à l'unification du droit aux Etats-Unis*. Extrait du *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, 1923.
- La documentation jurisprudentielle comparée. Les débuts du reportage de loi international*. Extrait du *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, avril-juin 1923.
- Le rôle français d'un recueil de cas juridiques choisis*, dans *Revue Internationale de l'Enseignement*, 1924.
- La défense contre la spéculation illicite par la publicité et le contrôle administratif. Les lois américaines de 1914 contre les trusts et la « Federal Trade Commission »*. Extrait du *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, 1923.
- La lutte judiciaire du capital et du travail organisés aux Etats-Unis*. Edité en commun avec Halfred C. Brown comme tome 6 de la Série centrale de la *Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1924.
- The teaching of comparative jurisprudence and the Institutes of Comparative Law in France*. Communication faite au meeting de la « Society of Public Teachers of Law » du 10 juillet 1925, Lyon, Bosc et Riou, 1925.
- Les publications tchécoslovaques de liaison scientifique internationale et les enquêtes de l'« Istituto per l'Europa Orientale » de Rome*, dans *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, 1926.
- La Société des Nations Soviétiques et la Société des Nations de Genève*. Préface du tome 15 de la Série centrale de la *Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1926.
- La jurisprudence internationale du travail et le droit comparé*. Extrait de la *Revue de l'Université libre de Bruxelles*, 1927.
- Le droit commun de la Société des Nations. Ses organes actuels. Ses organes à venir. Le besoin d'une Faculté de Droit internationale*. Extrait des *Mémoires de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, I, Berlin, Hermann Sack, 1928.
- L'enseignement du Droit comme science sociale et comme science internationale*. II^e partie du tome 23 de la Série centrale de la *Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1925.
- Quatre années d'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois par la Cour Suprême des Etats-Unis*. Extrait des *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929.
- The case-method in Canada and the possibilities of its adaptation to the civil law* (en collaboration avec M. J. WASSERMAN), dans *Yale Law Journal*, tome 39, 1929, pp. 1-21.

- Le rôle d'un Congrès international de Droit Comparé en l'an 1931.* Rapport fait à la session de 1929 de l'Académie internationale de Droit Comparé, suivi d'un résumé des délibérations de l'Académie sur ce sujet. *Travaux de l'Académie internationale de Droit Comparé*, série II, fascicule 1, Paris, Giard, 1929 (reproduit dans *Mémoires de l'Académie*, II, 1, pp. 461 et suiv.).
- An International Congress of Comparative Law in 1931* (E. LAMBERT et J. H. WIGMORE), dans *Illinois Law Review*, vol. 24, 1930, pp. 656-665.
- Le droit comparé et la formation d'une conscience juridique internationale.* Extrait de la *Revue de l'Université de Lyon*, 1929.
- Le Droit Commun de la Société des Nations.* Publications de l'Institut Français en Portugal. Coimbra Editora, 1930.
- Coopération universitaire internationale et rapprochement franco-allemand.* Extrait de la *Revue de l'Université de Lyon*, 1932.
- Les orientations nouvelles du droit*, dans la revue tchèque *Pravnik*, Prague, 1933, pp. 617 et suiv.
- L'Economie et le Droit des Entreprises de Services Publics.* Introduction au tome 30 de la Série centrale de la *Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1933.
- Un Parère de Jurisprudence Comparative. Dettes contractées en monnaie étrangère.* Tome 33 de la Série centrale de la *Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1934.
- Le Congrès international de Droit Comparé de 1932. Les travaux de la section générale*, un fascicule de 122 pages, dans les *Annales de l'Université de Lyon*, nouvelle série, Droit-Lettres, fascicule 45, Paris, Librairie du Sirey, 1934.
- Sources du droit comparé ou supra-national. Législation uniforme et jurisprudence comparative.* Extrait du tome III du *Recueil Gény*, Paris, Sirey, 1934.
- Aperçu du Recueil d'Etudes sur les Sources du Droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1934.
- Economia y derecho de las empresas de servicios publicos*, dans *Revista crítica de jurisprudencia*, Buenos-Ayres, juillet 1935.
- Le contrôle de la constitutionnalité des lois*, dans l'*Encyclopédie française*, 1935.
- La place de l'économie industrielle soviétique dans l'économie mondiale.* Introduction à l'ouvrage de A. de Sigalas : *Le statut des entreprises gouvernementales en U. R. S. S.*, Librairie du Sirey, 1936.
- Les embargos sur l'importation et l'exportation des marchandises. Leurs effets sur les contrats en cours.* Tome 40 de la Série centrale de la *Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1936.
- Sur le mariage en Droit soviétique*, Introduction à l'ouvrage de G. de Dolivo, *Le mariage en Droit soviétique*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1936.
- Le Recueil International de Jurisprudence de Travail* dans le *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, Paris, 1936, pp. 354 et ss.
- Préface au Tome 42 de la Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon.* Une brochure de 25 pages. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1936.
- Conférences faites à l'Université Egyptienne. I^{re} Conférence : Introduction.* Extrait de la *Revue Al Qanoun Wal Iqtisad*, 1937, VII^e année, n^o 3, pp. 169 et ss.
- Le Rôle du Droit Comparé.* Conférence faite à l'Université Egyptienne. *L'Egypte Judiciaire* du 14 mars 1937.

L'Institut de Droit Comparé de Lyon. Extrait des Annales de l'Université de Lyon : L'Université de Lyon de 1935/1936. Rey, Lyon, 1937.

Les Services rendus au Droit Comparé par Jivoïn Péritch. Extrait de la Revue yougoslave : La Pravna Misao, numéro spécial : Hommage à Jivoïn Péritch, Zemum, 1937.



Cette liste doit être complétée ⁽¹⁾ :

1° Par les préfaces, introductions et avertissements, donnés par Edouard Lambert à de nombreux volumes des collections de l'Institut de Droit Comparé :

a) En ce qui concerne les *Travaux du Séminaire oriental d'études juridiques et sociales*, cf. les introductions ou préfaces aux tomes 1, 4, 5, 6.

b) En ce qui concerne la *Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon*, série centrale, cf. les introductions ou préfaces aux tomes 1, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 18-19-20, 21, 22, 31, 32, 39, 41, 42.

c) En ce qui concerne *Le Nationalsocialisme allemand*, cf. l'avertissement au lecteur pour le tome I.

2° Par le rappel de l'œuvre collective dirigée et aménagée par Ed. Lambert, *Le Recueil d'Etudes sur les Sources du Droit en l'honneur de François Gény*.

3° Par la mention des publications internationales, auxquelles Edouard Lambert donne sa collaboration : *Recueil International de Jurisprudence du Travail. International Survey of Legal Decisions on Labor Law. Internationale Sammlung der Arbeitsrechtsprechung*.

(1) Voir en ce qui concerne les publications énumérées ici, ci-dessous Chapitre IV.

CHAPITRE III

L'INSTITUT DE DROIT COMPARÉ DE LYON

Par Mme Suzanne BASDEVANT-BASTID

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

L'œuvre d'Edouard Lambert ne se résume pas dans ses livres et cela ne saurait étonner ceux qui ont eu le privilège d'approcher cet homme dont la personnalité est essentiellement vie et dynamisme.

Tout mouvement, toute transformation le frappent et loin de s'étonner du désordre qu'ils peuvent apporter dans les constructions juridiques et sociales traditionnelles, sans leur montrer un esprit délibérément hostile parce qu'ils sont « autre chose », il les suit, les étudie, avec une attention scientifique et impartiale, cherchant à leur appliquer la méthode d'observation la plus conforme à leurs caractères propres.

Edouard Lambert, dès que les codes soviétiques ont apparu, dès que le national-socialisme a pris le pouvoir outre-Rhin, a songé que les savants français ne devaient pas rester inactifs quelles que puissent être leurs préférences pour d'autres régimes politiques ou d'autres conceptions juridiques.

Edouard Lambert, d'autre part, est un maître au sens le plus large du mot : il n'a pas limité à un horaire universitaire les rapports avec ses étudiants. Toujours prêt à les accueillir avec une cordiale simplicité, il les écoute, les soutient, les dirige et ils deviennent pour lui des disciples reconnaissants qui, tout naturellement, se groupent autour de lui, puis, plus tard, deviennent des correspondants, des amis, je dirais même des représentants de sa pensée et surtout de ses méthodes. Les cohortes d'étudiants égyptiens, qui se sont succédé à Lyon, occupent aujourd'hui dans leur patrie les premiers postes de l'Etat : leur fidélité à l'égard de leur maître s'est maintenue et lorsque les circonstances l'ont permis, ils l'ont appelé parmi eux pour les guider dans la création de centres de travail scientifique.

Edouard Lambert a toujours connu la valeur de ces contacts personnels. Congressiste, conférencier, il a parcouru l'Europe, le proche-Orient, pénétrant dans les milieux juridiques, judiciaires, politiques. L'ampleur, la variété de ces Mélanges, témoignent de la solidité des amitiés qu'il a su nouer et de l'estime qu'il a su inspirer.

Le rappel de ces quelques aspects de la personnalité et de la vie scientifique d'Edouard Lambert était nécessaire pour faire saisir à quel point *l'Institut de droit comparé de Lyon*, l'Institut de Monsieur Lambert, comme on a coutume de dire quai Claude-Bernard, est né de la vie même, de l'activité scientifique et professionnelle de ce juriste qui en est le véritable animateur.

La naissance officielle de l'Institut date du lendemain de la guerre. Mais son apparition a été préparée à la fois par les travaux personnels

d'Edouard Lambert et par une expérience quasi-spontanée de travail en commun.

En 1900, Edouard Lambert participe à la préparation du Congrès international de droit comparé tenu à Paris à l'occasion de l'exposition universelle. Raymond Saleilles l'a chargé du rapport général sur deux des questions mises à l'ordre du jour du Congrès : 1° *Conception générale, définition, méthode, histoire et fonction de la science du droit comparé*; 2° *le droit comparé et l'enseignement du droit* ⁽¹⁾. Pour expliquer les points de vue divers et souvent inconciliables présentés dans les rapports particuliers, il cherche à marquer la différence qu'il y a lieu d'établir entre l'histoire comparative du droit et le droit comparé envisagé comme organe de rapprochement entre les sciences juridiques nationales du temps présent, puis à fixer les conditions de fonctionnement de ces deux disciplines. Dans les années qui suivent, il se consacre à l'étude de leur méthodologie; en 1903 il publie *La fonction du droit civil comparé* et s'attache à l'idée que, par la jurisprudence comparative, des voies de communication entre les droits nationaux peuvent être établies, que le droit comparé permet d'arriver à la formation d'une « *conscience juridique internationale* » ⁽²⁾. Ainsi est tracée par lui la direction dans laquelle il convient de s'engager pour explorer une matière immense : l'exploration elle-même ne pouvait être qu'une œuvre collective, une œuvre à laquelle beaucoup participeraient.

Après un séjour en Egypte comme directeur de l'école khédiviale de droit du Caire, Edouard Lambert revient à Lyon. Il est suivi par des étudiants égyptiens qui, de 1907 à 1914, l'entoureront de plus en plus nombreux. Pour eux, ce qui importe, c'est moins le détail de la réglementation juridique française que la compréhension des principes de droit et des directives de science politique qui forment le fond commun de la civilisation occidentale. Il s'agit de leur permettre de les adapter à une civilisation musulmane et à un régime juridique complexe. Pour ces étudiants, Edouard Lambert crée le *Séminaire oriental d'études juridiques et sociales*, organisme sans caractère officiel, étroitement lié à son enseignement. Des travaux sont publiés sous sa direction et les plus significatifs prennent place dans une collection : *Travaux du séminaire oriental d'études juridiques et sociales*.

Après la guerre, ce séminaire devait se transformer en *Institut de droit comparé* officiellement rattaché à la Faculté de Droit de Lyon. Edouard Lambert a lui-même ⁽³⁾ défini la tâche qu'il poursuit : « 1° Coopérer au développement de la recherche scientifique sur le terrain du droit — envisagé comme science sociale et comme science internationale — tant par ses propres travaux qu'en participant à ceux des organismes internationaux ou nationaux qui centralisent ou diffusent l'information dans le domaine des sciences juridiques et politiques; 2° recruter de nouveaux adeptes pour ce genre de recherches et guider leurs premières investigations. »

A côté de la création de l'Institut, les efforts d'Edouard Lambert pour l'incorporation du droit comparé parmi les enseignements officiels de la

(1) *Procès-verbaux et documents* du Congrès, publiés par la Société de législation comparée, p. 26, 61.

(2) *Le droit comparé et la formation d'une conscience juridique internationale*, *Revue de l'Université de Lyon*, 1929.

(3) *L'Institut de droit comparé de l'Université de Lyon*, *Annales de l'Université*, 1935-36, p. 1.

Faculté de Droit allaient être couronnés de succès. Pour lui, le droit comparé devait être considéré non plus « comme une branche particulière du droit, mais comme la méthode par laquelle la science générale du droit s'adapte aux besoins d'une communauté internationale qui devient consciente de la solidarité entre ses membres ». En 1921 était créée une chaire de droit comparé; puis, en 1931, une chaire d'*étude des institutions internationales d'organisation de la paix*. L'enseignement de ces chaires dirigeant vers la coopération internationale dans le domaine du droit a favorisé le recrutement d'adeptes pour l'Institut et permis de proposer la méthode de travail dans un public d'étudiants, non plus seulement orientaux, mais étrangers et français.

Depuis sa fondation, l'activité de l'Institut a pris des orientations variées, épousant les diverses manifestations du développement juridique d'après-guerre. Sans abandonner les problèmes des rapports du droit occidental et des civilisations orientales, l'attention du directeur de l'Institut et de ses collaborateurs s'est portée sur les deux pôles du droit occidental, le *droit civil* d'origine romaine, le *common law* anglo-saxon et, pour celui-ci, la jurisprudence américaine devait être particulièrement prise en considération. L'idée esquissée en 1919 par Edouard Lambert dans son article sur *L'enseignement du droit comparé* ⁽⁴⁾ recevait une consécration dans son ouvrage bien connu : *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, 1921. Depuis lors, la collection de la *Bibliothèque de l'Institut de droit comparé* s'est enrichie de plusieurs volumes consacrés aux problèmes juridiques américains et à leurs rapports avec les institutions européennes. Une importante *Histoire constitutionnelle de l'Union américaine* en cinq volumes, s'étendant des origines à l'expérience Roosevelt, est en cours de publication. Son auteur est le successeur d'Edouard Lambert dans la chaire de droit comparé, Jacques Lambert. Pour le droit anglo-saxon l'Institut offre un ensemble de *Statutes, Law Reports, Digests* d'une importance sans égale en France, et jusqu'à ces dernières années l'effort de documentation s'était surtout porté dans cette direction.

En présence des bouleversements juridiques de l'Europe d'après-guerre, transformant profondément les bases mêmes du droit occidental, il est apparu que le droit comparé ne devait pas abandonner sa tâche de mise en harmonie. L'Institut s'est attaché, tout d'abord, à faire connaître les profondes transformations que la révolution soviétique a apportées dans l'ordre juridique et social. Grâce à la collaboration de M. Jules Patouillet, professeur à la Faculté des Lettres de Lyon, ancien directeur de l'Institut français de Pétrograd, a été publiée une traduction d'ensemble des *Codes de la République Russe des Soviets*, complétée par les modifications apportées à ces codes.

Mais, depuis quelques années, c'est surtout le phénomène juridique nouveau du droit national-socialiste qui a retenu l'attention de l'Institut. Un double effort est entrepris : tout d'abord pour recueillir une documentation aussi complète que possible. Grâce à l'appui des administrations publiques allemandes et des organismes chargés de la diffusion des doctrines nationales-socialistes, un fonds relativement important a pu être constitué en ce qui concerne les publications officielles et le directeur de l'Institut cherche avec ingéniosité et persévérance à le compléter par des travaux individuels.

(4) *Annales de l'Université de Lyon*, 1919.

Mais, d'autre part et surtout, l'Institut a entrepris un exposé d'ensemble des principes du droit national-socialiste et de l'économie sociale nouvelle. Cette publication doit comprendre plusieurs volumes consacrés à l'étude des diverses branches du droit et de la réglementation de la vie sociale.

Etant donné les conditions de formation de ce droit non vécu, il est apparu indispensable de faire précéder cette description d'une étude préliminaire « des idées - forces centrales, du moteur psychologique général, de la mystique sociale qui unissent ces institutions, encore en voie d'édification, dans une orientation commune ». Deux volumes doivent être consacrés à cette force de coordination, à la *Weltanschauung* nationale-socialiste, à cette « conception du monde formant la base uniforme de l'ensemble de la vie allemande, substitut ou concurrent de la religion ».

De cet ouvrage, le premier volume vient de paraître, dû au secrétaire général de l'Institut, M. H. Mankiewicz ⁽⁵⁾. Il a, en suivant de très près les documents et les auteurs allemands, exposé certains aspects négatifs ou critiques de cette *Weltanschauung*: critique du libéralisme, de l'individualisme, de la société bourgeoise, etc. La publication de cette vaste introduction se poursuivra par l'examen d'autres aspects critiques et surtout par l'étude de l'aspect positif de cette force créatrice. Ce travail est entrepris avec le désir d'étudier avec le maximum d'objectivité, d'être surtout un exposé méthodique et d'information. D'où l'importance donnée à la bibliographie. En tête de chaque volume sera placé un classement des livres, articles, documents, avec l'indication de la catégorie d'informations qu'on peut en attendre, de leur nature et de leur consistance au point de vue édition et présentation, ainsi que des degrés respectifs d'autorité, en tant que témoignage sur le national-socialisme, qu'ils présentent par leur provenance ou par la situation politique de leurs auteurs.

Ayant le désir de faire de cette publication une « exposition permanente » de l'économie sociale et du droit nationaux-socialistes, on adjoindra de temps à autre au travail initial des compléments pour tenir compte de l'évolution de la pensée et de la vie outre-Rhin.

Suivant une formule assez différente, mais animée du même esprit d'observation scientifique à l'égard des mouvements nouveaux, l'Institut, en liaison avec l'autre Institut lyonnais, celui des Sciences sociales et des Relations internationales, prépare un premier volume d'un *Annuaire de la vie sociale en France*. Conformément à la méthode des Surveys anglo-saxons, les aspects de la vie politique, administrative, économique, etc., seront examinés annuellement et une bibliographie importante présentée systématiquement constituera un élément essentiel, complétant les exposés systématiques. Enfin, il convient de rappeler que l'Institut a pris l'initiative et a assuré récemment l'édition du *Recueil d'Etudes sur les sources du Droit en l'honneur de François Gény*.

L'activité de l'Institut ne se limite pas à cette abondante production scientifique : organe d'étude et de liaison, il apporte un concours technique à une publication entreprise et poursuivie régulièrement depuis 1925 par le Bureau International du travail. Le *Recueil International de Jurisprudence du travail* reproduit en trois langues ce qui est essentiel dans les décisions

(5) *Le nationalsocialisme allemand. Ses doctrines et leurs réalisations. Tome I : La conception nationalsocialisme du sens de la vie et du monde (Weltanschauung). Son rôle. Ce qu'elle travaille à détruire.* Lyon, 1937, avec une préface de M. Edouard Lambert.

judiciaires françaises, anglaises, allemandes, italiennes et américaines. Le dépouillement de la jurisprudence française est fait par un groupe de professeurs de la Faculté de Droit et les traductions pour l'édition française sont assurées par des membres de l'Institut de droit comparé.

L'Institut s'est ainsi dirigé vers les branches du droit à forte substructure économique : droit du travail, droit industriel, droits corporatifs. Il a pu, dans ces conditions se charger, dans la région lyonnaise, pour le compte de l'*Institut scientifique de recherches économiques et sociales*, dirigé à Paris par M. Charles Rist, de l'enquête sur le chômage, sa marche et ses effets sociaux depuis 1930, enquête poursuivie simultanément dans la région parisienne et dans celle de Mulhouse.

Enfin, l'Institut, qui a toujours recherché les rapports avec les organismes similaires étrangers, par des échanges de documents, par l'organisation de conférences et de visites de savants étrangers, a vu récemment des liens nouveaux se constituer pour lui.

La création d'un Institut de droit comparé au Caire due à l'initiative du Doyen de la Faculté de Droit de l'Université égyptienne Abd-el-Razzak El Sanhoury évoque le temps où celui-ci participait aux travaux de l'Institut lyonnais et écrivait des ouvrages importants pour ses collections. Edouard Lambert a eu l'occasion au début de l'année 1937 de prêter au doyen Sanhoury le concours de son expérience pour la constitution de cet Institut et de définir dans une série de conférences le rôle particulier que pourrait jouer dans un centre de culture et de pensée islamiques comme Le Caire, un Institut de droit comparé.

Edouard Lambert a été amené, par ailleurs, à prendre certains engagements au nom de l'Institut lyonnais lors du séjour qu'il devait faire quelques semaines plus tard à Ankara. Le bureau de l'Association pour la diffusion de la science juridique en Turquie lui a demandé le concours de son Institut et de sa documentation notamment pour le volume introductif d'une Encyclopédie du droit turc, destiné à constituer un inventaire d'ensemble de la jurisprudence élaborée par les tribunaux turcs sur les codes inspirés des codes de l'Europe occidentale.

Telles sont indiquées dans leurs grandes lignes les activités diverses de cet Institut qui bénéficie de l'appui de l'Université de Lyon, de la collaboration effective de la Faculté de Droit dont certains membres assument la direction de séries particulières de travaux ⁽⁶⁾, tout en conservant une large liberté d'action. Il constitue un des plus importants centres de travail scientifique existant en France en dehors de Paris.

Les étrangers qui connaissent et qui aiment le plus la France ont toujours insisté sur les aspects divers de sa vie provinciale. L'existence de centres intellectuels indépendants n'est pas parmi les moins caractéristiques. Les Universités en constituent souvent le noyau, soit à raison d'une tradition séculaire, soit — et le phénomène est alors beaucoup plus caractéristique — grâce à l'effort persévérant et que la rareté des moyens d'action rend plus méritoire — de quelques-uns : l'Institut de droit comparé est le type même de ces foyers, si précieux pour la grandeur et le rayonnement de la science française.

(6) Cf. *Série de criminologie et de droit pénal comparé*, sous la direction de P. Garnaud, doyen de la Faculté de droit.

CHAPITRE IV

LES PUBLICATIONS DE L'INSTITUT DE DROIT COMPARÉ DE LYON

I. — TRAVAUX DU SEMINAIRE ORIENTAL D'ETUDES JURIDIQUES ET SOCIALES

Publiés sous la direction de EDOUARD LAMBERT
(Librairie P. Geuthner, Paris, 13, rue Jacob)

TOME 1. — MAHMOUD FATHY. — *La doctrine musulmane de l'abus des droits*, introduction par Ed. Lambert, 1913, LXXX et 276 pages, épuisé.

TOMES 2 et 3. — ABD-EL-SALAM-ZOHNY. — *La responsabilité de l'Etat égyptien à raison de l'exercice de la puissance publique*, 1914, 350 et 360 pp.

TOME 4. — AL SANHOURY. — *Le Califat*, « Son évolution vers une Société des Nations Orientales », avec préface d'Ed. Lambert, 1926, 627 pp.

TOME 5. — MOHAMED ABDEL GAWAD. — *L'exécution testamentaire en droit musulman*, préface d'Ed. Lambert, 1926, 165 pp.

TOME 6. — IBRAHIM AOUAD. — *Le droit privé des maronites au temps des émirs Chihab (1637-1841)*, préfaces par Ed. Lambert et P. Roubier, 1933, 309 pp.

II. — COLLECTION INTERNATIONALE DES JURISTES POPULAIRES

Publiée sous la direction de EDOUARD LAMBERT
(Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 20, rue Soufflot, Paris)

I. — JACKSON H. RALSTON. — *Le droit international de la démocratie*. Traduit de l'anglais par Henri Marquis, préface par Ed. Lambert. 1923, un volume.

II. — GEORGES CORNIL. — *Le droit privé. Essai de sociologie juridique simplifiée*. Préface par Ed. Lambert. 1924, un volume in-16.

III. — EMMANUEL LÉVY. — *La vision socialiste du droit*. Préface par Ed. Lambert, 1926, un volume in-16°.

III. — BIBLIOTHEQUE DE L'INSTITUT DE DROIT COMPARE DE LYON Série Centrale

Publiée sous la direction de EDOUARD LAMBERT
(Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 20, rue Soufflot, Paris)

TOME 1. — G. MADIER. — *L'association du barreau américain*, 1922, un volume in-8°, avec préface de Ed. Lambert.

- TOME 2. — M. MAYNARD. — *Les jugements déclaratoires*, 1922, un volume in-8°.
- TOME 3. — J. FOUILLAND. — *Allen v. Flood. Le boycottage, les listes noires et les autres instruments de contrainte syndicale devant la loi civile anglaise*, 1922, un volume in-8°.
- TOME 4. — RENÉ HOFFHERR. — *Le boycottage devant les cours anglaises (1901-1923)*, 1923, un volume in-8°.
- TOME 5. — ALBERT VABRE. — *Le droit international du travail*, 1923, un volume in-8°, avec préface d'Etienne Antonelli.
- TOME 6. — EDOUARD LAMBERT et HALFRED C. BROWN. — *La lutte judiciaire du capital et du travail organisés aux Etats-Unis*, 1924, un volume in-8°.
- TOME 7. — PIERRE GARRAUD. — *Les avant-projets polonais de 1922 sur la partie générale du code pénal*, 1924, un volume in-8°.
- TOME 8. — EL ARABI. — *La conscription des neutres dans les luttes de la concurrence économique. Sorrel v. Smith*, avec préface par Ed. Lambert, 1924, un volume in-8°.
- TOME 9. — *Les codes de la République russe des Soviets*. — Premier volume. « Code de la famille », traduit par Jules Patouillet. « Code civil », traduit par Jules Patouillet et Raoul Dufour. Préfaces par Edouard Lambert et J. Patouillet, 1925, un volume in-8° (2^e tirage, 1932).
- TOME 10. — AL. SANHOURY. — *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise*. Contribution à l'étude comparative de la règle de droit et du standard juridique. Préface par Ed. Lambert, 1925, un volume in-8°.
- TOME 11. — JAMES WOO. — *Le problème constitutionnel chinois*. « La constitution du 10 octobre 1923 », un volume in-8° avec préface par Ed. Lambert, 1925.
- TOME 12. — CH. FAVRE-GILLY. — *La politique des prix-fixes*. « Le contrôle du producteur sur les prix de revente de ses produits aux Etats-Unis », un volume in-8°, avec une préface par Ed. Lambert, 1925.
- TOME 13. — MAX WASSERMAN. — *La Federal Trade Commission*. Un volume in-8°, avec préface par Ed. Lambert, 1925.
- TOME 14. — *Les Codes de la République russe des Soviets*. Second volume. « Code du travail, code agraire, code forestier, code minier, code vétérinaire », traduits par J. Patouillet. Un volume in-8°, 1926.
- TOME 15. — STEPHAN YANEF. — *La constitution de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques*. Traduction dirigée par Jules Patouillet. Préface par Ed. Lambert. Un volume in-8°, 1926.
- TOME 16. — TAG ELDINE. — *Le Dol français et la Misrepresentation anglaise*, avec préface par Ed. Lambert. Un volume in-8°, 1926.
- TOME 17. — CHARLES REY. — *La Commission Américaine d'Uniformité des Lois d'Etats*. Un volume in-8°, 1927.
- TOMES 18, 19 et 20. — MASAICHIRO ISHIZAKI. — *Le Droit Corporatif International de la Vente de Soies*. Préface par Ed. Lambert. Trois volumes in-8°, 1928.
- TOME 21. — EUGÈNE W. BURGESS. — *La « Nonpartisan League »*, préface par Ed. Lambert. Un volume in-8°, 1928.
- TOME 22. — PAUL BARATIER. — *L'autonomie syndicale et ses limites devant les cours anglaises*, avec préface par Ed. Lambert. Un volume in-8°, 1928.

- TOME 23. — ROBERT VALEUR. — *L'enseignement du Droit en France et aux Etats-Unis*. — EDOUARD LAMBERT. — *L'enseignement du Droit comme science sociale et comme science internationale*. Un volume in-8°, 1929.
- TOME 24. — *Les Codes de la République russe des Soviets*. Troisième volume. « *Modifications et additions au Code civil. Annexes au Code civil. Nouveau Code de la famille* », traduit par Jules Patouillet. Un volume in-8°, 1929.
- TOME 25. — SILVIO TRENTIN. — *Les transformations récentes du droit public italien*. Préface de J. Bonnet. Un volume in-8°, 1929.
- TOME 26. — P. CHAPLET. — *La famille en Russie Soviétique*. Préfaces de Jules Patouillet et Maxime Chauveau. Un volume in-8°, 1929.
- TOME 27. — ISAY. — *Le droit minier des principaux Etats civilisés*. Traduit par André Ballot. Un volume in-8°, 1930.
- TOME 28. — WOO KAI-SENG — *La politique étrangère du gouvernement national de Chine et la Révision des Traités inégaux*. Un volume in-8°, 1931.
- TOME 29. — TIBOR NICOLASS LÉH. — *La faillite dans le droit européen continental*. Un volume in-8°, 1932.
- TOME 30. — FRANÇOIS TRÉVOUX. — *Le développement et la réglementation de l'industrie électrique aux Etats-Unis. Etude sur la réglementation des tarifs et le contrôle financier des entreprises de services publics*, avec une introduction d'Edouard Lambert sur *L'Economie et le Droit des Entreprises de Services Publics*. Un volume in-8°, 1933.
- TOME 31. — JEAN STREICHENBERGER. — *Sociétés Anonymes de France et d'Angleterre*. Préfaces par Sir W. S. Holdsworth et Ed. Lambert. Un volume, 1933.
- TOME 32. — MAURICE CHACHUAT. — *Le mouvement du « Birth Control » dans les pays anglo-saxons*. Préface d'Ed. Lambert. Un volume in-8°, 1934.
- TOME 33. — EDOUARD LAMBERT. — *Un parère de Jurisprudence comparative. — Dettes contractées en monnaie étrangère*. Un volume in-8°, 1934.
- TOME 34. — *Les Codes de la République Russe des Soviets*. Quatrième volume. *Code Pénal*, traduit par Jules Patouillet. Introduction par Pierre Garraud. Un volume in-8°, 1935.
- TOME 35. — L. BAYALOVITCH. — *Le droit international du change. « La loi uniforme de Genève et le droit uniforme anglo-américain »*. Un volume in-8°, 1935.
- TOME 36. — JEAN VINCENT. — *La dissolution du contrat de travail. « Etude comparative de droit allemand et de droit français »*. Un volume in-8°, avec préface de Paul Roubier, 1935.
- TOME 37. — FRANÇOIS BARRET. — *La Politique des Prix imposés. Aspects économiques*. Un volume in-8°, 1935.
- TOME 38. — FRANÇOIS BARRET. — *Histoire du Développement de la Politique des Prix imposés en France*. Un volume in-8°, 1935.
- TOME 39. — FRANÇOIS BARRET. — *La Politique des Prix imposés en Droit français et en Droit anglais*. Préface d'Ed. Lambert. Un volume in-8°, 1935.
- TOME 40. — EDOUARD LAMBERT. — *Les embargos sur l'importation et l'exportation des marchandises. — Leurs effets sur les contrats en cours*. Un volume in-8°, 1936.
- TOME 41. — MILIVOÏÉ MARKOVITCH. — *La Théorie de l'Abus des Droits en Droit comparé*. Préface par Ed. Lambert. Un volume in-8°, 1936.

TOME 42. — CHARLEY DEL MARMOL. — *La Faillite en droit anglo-saxon*. Préfaces par Ed. Lambert et B. A. Wortley. Un volume in-8°, 1936

IV. — BIBLIOTHEQUE DE L'INSTITUT DE DROIT COMPARE DE LYON
Série de criminologie et de droit pénal comparé

Publiée sous la direction de P. GARRAUD, Professeur de droit criminel,
Doyen de la Faculté de Droit de Lyon

(Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 20, rue Soufflot)

TOME 1. — FOUAD AMMOUN. — *La Syrie criminelle*. Introduction par P. Garraud. Un volume in-8°, 1929.

TOME 2 (1^{re} partie). — *Code pénal de la République de Chine*, promulguée le 10 mars 1928, traduit du chinois par Jean ESCARRA, professeur à la Faculté de Droit de Paris. Un volume in-8°, 1930.

TOME 3. — ROBERT VALEUR. — *La Responsabilité pénale des personnes morales dans les droits français et anglo-américain avec les principaux arrêts faisant jurisprudence en la matière*. Préface par H. G. Gutteridge, doyen de la Faculté de Droit de Londres. Un volume in-8°, 1931.

TOME 4. — RENÉ LUAIRE. — *Le rôle de l'initiative privée dans la protection de l'enfance délinquante en France et en Belgique*, avec une préface par P. Garraud, doyen de la Faculté de Droit de Lyon. Un volume in-8°, 1936.

V. — PUBLICATIONS DE L'INSTITUT DE DROIT COMPARE DE LYON
SUR LE NATIONALSOCIALISME ALLEMAND,
SES DOCTRINES ET LEURS REALISATIONS

(Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 20, rue Soufflot, Paris)

TOME 1. — H. MANKIEWICZ. — *La conception nationalsocialiste du sens de la vie et du monde (Weltanschauung). Son rôle. Ce qu'elle travaille à détruire*. Avec un avertissement au lecteur par Edouard Lambert. Un volume in-8°, 1937.

VI. — PUBLICATION EDITEE SOUS LA DIRECTION
DE L'INSTITUT DE DROIT COMPARE DE LYON

Recueil d'Etudes sur les Sources du Droit en l'honneur de François Gény. —
Tome I : Aspects historiques et philosophiques, xxiii et 303 pages. —
Tome II : Les sources générales des systèmes juridiques actuels, ix et 573 pages.
Tome III : Les sources des diverses branches du droit, xvi et 346 pages,
Librairie du Recueil Sirey, Paris, 22, rue Soufflot, 1935.

VII. — PUBLICATIONS DE L'INSTITUT DES SCIENCES SOCIALES
ET DES RELATIONS INTERNATIONALES

Etudes d'Economie appliquée

Publiées sous la direction de François Perroux, professeur de Législation et Economie industrielles et commerciales, directeur de la Section de Statistique et d'Economie appliquée.

(Editions Domat-Montchrestien, Paris, 160, rue Saint-Jacques)

TOME 1. — PAUL LAVIE. — *Le rail et la route*, 1934.

TOME 2. — ROBERT GÆTZ. — *Les syndicats ouvriers en Allemagne depuis la guerre*, avec une introduction de François Perroux (Capitalisme et Corporatisme), 1936.

TOME 3. — PIERRE REYNAUD. — *La lutte contre le chômage en Allemagne*, 1936.

VIII. — BULLETIN DE L'INSTITUT DE DROIT COMPARE DE LYON
(Edité à l'Institut de Droit Comparé de Lyon, 15, quai Claude-Bernard, Lyon)
Publication paraissant six fois par an. Premier numéro paru en mars 1938.

TITRE II

LA PLACE DE L'ŒUVRE D'ÉDOUARD LAMBERT DANS LES DOCTRINES SOCIOLOGIQUES ET JURIDIQUES

TABBAH, *Entre les deux pôles — historique et sociologique — de la philosophie contemporaine du droit.*

OTETILISANO, *Les conceptions de M. E. Lambert sur le droit comparé.*

Les références à M. Ed. Lambert et son œuvre qu'on trouve dans les contributions de ce Recueil sont indiquées dans la Table des auteurs cités.

ENTRE LES DEUX POLES
— HISTORIQUE ET SOCIOLOGIQUE —
DE LA PHILOSOPHIE CONTEMPORAINE DU DROIT

Par B. TABBAH

Conseiller à la Cour d'Appel de Beyrouth
Secrétaire général du Comité consultatif de Législation
de la République Libanaise
Lauréat de l'Institut de France

Dans son introduction au livre de M. Robert Valeur sur *l'Enseignement du Droit en France et aux Etats-Unis*, M. Ed. Lambert a opposé à celle de M. Ripert sa conception du Droit : cette discipline est, pour lui-même, à base éminemment sociologique, d'un sociologisme indéfiniment progressif et tout pénétré d'esprit international ; tandis que pour M. Ripert elle a principalement un caractère historique et par conséquent traditionnel et national (v. cette introduction, intitulée *l'Enseignement du Droit comme science sociale et comme science internationale* — ce titre est à lui seul un programme — pp. LXXIII et suiv.). Cet « antagonisme » s'accuse davantage encore depuis qu'a paru le très beau livre de M. Ripert sur *le Régime démocratique et le droit civil moderne*. Le comparatiste lyonnais et le civiliste parisien représentent bien, en effet, deux tendances assez nettement divergentes de la philosophie juridique contemporaine : la meilleure manière d'éclairer l'une n'est-il pas de la comparer à l'autre ? C'est à quoi je m'appliquerai dans cette étude. Et lorsque j'aurai ainsi tenté de situer ces deux tendances dans le mouvement général des idées juridiques, je me demanderai s'il n'existe entre elles, si divergentes qu'elles soient, aucun point de contact ou possibilité de rapprochement.

A l'occasion des pages que je lui ai consacrées dans mon livre *Du Heurt à l'Harmonie des Droits*, M. Lambert a, dans la préface qu'il a écrite au livre de M. Charley Del Marmol sur *la Faillite en Droit Anglo-Saxon*, ainsi précisé son attitude actuelle d'esprit (pp. 8 et 9) : « Que le Droit comparé, dit-il, ... doive chercher une large part de son alimentation dans les disciplines d'application (des) sciences (sociales), telle était déjà l'une des conclusions principales d'un livre que j'ai publié en 1903 sur *La Fonction du Droit Civil Comparé*. C'est ce que rappelait récemment M. B. Tabbah, dans une revue critique fort documentée des systèmes juridiques et des conceptions des fondements du droit qui ont vu le jour successivement dans les pays d'Occident et dans ceux du Levant... Et c'est ce

qui l'amenait... à classer les comparatistes parmi les tenants de l'école sociologique. J'ai, depuis, en 1929, ajoute M. Lambert, exposé avec plus de précision... les raisons qui me font croire à l'impossibilité de dissocier les aspects sociaux ou sociologiques et les aspects internationaux du droit. » Je ferai remarquer ici que j'avais déjà décelé dans le Lambert même de 1903 sa tendance à l'uniformisation relative des droits parents. « Il est pour ce cosmopolitisme, écrivais-je, contre le particularisme qui consolide des murailles entre les peuples. L'isolement n'est guère favorable à la sécurité » (v. mon ouvrage précité, p. 323). M. Lambert est là tout entier, au moins en puissance. Mais si le germe existait déjà, il s'est développé depuis et suivant une même ligne essentiellement sociologique, sans dévier le moins du monde, tout en se corrigeant. Son « internationalisme juridique » est lui-même issu de son sociologisme, dont il n'arrive pas — et pour cause — à le « dissocier ». C'est à celui-ci que se rattache également son progressisme, comme aussi toute sa théorie des sources du droit. Il importe donc de préciser d'abord sa conception sociologique du droit, après quoi je verrai comment toutes ses thèses fondamentales s'y relient. Je puiserai, pour compléter l'exposé que j'ai fait de la doctrine de M. Lambert, dans ses écrits d'après-guerre et plus particulièrement dans les plus récents d'entre eux.

Tout juriste sociologue pourrait, en général, faire sienne cette parole de M. Alfredo Colmo, civiliste argentin, que M. Lambert a lui-même citée : « Le Droit n'est pas chose métaphysique, mais une matière essentiellement humaine, faite de sentiments et d'intérêts plutôt que de formules, sociale beaucoup plus qu'individuelle... en permanente évolution, bien au-dessus des catégories qui prétendent la cristalliser ». (*De las obligaciones en general*, 1928, cité dans l'introduction au livre de Valeur, *op. cit.*, pp. XCIX et C.). M. Colmo a ramassé dans cette proposition toute la quintessence de la théorie sociologique du droit. Tout y est : le reniement de la métaphysique, comme des formules rigides, l'affirmation de la prédominance de la société sur l'individu, comme des intérêts et des sentiments sur les catégories et enfin la constatation, en fait de permanence, de celle uniquement de l'évolution. Ce jugement d'Outre-Atlantique corrobore la propre manière de voir de M. Lambert, ainsi qu'en témoigne toute son œuvre. C'est ainsi qu'il constate avec M. Gaston Morin l'impuissance de l'individualisme devant le fait des groupes corporatifs (*Le Gouvernement des Juges*, 1921, pp. 245 et 246). Il y a dans cette constatation, en même temps que l'utilisation d'une méthode, un acte de foi sociologique. Les données du droit devraient être recherchées pour M. Lambert dans « l'ensemble des forces économiques, sociales ou morales, qui chaque jour, dit-il, resserrent un peu plus la solidarité ou l'interdépendance entre tous les éléments de la communauté internationale ». Ces forces, dont « les plus nombreuses, les plus tenacement agissantes sont d'ordre économique », sont objet de constatation, bien plutôt que fruit de la raison abstraite. Celles mêmes d'entre elles qui ont un caractère « éthique », voire « spirituel » sont aussi « de grandes vagues de l'opinion publique ou des parties agissantes de l'opinion publique mondiale » (*Recueil Geny*, t. III, p. 91).

La grande hardiesse de M. Lambert est d'avoir infusé à son sociologisme un « esprit international ». La sociologie classique s'emploie à l'étude des mœurs et des courants d'opinions d'une région déterminée en un temps

donné. Elle professe le contraire de l'uniformité, allant même jusqu'à nier l'unité foncière de la nature humaine. Mais cela, c'est la théorie ! Or, M. Lambert dédaigne les « doctrines » abstraites pour ne considérer que les « applications » des sciences expérimentales. Que nous révèlent précisément ces applications ? « Qu'il existe une économie sociale internationale enserrant déjà dans des liens puissants d'interdépendance tous les peuples de civilisation industrielle » (*Coopération universitaire internationale* in *Revue de l'Université de Lyon* de 1932, I-II, p. 17). Aussi l'uniformisation du droit répond-elle à un besoin vital de sécurité : « Partout, écrit M. Lambert, ... les milieux de producteurs, de travailleurs, de commerçants, sentent de plus en plus fortement le besoin que les partis du droit qui régissent leurs relations économiques cessent de varier avec les frontières politiques de chaque pays... » Il y a là « un besoin de sécurité internationale du commerce, au sens le plus large du mot » (*L'Introduction à Valeur*, pp. XC et XCI).

Une autre aspiration du droit est son besoin d'adaptation aux exigences changeantes de la vie économique et sociale. Comme cette vie ne cesse d'évoluer, le droit dont l'objet est de régler les rapports sociaux doit se mettre au rythme de la sociologie. Le droit doit même en quelque mesure devancer la sociologie, dont il lui appartient de prévoir les orientations.

Or comment se conciliera cette exigence *progressive* du droit avec le besoin de sécurité dont je parlais tantôt ? J'en arrive à la savante théorie, toute expérimentale aussi, de M. Lambert sur les sources ou, pour employer sa terminologie, sur les « matrices » du droit positif contemporain. Ces sources ou « matrices » sont au nombre de quatre : 1° la matrice législative ; 2° la matrice judiciaire ; 3° la matrice administrative et 4° la matrice corporative (v. l'introduction à *Valeur*, *L'enseignement du droit comme science sociale*, p. XXXIX). Les deux premières satisfont au besoin de sécurité et les deux dernières au besoin d'adaptation du droit à la vie sociale. Que la « matrice » législative soit la plus lente à procréer et, par conséquent, assure aux relations sociales une plus grande stabilité, rien n'est plus évident. Il en irait de même, bien que, peut-être, à un moindre degré, de la jurisprudence — qui n'est plus seulement un organe d'interprétation, mais aussi d'élaboration du droit : la jurisprudence serait par trop respectueuse elle-même des traditions juridiques, ces « verres colorés » dont parle Lord Acton, qui empêchent le juge de voir les faits comme ils sont pour mettre ses « opinions en clair accord » avec eux (*L'enseignement du droit comme science sociale*, p. XXXIX). La méfiance que M. Lambert professe à l'égard des organes judiciaires lui vient sans nul doute des résultats de sa scrupuleuse enquête, toute objective, autour du rôle joué aux Etats-Unis par la Cour Suprême. Ces résultats, qui ne les connaît aujourd'hui ? Ils se résument en cette seule phrase : l'élaboration d'une législation sociale américaine a été constamment contre-carrée par les déclarations d'inconstitutionnalité dont la frappaient des juges trop imbus de maximes individualistes (v. *Le Gouvernement des Juges*, ainsi que, dans les *Mélanges Hauriou*, l'étude de M. Lambert intitulée : *Quatre années d'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois par la Cour Suprême des Etats-Unis*).

Si du domaine national on passait au domaine international, on verrait que l'uniformisation du droit législatif procure une sécurité plus gran-

de encore. Pareille uniformisation cependant pourrait présenter bien des inconvénients. Et d'abord, en raison même de ce surcroît de stabilité qu'elle garantirait, elle serait un obstacle au progrès du droit, auquel M. Lambert tient au moins autant qu'à la sécurité. S'il est déjà difficile de mettre en mouvement l'appareil législatif d'un pays, cette difficulté grandit lorsqu'à défaut d'un organe international, il faut faire appel à plusieurs organes législatifs nationaux. Aussi l'uniformisation de la loi ne serait-elle possible que dans les matières déjà stabilisées : telle est la matière du change, que la loi uniforme de Genève a réglementée. Mais il n'en saurait être de même si, comme pour l'Organisation Internationale du Travail, la matière à régir est en pleine croissance : uniformiser en pareille matière équivaldrait à arrêter cette croissance. Est-ce à dire qu'il faudrait, dans ce cas, renoncer à toute tentative de ce genre ? C'est ici que se place la distinction, fondamentale dans l'œuvre de M. Lambert, entre les *standards* juridiques ou principes généraux dégagés des différentes législations et les règles de détails fixées dans ces législations. L'accord pourrait porter sur les premières, là où le droit évolue encore. A supposer, d'ailleurs, qu'une législation uniforme soit établie en une matière encore sujette à fluctuations, l'uniformité ne saurait être absolue : les jurisprudences nationales se chargeraient alors d'y introduire des brèches par des interprétations d'autant plus divergentes qu'elles seraient plus conformes à leurs traditions diverses. La mission de la science comparative du droit est précisément, en confrontant entre elles ces jurisprudences, d'opérer leur rapprochement.

Si les « matrices » législative et judiciaire assurent le règne de la sécurité, en voici deux autres qui répondent elles-mêmes, en raison de leur plus grande souplesse, à cette autre aspiration du droit, qui est de le rendre aisément et rapidement adaptable aux transformations de la vie sociale : j'ai désigné les « matrices » administrative et corporative.

Par source administrative du droit, M. Lambert n'entend pas le droit administratif lui-même, soit les règles qui régissent les rapports de l'Administration et des administrés, mais « la participation (des) administrations au développement du droit privé » (*Recueil Gény*, t. II, p. 193). Cette participation se fait soit par l'exercice de ce qu'on appelle couramment les délégations de pouvoirs du législatif à l'exécutif et que Hauriou préfère appeler des délégations de matières ; soit par l'attribution à des agences administratives (ou mi-administratives, mi-judiciaires) du pouvoir, jusqu'à présent réservé aux « cours de justice ordinaires », de régler les « contestations soulevées par de nouveaux chapitres du droit du travail, de l'industrie, du commerce, de la finance, de l'habitation et des loyers ou fermages » ; soit, enfin, par la substitution de « procédures administratives aux procédés judiciaires comme instrument primaire et habituel d'application forcée (du) droit », tel qu'en matière d'accidents du travail ou de concurrence déloyale (*Op. cit.*, pp. 195-197). Ces différentes formes de participation des administrations au développement du droit privé sont de nature à mettre plus facilement le droit à la cadence de l'évolution sociale. Il en est ainsi notamment de la première forme de cette participation : les délégations du Législatif à l'Exécutif. Il devient de plus en plus fréquent que « les législatures n'indiquent plus que les directives générales des réformes juridiques voulues par elles, (laissant) à l'exécutif la tâche d'en arrêter les détails », en les adaptant aux circonstances (*Op. cit.*, p. 194).

De la source « administrative », passons à la source « corporative » du droit. Par droit corporatif, M. Lambert n'entend pas le droit auquel donnent naissance les syndicats ou corporations, au sens italien de ce dernier mot, mais bien le droit formé par les groupements internationaux d'industriels et surtout de commerçants appartenant à une même branche d'activité économique. C'est à l'occasion de l'enquête menée par un de ses collaborateurs japonais, M. Ishizaki, sur le *Droit Corporatif International de la Vente de Soies*, que M. Lambert a lui-même éprouvé l'efficacité de cette dernière source du droit : secouant le joug des traditions juridiques différentes des pays de *droit civil* et de *common law*, le droit corporatif n'obéit, pour édifier son système propre, qu'aux besoins universels du commerce. Il réussit à affirmer ainsi son autonomie en recourant à l'action combinée des trois instruments suivants : « les codifications d'usages corporatifs, le développement d'organismes corporatifs tendant à substituer l'arbitrage commercial à la litigation judiciaire, enfin et surtout l'action de contrats-types prévoyant, d'une part, que les problèmes soulevés par l'exécution du contrat seraient réglés par l'application des principes contenus dans les codifications d'usages et assurant, d'autre part, par le moyen de la clause compromissoire, que cette application serait confiée aux institutions arbitrales de la corporation » (*Recueil Geny*, t. III, p. 499). Ce droit élaboré par les intéressés est appelé, selon M. Lambert, à rénover, en les dénationalisant, les disciplines juridiques, qu'il purge d'anciennes habitudes de penser et soumet aux seules nécessités de l'ordre économique et social. Aux « vieilles jurisprudences mécaniques », se substitue « une jurisprudence à base de science sociale » (*L'enseignement du droit comme science sociale*, p. LXX) et, quant au fond même de ces disciplines, « à la concurrence coupe-gorge entre (les) nationalismes... un régime de concurrence réglée et de coopération internationale » (*Recueil Geny*, t. III, p. 502). Fini le règne de cette « archéologie juridique » (*L'Enseignement du droit*, pp. 81 et 89) que sont le droit romain et l'histoire, ce « gouvernement du vivant par le mort », selon le mot d'Herbet Spencer (*Op. cit.*, p. 113). Fini le règne du libéralisme anarchique que, non seulement entre les nations, mais aussi à l'intérieur de chacune d'elles, remplace, au risque d'un effondrement général des entreprises, une économie légalement dirigée ! Que la source corporative du droit soit éminemment progressive, cela résulte d'abord de ce qui vient d'être dit et ensuite de sa malléabilité même grâce à la précision, introduite dans les statuts fédéraux, de leur révision et aux séries libres laissées dans le numérotage de ses articles en vue des additions qui pourraient y être apportées (*Recueil Geny*, t. III, *Sources du droit comparé*, p. 500).

Telle est la conception juridique de M. Lambert. Elle rompt avec toutes les façons de voir auxquelles nous étions accoutumés et croit discerner l'avenir du droit en dehors des sentiers battus.



A l'autre pôle des doctrines juridiques est le système auquel se rattache M. Ripert. A la conception sociologique du droit que je viens de décrire, le grand civiliste parisien oppose la sienne, qui est historique. Il est vrai que celle-ci s'appuie également sur le milieu social. C'est dans ce mi-

lieu qu'elle puise ses données, sans cependant plier l'échine devant celles qui lui paraissent révolutionnaires. Loin de contester les forces qu'elles recèlent et leur résonnance juridique, elle proteste avec véhémence contre leur malfaisante oppression : tout le livre de M. Ripert sur *le Régime démocratique et le droit civil moderne* exprime sa révolte de « clerc », au sens que M. Benda donne à ce mot, contre ce qu'on pourrait appeler la prostitution du droit moderne au service de la Démocratie. Sa révolte est, au reste, constate-t-il avec amertume, sans portée pratique. Que peuvent contre cette montée envahissante de la Démocratie toutes les belles théories de philosophie du droit ? Le pessimisme de M. Ripert contraste étrangement avec sa précédente attitude, toute de confiance, à l'égard des doctrines : au temps où il écrivit *La Règle Morale dans les obligations civiles* (1925), ne conviait-il pas, en effet, les juristes à lutter pour le triomphe de la vérité juridique ? Les raisons d'être sceptique sur l'issue d'une telle lutte se seraient-elles multipliées depuis ? Il est, en tout cas, indéniable que toutes les revendications, démocratiques ou autres, s'appuient à tort ou à raison sur le droit. Si elles éprouvent un tel besoin de se justifier, n'est-ce pas la preuve qu'il faut poursuivre une campagne aussi peu inutile ?

Le caractère historique de la conception juridique de M. Ripert ne fait aucun doute. Il résulte de maints passages de son œuvre, dont je me contenterai de citer les suivants : « Les principes fondamentaux des rapports de droit privé, écrit-il (sont) dictés par la tradition... (et) d'une utilité vérifiée par l'expérience » (*Le Régime démocratique et le Droit civil moderne*, n° 217). « Le Code Civil est dans sa majeure partie, écrit-il encore, la présentation, sous la forme de lois de l'Etat, de règles constitutives des sociétés civiles de l'Occident chrétien ». Ses dispositions « ont un long passé et souvent même, rejetant la règle purement politique que la Féodalité ou la Royauté ou la Convention avaient imposée, les auteurs du Code ont rétabli la vieille règle coutumière ou romaine... Et c'est justement parce que ce Code était tout imprégné de la raison romaine et de l'idéal chrétien que l'Europe et le monde civilisé y puisèrent des règles de conduite et en firent la base même de leur ordre civil. Qui combat ces principes compromet l'ordre de ces sociétés et notre civilisation même » (*Op. cit.*, n° 223). Rien n'est plus émouvant que l'accent mis par notre auteur à défendre cette civilisation ! Et combien il a raison de ne pas la vouloir dépérir !

A l'inverse du droit sociologique, qui est dynamique et pénétré d'esprit international, le droit historique est lui-même conservateur et national. La théorie historique des sources du droit est également opposée à la théorie sociologique.

Le droit historique est, d'abord, avons-nous dit, essentiellement conservateur. Et cela se comprend aisément. Il a les yeux tournés vers le passé, tandis que le droit sociologique regarde l'avenir. « Il ne faut pas croire, dit M. Ripert, à l'évolution fatale du droit, il ne faut pas considérer toute réforme comme un progrès... » (*Op. cit.*, n° 224). Pour lui, tout « Etat devrait avoir une constitution civile comme il a une constitution politique... Cette constitution, poursuit M. Ripert, nous l'avons ! Elle était représentée par notre Code Civil. Sans doute, ce Code n'était pas protégé contre les modifications résultant des lois postérieures, mais il y avait du moins un accord tacite sur les principes qu'il consacrait. On les considérait comme les principes fondamentaux des rapports de droit privé et on les identifiait vo-

lontiers aux préceptes de la Raison. Pendant tout le cours du XIX^e siècle, on n'y a pas touché. Tout aujourd'hui est remis en question » (*Op. cit.*, n° 217). Ce passage est particulièrement suggestif de l'état d'esprit de notre auteur : il y a pour lui des principes fondamentaux sacro-saints qui forment la constitution civile de l'Occident chrétien et de la France en particulier. Constitution civile signifie intangibilité, dans une certaine mesure au moins. Or tous les principes consacrés par cette constitution sont de plus en plus battus en brèche. Le droit devient relatif, d'absolu qu'il était. La base de la responsabilité délictuelle est ébranlée par la substitution de la notion de risque à celle de faute. La liberté des transactions disparaît avec l'économie dirigée et le droit corporatif. L'égalité devant la loi est enfin rompue au profit d'un droit de classe. Reprenons quelques-unes de ces propositions.

Il n'y a plus de droit absolu, mais, dit M. Ripert, « en dénonçant l'abus on invite le juge à condamner le droit... » M. Ripert vise ici la théorie qui fait de l'abus un acte « contraire au but de l'institution, à son esprit, à sa finalité ». « Le Juge doit se pencher sur l'esprit et les besoins de son époque... La tâche sans doute n'est pas facile... ». A cette théorie, M. Ripert oppose celle d'un « droit individuel (qui) doit s'assurer une certaine liberté dans l'action et, partant, une certaine immunité au cas où cette action nuirait à autrui... Tout droit par sa nature tend à l'absolutisme. La relativité des droits ne signifie rien. Un droit peut être limité, mais il n'est pas relatif. Relatif à quoi ? Si on prétend que l'homme doit exercer ses droits en conformité de l'intérêt social... on ne dégrade pas seulement le droit individuel, on le supprime » (*Op. cit.*, n°s 118 à 122). Toutes ces considérations, qui trahissent l'attitude négative de M. Ripert à l'égard des besoins sociaux, valent aussi bien contre la théorie de l'abus, ou, mieux, de la relativité des droits, que contre cette autre théorie qui fait endosser à quiconque met en circulation une richesse le *risque* des dommages qui peuvent en résulter pour autrui.

La liberté contractuelle ! Voilà encore un dogme qui, de plus en plus cède à l'économie dirigée et au droit corporatif ou institutionnel. De plus en plus le législateur intervient dans les rapports qui naissent des contrats. Il en contrarie les effets, relève de ses obligations l'une ou l'autre partie dans un intérêt général. Grâce à lui, voici qu'existe aujourd'hui le *droit insolite de ne pas payer ses dettes* (v. la chronique du *Dalloz hebdomadaire* du 8 octobre 1936, pp. 57 et suiv., qui porte ce titre).

Par l'association, toute liberté est également bridée. Ceux qui en font partie peuvent « se soustraire à son autorité, mais pour cela, il faut s'en aller... En fait, il n'est souvent pas plus facile d'échapper à l'association qu'il n'est possible d'échapper à l'autorité de l'Etat » (*Op. cit.* n°s 210 et 211).

Une dernière caractéristique du droit moderne est que, sous la poussée des forces démocratiques, il devient un droit de classe. On légifère en faveur des locataires contre les propriétaires, des débiteurs contre les créanciers, des ouvriers contre les patrons, des nationaux contre les étrangers. C'est toujours le plus fort — au point de vue électoral — qui l'emporte sur l'autre. Et toutes les concessions réalisées sont autant d'atteintes au principe de l'égalité devant la loi : Prenons le dernier exemple cité ci-dessus : nationaux contre étrangers. « Le principe même des lois civiles, écrit M. Ripert, pousse à l'assimilation. Au XIX^e siècle on peut noter une tendance

très nette à l'égalité de traitement. La guerre a créé un état d'opinion défavorable aux étrangers... Le désir de protéger la main-d'œuvre française a provoqué dans la crise de chômage une série de mesures » inconciliables avec l'ancien état du droit. La loi a été jusqu'à exclure les naturalisés de certaines fonctions non seulement politiques, mais aussi civiles (*Op. cit.*, n°s 219 et 220).

Il ne faut pas ici qu'on se méprenne sur la pensée exacte de M. Ripert : si notre auteur s'élève contre cette excommunication de l'étranger, n'allons pas croire que, par rapport aux systèmes juridiques eux-mêmes, il soit internationaliste, à la façon de M. Lambert. Et nous en arrivons ainsi à parler du nationalisme juridique de M. Ripert : « Chaque Etat, proteste notre auteur, veut avoir son droit propre et ce n'est pas seulement un orgueil intellectuel qui le lui fait désirer, mais la conviction que son état politique, économique et social lui impose des règles qui ne sauraient être que les siennes... » (*Op. cit.*, n° 218).

La théorie de M. Lambert sur les sources du droit se relie à son internationalisme juridique. Or, sur cette question des sources, M. Ripert s'en tient encore à la tradition : en dehors de la loi et de la jurisprudence, il n'y a point de salut... pour le droit ! Je ferai remarquer, à propos de la jurisprudence, que suivant qu'elle soit conservatrice ou progressive, elle enrégimentera les lois nouvelles dans le corps du droit ancien qui déteindra sur elles, ou c'est, au contraire, le droit ancien qui sera mis par cette jurisprudence au pas de la législation la plus récente, qui diffusera sur lui sa clarté. Parmi les sources du droit selon M. Lambert, il en est une, la source corporative, qui n'a pas les faveurs de M. Ripert. Celui-ci reproche à celui-là son « enthousiasme » à son égard. Elle « doit balayer toutes les barricades dressées par les jurisprudences nationales, détruire l'autorité attribuée à des textes de lois et des précédents judiciaires vieillis, faire prédominer la balance judiciaire des intérêts sur la tradition de l'autorité judiciaire » ! Si on attribue, dit M. Ripert, tant de vertus à la doctrine corporative « c'est sans doute qu'elle n'est pas encore appliquée ni même nettement précisée. Ce qui importe seulement de retenir c'est qu'elle devra, si elle s'affirme, renverser les conceptions traditionnelles de notre droit civil ». Toujours la même préoccupation, comme on voit ! Avec la doctrine corporative, dit aussi M. Ripert, « on en arrive à désirer la construction d'un droit de classe » (*Op. cit.*, n°s 213 à 216).

★★

Tout en mettant l'accent l'un sur le donné sociologique et l'autre sur le donné historique du droit, MM. Lambert et Ripert n'ont pas manqué de faire accidentellement des déclarations qui sont de nature à réconcilier quelque peu leurs points de vue respectifs. C'est ainsi que M. Lambert ne se dissimule pas, de même que M. Ripert, la complexité des faits sociologiques en voie de formation, mais il ne se croit pas pour autant obligé de ne pas en tenir compte. Il voudrait bien plutôt que l'étude en fût faite d'une façon plus approfondie et dans une plus étroite connexité avec l'enseignement du droit. Comme toute science à ses débuts, la sociologie est encore bien imparfaite. M. Lambert ne fait d'ailleurs pas jouer au donné sociologique le même rôle dans tous les domaines juridiques. Il en est, parmi ces derniers, qui relèvent davantage, — oui, c'est M. Lambert qui

le dit — de l'histoire : « tel est le cas du droit de la famille, des régimes matrimoniaux, des successions, du droit de la propriété immobilière », toutes matières qui sont bien, en effet, « les parties les plus profondément nationalisées du droit, et, par conséquent, les lignes de résistance les plus solides à l'action de nivellement international de la science sociale... » Les matières où ce nivellement s'impose sont celles qui appartiennent plus spécialement aux chapitres de l'industrie et du commerce. (*L'enseignement du droit...*, pp. LXVI à LXVIII).

Et voici que, de son côté, après s'être élevé contre la tendance uniformiste du droit, M. Ripert écrit : « On objectera... qu'il existe un puissant mouvement contemporain en faveur de l'unification... (reconnaîtrait-il, par hasard, la légitimité d'un tel mouvement ?) (Mais) cette unification, répond-il, n'a pu réussir que pour les exploitations commerciales et spécialement celles qui ont un caractère international, les transports maritimes et aériens, le droit du change » (*Op. cit.* n° 218). Les deux points de vue ne sont-ils pas ainsi singulièrement rapprochés ? — Par ailleurs, et à propos de l'évolution du droit, M. Ripert, après avoir contesté qu'elle soit « fatale », ajoute : « Il ne faut pas non plus nier aveuglément la nécessité de faire évoluer le droit et de réformer les institutions. L'esprit démocratique, qui, depuis cinquante ans, inspire toutes nos réformes civiles, a fait passer dans nos lois un souffle de justice et de pitié, et sur plus d'un point notre législation actuelle a vraiment amélioré notre régime civil » (*Op. cit.* n° 224). — A propos de cette observation de M. Ripert, ne pourrait-on pas, inversement, déclarer que, pas plus que toute nouveauté n'est condamnable, toute institution historique n'est parfaite. Il ne faut pas plus avoir la religion du progrès que celle du passé. Ce sont là deux formes péjoratives de mysticisme, de ce pseudo-mysticisme dénoncé par M. Seillère et qui voile la vérité. Toutes ces deux religions attribuent respectivement, en effet, à l'évolution ou à la tradition une vertu mystérieuse qui les déborde, l'une et l'autre. Et puisque je parle de M. Seillère, je dirai, comme lui de la raison, que le droit se développe par l'expérience et par l'invention, qu'il est donc à la fois conservateur et progressif. « Il y a certainement, écrit le philosophe que je viens de nommer, une invention morale qui se combine avec l'expérience accumulée de l'espèce pour engendrer, par synthèse, la raison pratique, celle qui préside aux actes réfléchis de l'humanité progressive » (*Humanisme et anti-naturisme* in *Journal des Débats* du 21 février 1937). La vérité, ici comme partout, est dans un juste milieu. Il y a beau temps qu'Eschyle, ce père de la tragédie grecque, a distingué entre mesure et démesure. Parce qu'elle est d'un poète — qui fut aussi un penseur — cette philosophie a d'autant plus de poids.

Mais qu'est-ce qui indiquera ce juste milieu ? C'est ce qu'on va voir aussitôt.



Le droit est harmonie. *Harmonie interne* faite de sa correspondance à sa fin, qui commande ce que j'appellerais *l'harmonie sociale* des différents droits (V. pour plus de développements mon livre *Du Heurt à l'Harmonie des Droits*). Que vienne à se rompre *l'harmonie interne* d'un droit, quel qu'il soit, et l'on verra s'ébranler tous les autres. Mais la fin de tout droit est complexe : ses composantes, autrement dit ses « donnés », sont multi-

ples. Avant de faire correspondre un droit à sa fin, il importe d'établir l'harmonie au sein même de cette fin, entre les éléments qui la constituent. Ces éléments se réduisent à trois fondamentaux : rationnel, historique et sociologique. Aucune antinomie ne devrait, *en principe*, exister entre le premier de ces éléments et l'un ou l'autre des deux derniers. Bien mieux : c'est par le premier que se résoudront les antinomies qui pourraient surgir entre ces derniers — et qui sont elles-mêmes fréquentes.

Et d'abord, ai-je dit, aucune antinomie ne devrait, *en principe*, exister entre le donné rationnel et les donnés historique et sociologique. Le donné rationnel est, en effet, l'âme des deux autres, qui en sont *informés*, au sens aristotélicien du mot, et qui, à leur tour, *l'individuent* à un premier degré : la seconde individuation, qui englobe tous les donnés, se fait par la formulation juridique. Le donné rationnel correspond au *droit naturel*, non au sens que donnait à ce mot *l'Ecole du droit de la nature et des gens*, mais à celui qu'avant Puffendorf lui avait toujours donné la tradition. Le donné rationnel se réfère à ce qu'il y a dans notre nature de plus permanent et participe à cette permanence même. Tel est le droit de propriété. Il est dit naturel parce qu'eu égard à ce que M. Seillère appelle notre « volonté de puissance », qu'avec infiniment de raison il déclare « inexpugnable en ses derniers retranchements », le partage entre les hommes des ressources de la terre assure un meilleur rendement de ses richesses : notre « volonté de puissance », autrement dit l'intérêt, est le fondement psychologique de ce droit, comme son fondement moral est l'utilité de tous. S'il ne faut pas aller jusqu'à dire, avec Duguit, que la propriété *est* une fonction sociale, il faut reconnaître pourtant qu'elle *a* une fonction sociale. Cette dernière formule respecte le caractère subjectif du droit de propriété avec son fondement psychologique et son caractère social avec son fondement moral. « La combinaison de la propriété privée et du « droit des autres », dit excellemment M. Georges Renard, est l'éternel problème; encore faut-il admettre qu'il se pose : il ne suffit pas d'éliminer l'un des deux termes » (*Vers un ordre nouveau, L'Economie et la Vie*, dans le numéro de *Sept* du 23 octobre 1936). Or le mode particulier suivant lequel ce problème est résolu appartient à l'histoire et à la sociologie. Il a revêtu différentes formes : un premier type fut le type familial, puis vint le patronat, qui est la façon la plus normale « d'user de la propriété en tant qu'elle dépasse les besoins du propriétaire » (G. Renard, *Vers un ordre nouveau, Entreprise et Collaboration*, dans *Sept*, du 6 novembre 1936). Demain nous connaissons vraisemblablement le type corporatif, dans lequel les salariés seront plus étroitement associés à la propriété de l'entreprise, qu'ils feront d'autant mieux fructifier qu'ils cesseront de se considérer étrangers par rapport à elle. Lorsque je dis que le droit de propriété doit posséder cette *harmonie interne* qui l'auto-limite en le mesurant à sa fin, je condamne par le fait même tout ce qui, dans ces prétendues déterminations historiques et sociologiques, élimine l'un des deux termes — subjectif ou social — qui le constitue. Le collectivisme sacrifie le premier de ces termes au second et l'absolutisme, inversement, le second au premier.

Aucune antinomie ne devrait exister entre le donné rationnel et les autres donnés du droit. Cela résulte suffisamment de ce qui précède. Et voici un corollaire de cette première proposition : il faut que le droit privé ait sa constitution, et cette constitution doit être recherchée dans le donné rationnel.

La première partie de ce corollaire est conforme à l'enseignement de M. Ripert. Contre les purs sociologues — on verra, dans un instant, que, sur ce point, M. Lambert s'écarte de la pure sociologie — M. Ripert réclame avec raison une certaine stabilité. Le torrent sociologique ne doit pas tout emporter sur son passage, jusqu'au lit même où il coule ! Il y a sur ce point, dans le livre déjà cité de M. Ripert, des passages magnifiques à méditer.

Mais si une constitution civile est nécessaire, elle doit être limitée à l'essentiel. Or l'essentiel ne se trouve pas dans le donné historique. S'il est défendu de toucher à celui-ci sous prétexte qu'il se confond avec la constitution civile, on condamne le droit à l'inertie. Le donné historique a pu, en l'individu, corrompre le donné rationnel : telle est la notion absolutiste du droit de propriété qui est celle du droit civil historique. Aussi M. Ripert, qui tient pour l'intangibilité de cette notion, a-t-il pu logiquement condamner celle, cependant plus harmonique, de la relativité de ce droit.

Telle est encore la notion de liberté humaine. Cette notion a un sens historique — celui des fameuses *Déclarations*, américaine et française, *des droits de l'homme* — et un sens rationnel. En vertu du premier, M. Ripert, d'accord avec la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis, que M. Lambert a si minutieusement analysée, rejette bien des réformes sociales et bien des interventions du législateur dans le domaine économique : le droit d'association, le droit corporatif et l'économie dirigée s'opposent à cette notion historique de la liberté. Ils consacreront un « droit de classe ». Mais la liberté est elle-même relative. Elle se mesure à sa fin qui est de faire accomplir à chacun sa destinée humaine. Si elle n'est plus cela, si elle devient oppressive à l'égard des autres libertés, son *harmonie interne* est rompue et, par la même occasion, l'*harmonie sociale* existant entre elles toutes ; pour rétablir cette harmonie, les libertés matées par celle que je viens de qualifier d'oppressive ont raison de se coaliser pour se défendre, en attendant de former avec elle une *corporation* plus compréhensive : au régime de « concurrence coupe-gorge », suivant le mot de M. Lambert, succèdera alors un régime harmonique de « coopération » institutionnelle, ce qui est bien le contraire d'un « droit de classe ».

La rupture d'équilibre peut être due également aux événements et c'est ce qu'on appelle crise. Qu'y a-t-il d'insolite à ce qu'alors la loi intervienne exceptionnellement pour remédier à un état exceptionnel ? Une illustration de pareille intervention nous est donnée par M. Lambert dans sa préface (p. 14) au livre de M. Charley del Marmol sur la *faillite en droit anglo-saxon* : « L'appel à l'intervention du législateur dans les périodes de crise économique », écrit-il, soulève « de complexes et difficiles problèmes de politique sociale... Tels sont ceux qui ont été suscités par le désir d'empêcher que l'ouverture de la faillite, ou la conduite à son terme de cette procédure, aboutisse à l'effondrement en masse d'entreprises... qui pourraient rester viables après allègement ou échelonnement de l'échéance de leurs dettes ». C'est contre une telle économie dirigée et spécialement contre le « droit », accordé au débiteur en période de crise, « de ne pas payer ses dettes » que s'élève M. Ripert ! Du fait de la crise, une harmonie a été rompue, qui risquerait de provoquer des cataclysmes dont les créanciers eux-mêmes ne sortiraient pas indemnes. Faut-il, malgré tout, laisser se

dérouler la crise et n'est-il pas alors du devoir du législateur d'en amortir la malveillance ?

A celui-ci donc appartient, à défaut de formations spontanées, la défense de tous les droits méconnus. Mais son intervention même pourrait ne plus suffire. Tel est le cas lorsque la rupture de l'équilibre est le fait des nationaux. C'est avec raison que M. Ripert proteste contre le traitement fait depuis la guerre aux étrangers par rapport à certains droits civils. Mais si je souscris au jugement de M. Ripert sur ce point, je le fais moins au nom de la tradition que parce que le nouveau statut des étrangers contredit un principe de droit naturel. L'étranger comme le national — il y a quatre siècles que Vittoria l'a dit — a le droit de circuler et de travailler librement. En quoi la liberté de l'étranger, *lorsqu'elle s'exerce normalement*, est-elle oppressive à l'égard de celle du national ? L'assimilerait-on elle-même à la force aveugle des événements contre laquelle on doit se défendre ? Mais lorsqu'on se défend contre les événements, on le fait pour le bien de tous et il n'est pas jusqu'aux victimes apparentes — tel que, dans l'exemple des *moratoria*, les créanciers — qui ne bénéficient de cette protection. Mais ici... ! Ici il y a déséquilibre, moins du chef des événements que des hommes, au grand dam du bien commun international, qui est, comme tout bien commun, à base d'harmonie (v. mon livre précité pp. 500 et suiv.). Et le dommage dont souffre, de ce fait, le bien commun menace de devenir très grave : Depuis la réapparition des xénophobies le problème démographique se pose avec toujours plus d'acuité et risque fort de ne recevoir qu'une solution guerrière. Or l'équilibre ne saurait être rétabli par le seul législateur national, car à l'exclusive dont sont l'objet, au dehors, les nationaux d'un pays, ce pays ne peut que répondre par l'ostracisme de l'étranger. Il y faut donc une intervention d'ordre international. Et cela encore est une sorte... d'économie dirigée. M. Ripert en voudrait-il ? Il déplore cependant la rupture d'équilibre ; il devrait donc souhaiter qu'il se rétablisse. Loin de consacrer un « droit de classe », l'économie dirigée intervient très souvent pour le supprimer. Comparer l'intervention internationale dont je viens de parler à celle des pouvoirs publics nationaux contre telles associations de combat (chambres de propriétaires par exemple) qui instaurent un « droit de classe », auquel, tout en s'en plaignant, M. Ripert défend cependant qu'on touche par voie législative : en le faisant, le législateur créerait lui-même un « droit de classe » au profit des locataires ! De telles interventions sont contraires à la tradition libéraliste du Code Civil français.

Il résulte de tout ce qui précède que le donné historique n'est pas intangible. Il se réfère beaucoup moins aux droits pris en eux-mêmes qu'à leur organisation externe ou à leur absence d'organisation : or toute organisation est essentiellement variable et perfectible.

En dépit de son caractère sociologique, la doctrine de M. Lambert n'exclut pas elle-même une certaine intangibilité. Et c'est pourquoi j'ai déjà dit que, sur ce point, M. Lambert s'écarte de la pure sociologie classique. Or sur quoi porte, selon lui, cette intangibilité ? La réponse à cette question est indiquée dans ce que nous savons déjà sur les idées du maître : il y a chez lui, sous la dénomination de droit commun comparé, la transposition dans le domaine du droit privé de l'ancienne notion de droit des gens. A l'instar de celui-ci, le droit commun comparé est constitué par cer-

tains principes généraux appliqués en même temps dans les différents pays de même civilisation. Ce sont ces principes ou *standards* qui formeraient, dans son système, l'équivalent de la constitution civile de M. Ripert. Mais il y a entre les deux auteurs cette différence, qui rapproche le plus progressiste des deux de la doctrine que je défends : tandis que, pour M. Ripert, les principes qui forment la constitution civile de l'Occident Chrétien sont indissolublement liés à leur forme historique, les *standards* de M. Lambert sont eux-mêmes *dégagés* des règles trop précises qui les expriment dans les différents pays (voir *supra*). Ces principes n'ont cependant, pour M. Lambert, d'autre application qu'économique ou sociale et leur intangibilité est très relative. Est-ce à dire que, selon lui, comme pour les sociologues en général, rien ne soit absolument stable et que le contrôle de la constitutionnalité des lois soit théoriquement sans objet ? M. Lambert fait quelque part, sous la forme interrogative, une distinction fort judicieuse et qui mériterait d'être retenue ici : « Ne serait-il pas possible, écrit-il, de régler le mécanisme d'un contrôle français de la constitutionnalité des lois, de façon à obliger les cours à ouvrir à deux battants la porte de la protection constitutionnelle devant les intérêts spirituels... Mais aussi à la fermer, ou tout au moins à ne l'ouvrir que très discrètement aux « intérêts économiques », de beaucoup moindre dignité, qui chercheraient à pénétrer les premiers ? » (*Mélanges Hauriou*, pp. 504-505). J'ai dit que cette distinction est très judicieuse : plus les intérêts à protéger sont spirituels et moins ils sont variables, en effet. Mais dans les intérêts matériels eux-mêmes, ne décelez-vous pas une partie spirituelle, ce « donné rationnel » qui est précisément l'âme du droit ?

C'est par ce donné, ai-je ajouté plus haut, que se résoudront les antinomies qui pourraient surgir entre les deux autres, le donné historique et le donné sociologique. La métaphysique et la raison n'ont pas cessé d'être vues avec défaveur par les positivistes. Cela vient de l'abus qui en a été fait et des déviations qu'elles ont subies. La science est à base de raison autant que d'expérience. Les juristes l'admettent aujourd'hui de plus en plus. En voici un témoignage des plus autorisés : « Il a fallu le romantisme juridique, écrit M. Bonnetant dans son bel ouvrage *Science du Droit et Romantisme* (n° 162), pour essayer de bannir la raison et ses spéculations du domaine du Droit, tout comme il a fallu le romantisme littéraire pour exclure la raison du domaine littéraire, tout comme il a fallu le scientisme et la religion comtiste pour déclarer la raison tout à fait étrangère à la science en général. Soutenir que la raison ne collabore pas avec l'élément expérimental pour édifier le Droit et dégager son fondement aboutirait à expulser des sciences mathématiques les postulats et les axiomes que l'on y rencontre à chaque pas. Il est vrai que si l'on voulait s'en tenir à la conception qui rejette la notion de science normative, on aboutirait peut-être à placer aussi le Droit en dehors de la science. Seulement en entrant dans cette voie, et de déduction en déduction, on serait condamné à proclamer une fois de plus la faillite de la science, car enfin toute science a un objectif et dicte ses règles de conduite pour atteindre cet objectif. Le droit se propose essentiellement la réalisation de l'harmonie sociale (je suis heureux de rencontrer ce mot sous d'autres plumes) ; c'est là un objectif purement humain et tout à fait tangible. Pour l'atteindre il faut donc tracer des règles qui sont précisément les règles du droit, tout com-

me la physique, la chimie ou les mathématiques imposent certaines règles si l'on veut atteindre certains résultats physiques, chimiques ou mathématiques ». De ces lignes lumineuses, rapprocher celles, non moins remarquables, de M. Le Fur dans son cours magistral à La Haye sur *Les règles générales du Droit de la Paix* (p. 164. Voir l'article que j'ai consacré à ce cours : *Une philosophie rationnelle du droit*).

« Le droit se propose la réalisation de l'harmonie sociale », dit M. Bonnecase. Or cela n'est possible que par la raison. Comment la raison y procédera-t-elle ? En faisant intervenir ses jugements de valeur. Ce sont ces jugements qui nous aident à déceler dans les données historique et sociologique leur vocation juridique, autrement dit leur ordination naturelle à la fin du droit. Ce sont eux qui, devant le conflit de ces données, assigneront sa place à chacun dans la synthèse générale. Un grand nombre d'antinomies, dit fort bien M. Le Fur, s'explique par un parti-pris philosophique : on est positiviste ou l'on est idéaliste, traditionnaliste ou progressiste. Démesure que tout cela ! Le positivisme, par exemple, ne suffit pas à fonder le droit. L'œuvre de celui-ci ne se borne pas à entériner les faits sociologiques. Il est quelquefois nécessaire de réagir contre ces faits. Le droit est, suivant l'observation de M. Lambert, une sorte de médecine parfois curative et parfois préventive (*Recueil Gény*, t. III, p. 467). Or la médecine n'enregistre pas seulement les maladies : elle les guérit. Et pour cela, il faut qu'elle adapte son traitement à la fin qu'elle se propose. Cette adaptation est œuvre rationnelle. Elle requiert l'emploi d'un jugement de valeur ou, comme l'appelle la philosophie traditionnelle, d'un jugement d'essence. Je prends, dans le domaine juridique, un exemple : une des conditions de la bonne harmonie sociale — on dit souvent l'une des fins du droit — est la sécurité. On parlait surtout de la sécurité dans le temps. M. Lambert a eu le grand mérite d'avoir mis l'accent, plus que nul autre avant lui, sur la sécurité dans l'espace. Or que révèle l'observation sociologique ? Que cette dernière sorte de sécurité est ce qu'il y a de moins assuré en raison de la diversité des législations. Va-t-on consacrer cet état de choses ? Tel n'est pas l'avis de M. Lambert. Mais pour émettre un pareil avis, il lui a bien fallu, au moins implicitement, formuler un jugement de valeur qui pourrait se résumer ainsi : l'insécurité est un mal. Après quoi, il a fait intervenir encore la raison pour organiser pratiquement la sécurité et la coordonner avec d'autres exigences du droit.

De même que le législateur ne doit pas se contenter d'entériner les faits sociologiques, de même son rôle ne se borne-t-il pas à demeurer cramponné à l'histoire. L'expérience du passé est d'un immense secours pour la recherche de la vérité. Mais l'humanité est indéfiniment perfectible. « Placer la perfection sociale dans le passé, écrit excellemment M. Seillère, est aussi contestable qu'il est légitime de la préparer pour l'avenir, dans la mesure de nos forces et sans verser pour cela dans l'utopie... » (*Humanisme et anti-naturalisme*, loc. cit.). Cela ne veut point dire que toutes les institutions historiques d'une nation sont nécessairement vouées à disparaître. Mais à la longue, elles peuvent se corrompre, surtout si elles ne sont, de temps à autre, rajeunies. Plutôt que de les remplacer entièrement, il suffit très souvent de remédier à certains de leurs vices. Comme le donné sociologique, le donné historique doit pouvoir se justifier rationnellement. Le fait historique ne fonde pas le droit.

Ceci dit, qu'est-ce qui appartient en propre à chacun des donnés précités ? C'est à la raison d'opérer leur conciliation. C'est elle qui décrète qu'au droit naturel appartient le domaine des premiers principes, seuls intangibles, et des conclusions prochaines desdits principes ; au donné sociologique, en conformité avec le droit naturel, tout ce qui, généralement, relève de l'économie politique et sociale et, enfin, au donné historique, toujours en conformité avec le droit naturel, les institutions familiales et nationales proprement dites. C'est à celles-ci principalement que se rattache la civilisation d'un pays. Aucun de ces donnés ne devrait empiéter sur les autres : le donné historique réclamer, par exemple, l'intangibilité du donné rationnel et régenter la vie économique d'un pays, ou le donné sociologique prêter son dynamisme aux institutions et aux principes fondamentaux de la nation. Le donné sociologique se constitue habituellement avec plus de liberté : les sources qui le font naître sont plus variées. C'est à lui spécialement que M. Lambert a pensé lorsqu'aux sources générales du droit, il ajouta, en raison de leur plus grande souplesse, les sources administratives et corporatives. Mais, comme au donné rationnel est subordonné le donné sociologique, de même ces dernières sources doivent-elles demeurer subordonnées au contrôle de la justice, qui a la charge de l'ordre public général. M. Lambert se méfie de l'esprit par trop conservateur des juges. Mais il a, par endroits, reconnu que toutes les jurisprudences ne sont pas pareilles et que, spécialement dans son pays, si jamais le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois était exercé, il le serait dans un esprit plus progressif qu'il ne l'a été aux Etats-Unis (*Mélanges Hauriou*, p. 504). J'ajouterai que la jurisprudence française a déjà donné de cet esprit bien des témoignages, tel qu'en matière de responsabilité et d'abus de droit.

Je conclus : entre les deux pôles de la philosophie juridique, il n'a pas été difficile de découvrir ce climat tempéré de *l'harmonie des droits* qui les rapproche l'un de l'autre. Un premier rapprochement a été réalisé sur le terrain de l'intangibilité, grâce au donné rationnel qui, réduisant celle-ci à l'essentiel, permet au droit de poursuivre son évolution. Un autre rapprochement a été celui qui permet aux différents donnés de jouer leur rôle dans la formation du droit positif, en demeurant subordonnés au premier d'entre eux, ce même donné rationnel qui est comme l'âme du droit.

Ce que je dis des systèmes pris en soi en les plaçant aux deux pôles de la pensée juridique contemporaine ne se rapporte pas nécessairement aux auteurs qui les représentent. On aura relevé, entre ces derniers, bien des points de contact. S'ils ont insisté chacun sur une manière de voir, cela n'a pas toujours été à l'exclusion de l'autre. Cette remarque est particulièrement vraie de M. Lambert, dont l'indépendance à l'égard de la sociologie classique s'est affirmée à maintes reprises, sans qu'il se soit cependant écarté, dans le fond, de la vraie sociologie, qui est elle-même plus expérimentale et plus près du sens commun. La science juridique et la philosophie du droit sont grandement redevables à M. Ripert d'avoir rappelé, avec quel éclat, qu'il y a une tradition et à M. Lambert d'avoir, avec quelle perspicacité, frayé une voie à suivre, toute neuve et pleine de promesses ! A M. Lambert, à qui ce Recueil est offert en hommage, vont plus particulièrement aujourd'hui nos ferveurs. Il a su s'affranchir des vieilles routines, détacher ses regards des livres pour les promener sur notre humanité, dont il a scruté les besoins. Et, avec enthousiasme, il a tenté de les satisfaire sur le terrain du droit. Quelle belle mission que la sienne !

LES CONCEPTIONS DE M. E. LAMBERT SUR LE DROIT COMPARÉ ⁽¹⁾

Par Alexandre OTETELISANU

*Professeur de Droit civil comparé à la Faculté de Droit
de l'Université de Bucarest ⁽¹⁾*

I. GÉNÉRALITÉS. — II. LE DROIT COMPARÉ DANS LE SENS D'HISTOIRE COMPARATIVE. — III. LE DROIT COMPARÉ DANS LE SENS DE LÉGISLATION COMPARÉE : a) *Le Droit commun législatif* ; b) *La critique formulée par M. Lambert contre la conception de R. Saleilles* ; c) *Quelques objections écartées par M. Lambert concernant le Droit comparé* : 1° la codification n'est pas en contradiction avec le Droit comparé ; 2° le rapprochement entre différentes législations est possible. — IV. LES RAPPORTS QUE M. LAMBERT ÉTABLIT ENTRE CES DEUX CONCEPTIONS. — V. OBSERVATIONS CRITIQUES SUR LES CONCEPTIONS DE M. LAMBERT.

I. *Généralités*. — M. Lambert a exposé son point de vue d'abord dans le rapport présenté en 1900 au Congrès International de Droit comparé de Paris ⁽²⁾, et ensuite dans son ouvrage, publié en 1903 ⁽³⁾.

D'après M. Lambert, il faut distinguer, au fond, deux conceptions sur le Droit comparé. Une première conception dans laquelle on considère le Droit comparé plutôt comme une science sociale par laquelle on tend à établir des lois générales grâce auxquelles les institutions juridiques apparaissent, se développent et disparaissent, et une seconde conception du Droit comparé dans laquelle on le considère comme une forme supérieure de l'art juridique.

La différenciation de ces deux conceptions est présentée par M. Lambert, sous cette forme : « *Sous la dénomination amphibologique de Droit comparé se trouvent actuellement englobées deux disciplines distinctes qui présentent, au premier abord, un air de parenté, mais qui, en fait, ne sont*

(1) Nous publions un chapitre de l'ouvrage qui va paraître et qui est intitulé « *Esquisse d'une théorie générale de la science du droit comparé* », pour montrer la manière dont nous envisageons le point de vue d'un des plus grands comparatistes, M. E. Lambert, sur notre science. Nous croyons exprimer, de cette manière, notre hommage le plus profond pour l'illustre professeur de Lyon.

(2) Procès-verbaux des séances et documents, 1900, t. I, p. 26-60.

(3) E. Lambert. *La fonction du droit civil comparé. Etudes de droit commun législatif*, 1^{re} série. *Le régime successoral*.

unies que par un trait tout à fait extérieur, l'emploi commun de la méthode comparative » (4).

Pour éviter la confusion entre ces deux conceptions du Droit comparé, M. Lambert donne à la première le nom d'*Histoire Comparative* et à la seconde, celui de *Législation Comparée*. Il faut ajouter tout de suite que pour M. Lambert le mot « législation » ne signifie pas l'ensemble des lois et des codes d'un pays, mais le système juridique entier qui existe actuellement chez un peuple donné. M. Lambert croit que la dénomination « législation comparée » est meilleure que celle de « Droit comparé », sans se trouver toutefois à l'abri des critiques. Il soutient que la meilleure dénomination serait celle de « Droit international privé ou civil », mais que l'on doit y renoncer parce qu'elle est employée pour une autre discipline juridique et qu'il serait difficile de procéder maintenant à un changement de dénomination.

II. *Le Droit comparé dans le sens d'Histoire comparative.* — Dans cette première conception de M. Lambert sur le Droit comparé, on poursuit un but purement spéculatif. C'est une science de Droit, comme il existe, dit-il, une science des langues ou une science des religions. Dans cette conception, en employant l'étude comparative entre les législations des différents peuples, on arrive à découvrir la liaison entre les phénomènes juridiques, c'est-à-dire, les causes qui les produisent, et on établit les formes des institutions juridiques correspondantes à un degré déterminé de progrès économique et social, dans lequel peut se trouver chaque peuple. Le moyen que l'homme de science emploie pour arriver à ce résultat, c'est-à-dire la précision des lois d'après lesquelles évoluent les institutions de droit, dans tous les temps et chez tous les peuples, est la méthode comparative.

Dans cette conception, l'homme de science ne peut se contenter d'étudier seulement les législations actuelles ; il doit rechercher les systèmes juridiques dans le temps et dans l'espace, ce qui fait que, dans cette conception, le Droit comparé apparaît comme une science générale de Droit. Conception vaste et réelle, mais qui ne peut se confondre avec le Droit comparé comme nous le montrerons lorsque nous exposerons les observations critiques que nous allons faire sur cette conception.

III. *Le Droit comparé dans le sens de Législation comparée.* — C'est la seconde conception de M. Lambert sur le Droit comparé qui nous intéresse de près. On va voir qu'en montrant ce qu'il entend par cette conception, M. Lambert a donné une portée trop restreinte à ce domaine de recherches juridiques, mais qu'au fond nous y trouvons les vrais principes de notre science, ce qui fait que sa conception est supérieure, par sa clarté, à celle de R. Saleilles.

Formellement, M. Lambert nous dit que la législation comparée n'est plus une science. « Ce n'est plus une science, c'est un art » (5), parce que le comparatiste, dans cette conception, poursuit les possibilités d'applica-

(4) *Op. cit.*, p. 914.

(5) E. Lambert, *op. cit.*, p. 914.

tion des résultats donnés par la comparaison ou, comme il dit lui-même, « ...il poursuit un but pratique, un but d'action » (6).

Nous croyons que l'opinion dans laquelle on considère le Droit comparé comme un art et non comme une science s'explique seulement par l'idée de considérer le Droit comparé sous l'angle des applications pratiques, et non pas aussi sous l'angle de l'élaboration des vérités juridiques que le Droit comparé nous donne la possibilité d'établir. Dans la seconde partie de cette étude nous montrerons pourquoi le Droit est une science et, à plus forte raison, pourquoi le Droit comparé est de même une science. Pourtant nous croyons nécessaire de montrer dès maintenant pourquoi nous croyons que le Droit comparé ne doit pas être considéré comme un simple art. L'art, dans un sens commun, correspond à une aptitude de l'âme humaine, qu'on appelle talent, grâce à laquelle l'individu qui en est doté peut découvrir le beau en le représentant, comme dans les arts plastiques, dans la peinture ou dans la sculpture, en le décrivant, comme en littérature, en le manifestant par l'harmonie des sons ou des mouvements, comme dans la musique ou la danse. Dans un sens plus général, cette aptitude de l'âme peut se rencontrer aussi chez l'homme de science qui, étant doté d'un talent pareil, peut avec plus de facilité pénétrer les vérités scientifiques qu'un autre homme de science qui n'est pas doté de ce talent spécial (7). Dans ce sens, le comparatiste, comme n'importe quel homme de science, peut être aussi un artiste. Mais il semble que M. Lambert ne prend pas la notion de l'art dans ce sens. Pour lui « art » veut dire plutôt la technique du Droit. Il est vrai que le mot « art » peut être pris aussi dans le sens de « technique », mais alors on peut parler de la technique d'une science comme de la technique d'un art, pris dans le sens indiqué plus haut.

Toute science et tout art ont leur technique. Le Droit comparé a aussi la sienne, que nous appelons « politique juridique » ; mais en dehors de cette technique, le Droit comparé reste toujours une science. C'est une science grâce à laquelle on découvre l'aspect unitaire d'une institution juridique ou les tendances communes de cette institution, en l'étudiant dans les différentes législations appartenant à des peuples d'une civilisation identique ou similaire. Une fois ces vérités établies, la technique, l'art ou la politique juridique — la dénomination importe peu — intervient pour faire les applications pratiques.

Nous allons exposer maintenant les idées de fond de cette conception. On va voir, comme nous l'avons déjà dit, que tous les renseignements qu'elle nous donne sont extrêmement intéressants et exacts.

a) *Le Droit commun législatif*. — Le but du comparatiste est, d'après M. Lambert, par la comparaison des différentes législations — nous allons voir quelles législations doivent être comparées — de dégager un fond commun des institutions juridiques par lequel on diminue le domaine de particularisme de chaque système législatif.

Ce fond commun est appelé, par M. Lambert, le « *Droit commun législatif* ».

(6) E. Lambert, *op. cit.*, p. 916.

(7) Al. Otetelisanu, « *Revista de Filosofie* » (Revue de Philosophie) « *Este Dreptul stiinta sau o arta ?* » (Le droit est-il une science ou un art ?), 1934.

Nous savons que R. Saleilles nous parle d'un fond commun de l'humanité civilisée. Entre ces deux formules il y a apparence de quelque ressemblance, mais au fond, ce sont deux formules qui contiennent des choses tout à fait différentes. M. Lambert lui-même a senti le besoin de mettre en évidence lesdites différences, ce que nous relèverons aussi dans les lignes qui suivent.

b) *La critique formulée par M. Lambert contre la conception de R. Saleilles.* — Pour R. Saleilles, le Droit comparé a pour but d'établir un fond commun de l'humanité civilisée, devant remplacer le Droit naturel dans la conception classique. Pour M. Lambert, le Droit comparé, dénommé par lui Législation comparée, ne peut établir un Droit commun de l'humanité civilisée tout entière, mais seulement un Droit commun législatif pour les pays entre lesquels il existe identité ou similitude de civilisation. C'est en ceci qu'il trouve la différence entre sa première conception de Droit comparé et la seconde. Dans la première conception, celle dans laquelle on considère le Droit comparé comme une science générale de Droit, l'homme de science doit étudier les institutions juridiques dans tous les systèmes juridiques de tous les temps et chez tous les peuples, car ce n'est qu'ainsi qu'on pourra dégager les lois générales qui expliquent la naissance, l'évolution et la disparition des institutions juridiques. Dans la seconde conception, dans laquelle on établit le fond commun législatif, le comparatiste ne doit pas étudier tous les systèmes juridiques dans le temps et dans l'espace, il est suffisant d'étudier les législations des peuples appartenant à une civilisation identique ou similaire, dans l'actualité.

M. Lambert a d'ailleurs parfaitement raison, car c'est seulement par la comparaison entre les législations entre lesquelles existe un fondement commun de civilisation, qu'on peut avoir la chance de trouver l'aspect commun d'une institution ou les tendances communes qui intéressent notre science.

Mais, M. Lambert précisant que le Droit comparé, dans cette seconde conception, cherche à établir le Droit commun législatif, ne veut pas le confondre avec la conception de R. Saleilles pour lequel il avait pourtant une considération spéciale. M. Lambert trouve que le fond commun de l'humanité civilisée, envisagé comme un renouveau de droit naturel, ne peut échapper à toutes les critiques que l'on adresse à la conception classique du droit naturel. En effet, on peut élever une double critique contre le droit naturel dans la conception classique. D'abord on dit que les règles de droit ne peuvent être immuables pour tous les temps, et ensuite on dit que les règles de Droit ne sont pas universelles, c'est-à-dire applicables à tous les peuples. R. Saleilles croit avoir échappé à ces deux critiques, mais en réalité, nous dit M. Lambert, il n'échappe qu'à la première et non pas à la seconde.

Pour Saleilles, la règle de Droit n'est pas immuable, c'est-à-dire qu'elle change d'une époque à l'autre, mais en parlant d'un fond commun de l'humanité civilisée on lui garde le caractère d'universalité qui est un autre côté critiquable de la conception classique du Droit naturel. « *C'est le Droit naturel dépouillé de ses qualités d'immuabilité, mais conservant en-*

core ses qualités d'universalité » (8). M. Lambert a de nouveau parfaitement raison, car une règle de Droit ne peut être ni immuable ni universelle. Les études de Droit comparé ne peuvent nous mener à la conclusion qu'une règle de Droit soit applicable à tous les peuples, même si on ne considère que tous les peuples civilisés de l'humanité entière.

Pour M. Lambert, le comparatiste doit faire ses études comparatives seulement entre les peuples ayant une civilisation identique ou rapprochée, ce qu'il exprime comme suit : « *Le cercle de développement que j'assigne au Droit commun législatif n'est donc point l'humanité civilisée ; c'est un groupement beaucoup plus restreint de peuples reliés par des liens étroits d'éducation commune, rapprochés par l'action de très nombreuses influences historiques ou économiques* » (9).

C'est ainsi que M. Lambert trouve que la conception de R. Saleilles est erronée et nous croyons que ses critiques sont justes.

c) *Quelques objections écartées par M. Lambert concernant le Droit comparé :*

1° *La codification n'est pas en contradiction avec le Droit comparé.* — On a soutenu que la codification empêche le développement du Droit comparé, car le Droit comparé poursuivant la forme supérieure d'une institution se trouverait entravé dans la réalisation de ce but s'il rencontre des formes arrêtées dans les moules de lois écrites. M. Lambert est tout à fait d'une autre opinion, que nous approuvons entièrement. Il soutient que les codifications modernes n'empêchent pas le développement du Droit comparé, mais qu'au contraire elles l'aident comme la rédaction officielle des coutumes, en France, a aidé à l'unification, qui s'est basée sur des études comparatives. Nous préférons citer de nouveau les propres paroles de M. Lambert : « *Elles (les codifications) ne mettent point obstacle à l'interpénétration des divers systèmes de Droit positif sous l'action de la jurisprudence et de la doctrine. Tout au contraire, elles donnent une base plus solide, un point d'appui plus stable au travail du comparatiste* » (10).

Et, en effet, le comparatiste, devant rechercher l'aspect des institutions dans chaque système juridique qu'il étudie, doit connaître l'évolution historique de l'institution et les applications pratiques faites par la jurisprudence et la doctrine, ne pouvant se contenter de connaître seulement les dispositions légales existantes. Mais l'exploration de l'histoire, de la doctrine et de la jurisprudence présente un chemin long et quelquefois tortueux au comparatiste, tandis que dans les codes on trouve les dispositions légales existantes qui lui servent comme point de départ certain, sur lesquelles il peut s'appuyer, même s'il les trouve critiquables.

2° *Le rapprochement entre les différentes législations est possible.* — On a soutenu de même que la comparaison entre les différentes législations est très difficile à faire, parce qu'il n'y a pas de rapprochement suffisant entre elles et qu'ainsi le travail du comparatiste ne peut réaliser le but qu'il se propose.

(8) E. Lambert, *op. cit.*, p. 918.

(9) E. Lambert, *op. cit.*, p. 920.

(10) E. Lambert, *op. cit.*, p. 921.

En effet, M. Lambert préconise l'idée de faire des études comparatives surtout entre les législations latines et allemandes. Mais on objecte qu'entre ces deux groupes de peuples, il y a des différences si prononcées qu'un rapprochement juridique est impossible à réaliser. M. Lambert écarte cette objection en disant qu'entre les législations latines et allemandes d'aujourd'hui il n'existe pas plus de différences qu'entre les coutumes françaises du XVI^e siècle. Si on a pu faire un rapprochement entre ces coutumes, pourquoi renoncer à écarter *les divergences accidentelles* entre les législations modernes de peuples rapprochés au point de vue de la civilisation et ne pas réaliser le but poursuivi par le Droit comparé dans cette seconde conception ?

« *Les divergences ne sont pas beaucoup plus nombreuses et plus profondes entre les principaux codes latins et germaniques de l'heure présente qu'elles ne l'étaient entre nos coutumes rédigées du XVI^e siècle. Pourquoi renoncerions-nous à continuer sur le nouveau terrain qui s'offre désormais à nous l'œuvre d'effacement progressif des diversités juridiques accidentelles qui, de tous temps, a constitué l'une des plus hautes missions sociales de la doctrine, et à laquelle se sont consacrés, avec une particulière prédilection, tous ceux des jurisconsultes qui ont tracé, dans l'histoire des variations de la vie, leur sillon lumineux* » (11).

IV. *Les rapports que M. Lambert établit entre les deux conceptions.* — D'abord M. Lambert nous dit que le Droit comparé dans la seconde conception formera l'objet de ses propres recherches, le Droit comparé dans la première conception dépassant le but d'établir le fond commun législatif.

Cette fois encore M. Lambert a raison, car ce n'est que la seconde conception qui correspond à ce que nous devons entendre par le Droit comparé, la première étant tout autre chose.

Mais s'il ne s'occupe pas de la première conception, cela ne veut pas dire qu'il n'utilisera pas les conclusions de l'histoire comparative, qui sont très utiles pour le Droit comparé proprement dit. Parlant de l'histoire comparative, M. Lambert nous dit qu'elle formera « *...l'un de nos principaux outils, celui peut-être dont j'escompte le plus le secours* » (12).

Le Droit comparé s'occupe d'établir l'aspect unitaire ou les tendances communes d'une institution, mais pour se rendre compte si l'institution correspond encore au degré de civilisation d'un peuple, il faut connaître les lois de l'évolution des institutions juridiques, qui nous sont données par l'histoire comparative des législations.

En utilisant les conclusions de l'histoire comparative, M. Lambert, avec la prudence qui caractérise le véritable homme de science, attire notre attention sur le fait que les conclusions de l'histoire comparative entrant plutôt dans le domaine de la sociologie, et la sociologie étant une science imprécise, il ne faut pas les accueillir sans les contrôler, pour ne pas fonder une construction juridique sur des données qui peuvent être fausses. Et il pousse la prudence tellement loin, qu'il ajoute qu'il est préférable d'en rester aux vieilles données de la science du droit plutôt que d'accepter en

(11) E. Lambert, *op. cit.*, p. 921-922.

(12) E. Lambert, *op. cit.*, p. 923.

hâte les conclusions incertaines de la sociologie. « *Mieux vaudrait encore rester fidèle aux vieilles idoles, vénérées par l'interprète du Code civil ou par les pandectistes, que les renier pour adorer les fétiches, moins vermoulus, mais peut-être plus grossièrement taillés encore, devant lesquels les métaphysiciens de l'économie politique et de la sociologie nous invitent trop souvent à nous prosterner* » (13).

Quoique M. Lambert montre les difficultés d'appliquer les conclusions de l'histoire comparative et quoiqu'il trouve que le travail du comparatiste, dans la seconde conception, est très dur et sans fin, « *car la vérité que nous poursuivons est une vérité mobile et éphémère. A peine l'avons-nous saisie qu'elle se transforme ou s'éclipse, cédant la place à d'autres* » (14), il a une grande confiance dans le Droit comparé, étant convaincu que tous les obstacles seront écartés et que le Droit commun législatif, qu'il rêve, sera réalisé, parce que la science du Droit comparé se fonde sur la réalité des choses. « *Et pourtant, pourquoi hésiter entre elle et ses rivales, car elle possède une qualité première, que n'ont pas les autres : la réalité* » (15).

V. — *Observations critiques sur les conceptions de M. Lambert.* — Nous ne croyons pas que le Droit comparé puisse avoir deux domaines séparés : l'histoire comparative et la législation comparée. L'histoire comparative est une discipline tout à fait différente du Droit comparé. Nous avons montré plus longuement, dans une autre partie de cet ouvrage, qu'on ne doit pas confondre le Droit comparé avec l'histoire comparative qui se rapproche plutôt de la sociologie que du Droit comparé. D'ailleurs, M. Lambert lui-même, lorsqu'il parle du rapport entre les deux disciplines qu'il considère comme étant les deux faces du Droit comparé, nous conseille de ne pas trop nous fier aux conclusions de l'histoire comparative qui tombent plutôt dans le domaine de la sociologie, puisqu'elles peuvent être encore incertaines. Donc, quoique M. Lambert nous présente le Droit comparé sous deux faces, il arrive tout de même à la conviction que l'histoire comparative doit être considérée comme une science sociologique. Nous avons voulu expliquer ce rapprochement entre l'histoire comparative et le Droit comparé, et nous n'avons trouvé qu'une seule explication : c'est que toutes deux emploient comme méthode d'investigation aussi la méthode comparative. Mais si deux ou plusieurs sciences emploient entre autres une méthode commune, nous ne pouvons pas en tirer la conclusion que ces sciences se confondent. Les méthodes peuvent avoir et ont d'habitude une portée plus générale, s'adaptant à plusieurs sciences, même à toutes, mais le domaine des sciences se différencie, non pas d'après les méthodes employées, mais d'après les objets formant le caractère propre de chaque science.

Nous ne croyons donc pas que l'histoire comparative doive être considérée comme un premier aspect de la science du Droit comparé. De même, nous ne croyons pas que le Droit comparé, dans la seconde conception, soit non pas une science, mais un art. Nous avons montré pourquoi le

(13) E. Lambert, *op. cit.*, p. 924.

(14) E. Lambert, *op. cit.*, p. 926.

(15) E. Lambert, *op. cit.*, p. 927.

Droit comparé ne peut être un art que si on le confond avec la politique juridique qui, en effet, est une technique ou un art. Dans la seconde partie de cette étude on va voir pourquoi le Droit comparé ne peut être considéré que comme une science. Pour ne pas nous répéter, nous nous bornerons maintenant à affirmer que le Droit comparé est une science et même une science indépendante.

Quant à ce que M. Lambert aime nommer « *Droit commun législatif* », nous devons ajouter que cette expression devrait être davantage précisée. Si par « *Droit commun législatif* » on entend l'aspect commun ou les tendances communes des institutions juridiques étudiées chez différents peuples ayant une civilisation identique ou similaire, nous l'admettons, car c'est dans ce sens que nous allons préciser l'objet et le but de la science du Droit comparé. Mais si par « *Droit commun législatif* » on comprend seulement un dépôt de maximes communes, nous estimons que le sens est trop modeste, car d'après nous le Droit comparé est une science ayant un objet bien défini et un but très complexe, qui joue un rôle capital dans la science du Droit en général.

*
**

En résumé donc, nous devons reconnaître que M. Lambert, qui a une vue claire sur l'importance de notre science, a fixé les principes de base qui resteront toujours debout, a écarté les objections que l'on faisait au Droit comparé et a montré le côté faible de la conception de R. Saleilles.

Les comparatistes doivent être reconnaissants à M. Lambert pour tout ce qu'il a fait pour le Droit comparé.

Dans cette étude nous nous sommes référé et nous nous référerons encore souvent aux idées de M. Lambert, pour trouver en elles l'appui plein d'autorité dont nous avons besoin pour soutenir notre thèse, car tout point de départ dans notre science doit être trouvé dans les opinions de ce grand et illustre comparatiste, qui a tracé les principes fondamentaux de cette science.

PREMIÈRE PARTIE

LES ASPECTS, LES FONCTIONS
ET LES SOURCES DU DROIT COMPARÉ

TITRE I

LES DIVERSES CONCEPTIONS DU DROIT COMPARÉ

SUGIYAMA, *Essai d'une conception synthétique du Droit Comparé.*

SARFATTI, *Le Droit Comparé dans son essence et dans son application.*

CORNIL, *La complexité des sources du Droit Comparé.*

(Cette contribution publiée ci-dessous, Titre IV, Chapitre I^{er}, § 31).

GUTTERIDGE, *La valeur du Droit Comparé.*

(Cette contribution publiée ci-dessous, Titre III, Chapitre I^{er}, § 24).

KOSCHAKER, *L'histoire du Droit et le Droit Comparé, surtout en Allemagne.*

(Cette contribution publiée ci-dessous, Titre II, Chapitre V, § 22).

MAZARELLA, *Les recherches ethnologiques sur l'ancien Droit indien.*

(Cette contribution publiée ci-dessous, Titre II, Chapitre V, § 21).

WEYR, *Remarques générales sur la nature juridique de la Méthode Comparative.*

(Cette contribution publiée ci-dessous, Titre III, Chapitre II, § 26).

Nous rappelons que le PROBLÈME DE LA DÉFINITION DU DROIT COMPARÉ est également traité dans les articles de MM. OTETELISANO, LES CONCEPTIONS DE M. E. LAMBERT SUR LE DROIT COMPARÉ et TABBAH, ENTRE LES DEUX PÔLES — HISTORIQUE ET SOCIOLOGIQUE — DE LA PHILOSOPHIE CONTEMPORAINE DU DROIT, publiés ci-dessus dans l'Introduction, Titre II, §§ 2 et 3.

ESSAI D'UNE CONCEPTION SYNTHETIQUE DU DROIT COMPARÉ

Par Naojiro SUGIYAMA

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Impériale de Tokio
Docteur honoris causa de l'Université de Lyon

- I. — APERÇU HISTORIQUE. — II. CONCEPTION COMMUNE A TOUTES LES ÉCOLES OU POINT DE DÉPART DU DROIT COMPARÉ. — III. BUT DU DROIT COMPARÉ : (I) *Ecoles qui ont pour but de déterminer l'essence fondamentale du droit.* (II) *Ecoles ayant pour but de rechercher le droit positif lui-même.* (III) *Ecoles ayant pour but de réaliser les progrès du droit positif.* (1) *Ecole de la science nationale du droit comparé.* (2) *Ecole de la science universelle du droit comparé.* — IV. OBJET DU DROIT COMPARÉ : (I) *Au point de vue des branches du droit.* (II) *Principe limitant l'étendue du droit comparé à un groupe de législations de tendances similaires et principe l'étendant aux législations de tendances différentes.* (III) *Ecole visant la comparaison des législations dans leur ensemble et Ecoles visant la comparaison de matières déterminées.* (IV) *Ecole visant les rapports juridiques internes et externes.* — V. MÉTHODE DU DROIT COMPARÉ : (I) *Tendance théorique et tendance pratique.* (II) *Ecole positive pure et Ecole positive du libre arbitre.* (III) *Ecole législative et Ecole interprétative.* (1) *Méthode de législation comparative.* (A) *Législation comparative des droits nationaux,* (B) *Législation comparée pour la formation du droit mondial.* (2) *Méthode d'interprétation comparative.* (A) *Ecole de l'interprétation évolutive comparée,* (B) *Ecole de la libre recherche scientifique comparée.* (IV) *Recherche individuelle isolée et Recherche collective organisée.* — VI. FONDEMENT DU DROIT COMPARÉ : (I) *Particularisme national et Universalisme juridique.* (II) *Positivisme et idéalisme.* — VII. FONCTION DU DROIT COMPARÉ. — VIII. NATURE DU DROIT COMPARÉ. — IX. CONCLUSION.

I

APERÇU HISTORIQUE

Si on envisage le droit comparé en tant que système juridique scientifique, on peut dire que c'est seulement au cours du XIX^e siècle qu'on a vu

s'en développer les premiers germes. Pour qu'ils puissent se dégager, il a fallu que la domination de l'école de l'exégèse fût déjà fortement ébranlée.

Le droit moderne s'est transformé dans les premières années du xx^e siècle et surtout depuis la grande guerre, par la rencontre de deux courants d'idées, auxquels le progrès du droit comparé est indissolublement lié.

Ces deux courants d'idées sont la sociologie juridique et surtout la science du droit externe ou supranational d'après moi, en d'autres termes le « droit comme science sociale » et le « droit comme science internationale », selon la formule du professeur Lambert.

La naissance effective du droit comparé date d'un congrès international de droit comparé qui s'est tenu à Paris en 1900. Cette discipline du droit comparé, quoiqu'elle ait connu quelques oscillations intermittentes, n'a pas cessé, depuis ce temps, de progresser et de se diffuser d'une façon continue.

Mais d'un autre côté, comme contrepoids de ce prodigieux développement, elle a dû connaître une extrême diversité d'écoles, au moins de tendances ou de thèses, qu'on pourrait appeler presque chaotique.

Il est temps aujourd'hui de confronter ces divergences et d'examiner s'il n'est pas possible de les synthétiser et de les ramener à une conception harmonieuse, afin de permettre une plus large coopération des comparatistes dans le monde.

II

CONCEPTION COMMUNE A TOUTES LES ECOLES OU POINT DE DEPART DU DROIT COMPARE

La conception caractéristique du droit comparé, qui sera acceptée communément par toutes les tendances différentes de cette discipline, ne peut donc être définie que comme il suit. *Le droit comparé consiste à constater positivement, par des moyens déterminés et dans un but fixe, ce qu'il y a de particulier et ce qu'il y a de commun à deux ou plusieurs droits nationaux ou supranationaux pris dans le sens le plus large du mot.*

Voilà le point de départ du droit comparé. Mais cette méthode empirique et inductive forme-t-elle, dans sa signification positive et comparative, l'unique élément du droit comparé ? Ou bien, constitue-t-elle seulement un des éléments essentiels de cette science ? La question de savoir si cette méthode constitue l'élément unique du droit comparé ou bien s'il faut reconnaître d'autres éléments que celle-ci, et en quoi, dans le second cas, ils consistent, est résolue différemment, suivant qu'on se rallie à une école ou à une autre parmi les différentes tendances. Nous allons donc examiner successivement la thèse des diverses écoles ou tendances.

III

BUT DU DROIT COMPARE

Cette diversité de tendances ou d'écoles se manifeste tout d'abord quant à la détermination du but à assigner au droit comparé.

Les écoles ou tendances peuvent, à ce premier point de vue, être réparties de la façon suivante :

I. Celles qui visent à établir l'essence fondamentale du droit ou bien les lois ou rythmes de son évolution.

On peut ranger dans cette première catégorie :

1. Ecole de la jurisprudence ethnologique représentée principalement par Post, Kohler, etc.

2. Ecole de la jurisprudence comparative des divers groupes de droits, c'est-à-dire de la méthode comparative prenant pour unité de comparaison chaque famille d'un même type de législations nationales : tendance représentée sous des formes diverses par Nobushige Hozumi, Tarde, Esmein, Lévy-Ullmann et Wigmore.

3. Ecole de la philosophie comparative du droit, représentée par Le Fur et Del Vecchio.

4. Ecole tendant à établir les principes généraux du droit communs aux nations civilisées, invoqués dans l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, l'article 28 de l'Acte général pour le règlement pacifique des conflits internationaux de 1928, l'article 11 du Projet de vente internationale, élaboré par l'Institut international pour l'unification du droit privé de Rome.

II. — Ecoles ayant pour but de rechercher le droit positif lui-même, qui se subdivisent de la façon suivante :

1. Ecole du droit étranger. Cette école confond le droit comparé avec le droit étranger qui n'est, au fond, qu'une discipline préparatoire au premier.

2. Ecole d'histoire comparative du droit. Notons qu'il ne faut pas confondre celle-ci avec l'école d'histoire du droit étranger qui se classe dans la science du droit étranger.

3. Ecole consistant à faire la comparaison des droits nationaux classés par Etats. Toutefois, comme l'ont dit Saleilles et d'autres auteurs, cette sorte d'étude n'est qu'un des procédés préparatoires du droit comparé.

4. Ecole visant la comparaison des concepts juridiques classés par catégories, préconisée, par exemple, par Roguin. Mais avec la plus grande partie des comparatistes, je ne peux considérer comme le but du droit comparé la classification des concepts juridiques en catégories; ce n'est qu'un des processus de la méthode comparative.

5. Ecole de la jurisprudence comparative des divers groupes de droits.

6. Ecole visant la recherche comparative des principes généraux du droit commun aux nations civilisées.

III. Ecoles ayant pour but de réaliser les progrès du droit positif.

Cette troisième catégorie se subdivise ainsi :

1. Ecoles de la science nationale du droit comparé, qui se subdivisent en deux branches :

a) Ecole de la science nationale absolue du droit comparé, représentée jadis par Montesquieu et, de nos jours, par Meili, Nussbaum et Niboyet.

b) Ecole de la science nationale relative du droit comparé, représentée par Saleilles.

2. Ecoles de la science universelle du droit comparé (ou science supranationale du droit comparé), se subdivisant également en deux tendances :

a) Ecole de la science universelle absolue du droit comparé. Il n'y

a que peu d'auteurs qui soutiennent cette tendance. De La Grasserie, au temps passé, et Consentini, à l'heure actuelle, inclinent à admettre cette tendance.

b) Ecole de la science universelle relative du droit comparé. Cette école représente, à l'heure actuelle, la tendance prédominante dans le droit comparé. Nous pouvons citer, comme représentants de cette école, d'abord Lambert, puis Capitant, Le Fur, Demogue, Lévy-Ulmann, Maury, Guttridge, Pound, Rabel, Balogh, Rotondi, Pèna. A certains points de vue, Saleilles peut être rangé parmi eux. Tanaka et moi soutenons également cette tendance. Il faut noter toutefois qu'il existe, dans les doctrines de ces auteurs, de nombreuses nuances assez marquées qui les distinguent nettement les uns des autres. En même temps il n'existe pas, à vrai dire, de démarcation stricte entre la science nationale relative du droit comparé et la science universelle relative du droit comparé. Il n'y a que des différences de degré qui distinguent ces deux écoles.

En face de ces différentes écoles concernant le but du droit comparé que je viens de passer en revue, ma tendance personnelle est de chercher à les harmoniser. Mais je me bornerai ici à dire quelques mots sur la science universelle du droit comparé.

A ce propos je me permettrai de faire allusion à ce que j'ai exposé il y a trois ans dans une communication que l'Office de législation étrangère et de droit international du Ministère de la Justice et la Société de législation comparée avaient bien voulu me faire l'honneur d'organiser au ministère de la Justice à Paris : « Si nous admettions la vérité absolue de la thèse du particularisme national et de son corollaire le droit comparé particulariste, la comparaison entre un droit national et les autres droits nationaux serait, je crois, à peu près une sorte de non-sens. C'est pour cela que l'Ecole historique en vient à nier la raison d'être du droit comparé. Si nous admettons au contraire la thèse du droit universel et celle du droit comparé universel, son corollaire, il devient naturel et logique de chercher, par la même comparaison des droits nationaux, un système juridique universel. Le droit comparé est donc logiquement incompatible avec le particularisme national au même titre qu'il l'est avec le système de l'Ecole historique. On doit conclure par suite que la science nationaliste du droit comparé dans son sens rigoureux ne peut théoriquement exister. »

Pour pouvoir concevoir la raison d'être du droit comparé, il faut admettre que le « rapprochement systématique des droits » au moyen du droit comparé constitue au moins un des buts et un des éléments essentiels du droit comparé.

Mais le droit national et le droit mondial ont chacun leur domaine propre, qui convient à leur nature essentielle, et en même temps, ces deux droits se trouvent harmonisés l'un avec l'autre, en se pénétrant réciproquement. Ils sont dans un rapport d'interdépendance. Par conséquent, l'appellation de science nationale du droit comparé et celle de science universelle du droit comparé ne parviennent pas plus l'une que l'autre à exprimer la qualité essentielle du droit comparé. Ces deux appellations, en effet, ne désignent au fond que les deux faces de la science du droit comparé.

IV

OBJET DU DROIT COMPARE

La diversité ou la multiplicité des tendances ou des écoles reparait encore en ce qui concerne l'objet du droit comparé.

A ce point de vue, on peut faire les classifications suivantes :

Première classification : existe au point de vue des branches du droit qui s'ouvrent au droit comparé. Une première tendance admet que toutes les branches du droit peuvent former à peu près indistinctement l'objet du droit comparé. Une seconde tendance, aujourd'hui générale, si elle ne limite pas l'objet du droit comparé à certains domaines, du moins préconise la nécessité d'études distinctes pour chaque branche du droit.

Deuxième classification : se forme suivant qu'on limite la comparaison à des législations de systèmes ou de tendances similaires ou qu'on étend, au contraire, cette comparaison à des législations de types différents.

Il est évident que la question de savoir laquelle de ces deux méthodes est préférable dépendra du but que poursuit le droit comparé. Mais, d'un autre côté, on a exagéré l'importance de la distinction de ces deux tendances en s'attachant trop à l'aspect extérieur de la technique et de la forme des droits des différents pays. La comparaison des droits de natures différentes est, à notre avis, le corollaire nécessaire de la reconnaissance de l'existence d'un droit mondial. Dans tous les domaines où l'unification du droit par la méthode comparative est possible, elle déploie une efficacité très supérieure à la comparaison des droits de natures similaires. C'est en recourant à cette conception que la science juridique occidentale se réveille pour comprendre l'importance des droits orientaux. Le rapprochement des deux systèmes juridiques, occidental et oriental, n'est réalisable qu'en se basant sur cette idée, qui forme ainsi le courant principal dans la détermination des objets du droit comparé.

Troisième classification : consiste en Ecoles visant la comparaison des législations dans leur ensemble et Ecoles visant seulement la comparaison de matières déterminées.

C'est la seconde école qui représente la tendance générale et préférable.

Quatrième classification : concerne l'Ecole visant uniquement les rapports juridiques internes et l'Ecole visant à la fois les rapports juridiques internes et externes :

1. Ecole visant uniquement les rapports juridiques internes. On avait jadis, dans la science juridique, l'idée que le commerce juridique interne et les rapports juridiques qui en naissent sont tout dans le rapport de droit. On en faisait l'objet unique de l'étude législative et interprétative du droit. Le droit comparé n'était considéré que comme une discipline comparative des moyens de solution dans chaque législation pour la réglementation des rapports internes et, en conséquence, comme un moyen complémentaire de la science juridique interne ou nationale.

2. Ecole visant à la fois les rapports juridiques internes ou nationaux et externes ou internationaux. Dans la vie actuelle, il existe, à côté des rapports juridiques internes, des rapports juridiques externes ou supranationaux, venant du commerce juridique international, dont le champ s'élargit d'un jour à l'autre. Il arrive donc que, pour régler les rapports

externes ou supranationaux. on ne doit pas s'attacher trop aux méthodes qui sont destinées uniquement à la réglementation des rapports juridiques internes ou nationaux. Nous sentons que l'aube approche où les rapports juridiques internes ou le droit national et les rapports juridiques externes ou supranationaux ou le droit externe ou supranational retrouveront leurs places appropriées dans la science du droit.

V

METHODE DU DROIT COMPARE

La divergence des tendances se manifeste encore au sujet de la méthode du droit comparé.

I. Tendance théorique et tendance pratique : la première tend essentiellement à regarder l'avenir lointain et à rechercher le fondement théorique du droit, tandis que la deuxième suit la réalité présente et se préoccupe avant tout des méthodes pratiques de réalisation. C'est la seconde méthode qui est pratiquée par la grande majorité des comparatistes. La méthode pratique doit être basée sur un fond théorique solide; mais la théorie finirait par dégénérer en une discussion vide, si elle n'était pas accompagnée de préoccupations pratiques.

II. Ecole positive pure et Ecole positive du libre arbitre. Il n'y a aucun droit comparé qui n'exige une constatation positive comparative et systématique, laquelle consiste, en somme, à rechercher la substance du droit vivant, à observer les effets qui en résultent et les circonstances sociales qui se trouvent derrière le droit vivant. Il existe pourtant deux branches du droit comparé en ce qui concerne les méthodes :

1. Ecole du positivisme pur. On peut y ranger diverses écoles visant à établir l'essence du droit (sauf l'école de la philosophie comparative du droit) aussi bien que diverses écoles ayant pour but de rechercher le droit positif.

2. Ecole positive du libre arbitre. Les diverses écoles tendant à réaliser les progrès du droit positif appliquent une méthode qui, en partant de cette même constatation matérielle, aboutit au libre arbitre juridique, c'est-à-dire à une méthode qui consiste à émettre un jugement sur la valeur du droit en vigueur et à établir un idéal destiné à former une politique juridique.

Selon moi, chacune des deux écoles a son rôle. Lorsqu'il s'agit, par exemple, de droit comparé ayant pour but de réaliser les progrès du droit positif, il n'y a aucune raison de se cantonner dans la méthode de la première école.

III. Ecole législative et Ecole interprétative. Quant aux moyens de réalisation comparative du libre arbitre, il n'existait, à l'époque de l'école de l'exégèse, que l'école de législation comparée simple. Mais ils sont rares aujourd'hui les comparatistes qui négligent les méthodes interprétatives comparées, qui existent parallèlement avec les méthodes législatives comparées. Pour préciser le sens des mots, je me bornerai à une classification des méthodes :

1) Méthode de législation comparative.

A) Législation comparative du droit national.

B) Législation comparative pour la formation du droit mondial.

a) Législation uniforme et obligatoire pour chaque pays par conclusion d'un traité : traités régissant à la fois les rapports juridiques internes et externes; traités envisageant uniquement la réglementation des rapports juridiques externes.

b) Législation uniforme facultative.

c) Législation quasi autonome au moyen du contrat-type, des accords corporatifs internationaux.

2) Méthode d'interprétation comparative.

Ici je dois rappeler que l'école de l'exégèse ou conceptuelle formait obstacle au développement du droit comparé. C'est l'interprétation souple du droit qui constitue une des conditions requises de cette discipline. Mais il existe deux grandes écoles à ce sujet :

A) Ecole de l'interprétation évolutive de la science nationale du droit comparé, fondée par Raymond Saleilles.

B) Ecole de la libre recherche scientifique comparée. On sait que l'Ecole de la libre recherche scientifique a pour fondateur François Gény. Je me rallie à elle; mais j'ai voulu compléter cette méthode et combiner avec celle-ci la méthode du droit comparé. Je n'ai qu'à renvoyer, pour le développement de ma thèse, à ma conférence au Ministère de la Justice à Paris.

Notons toutefois qu'au point de vue des progrès du droit mondial, la recherche des sources du droit présente une importance particulière comme méthode interprétative comparée. C'est Lambert qui, en partant de ce point de vue, s'attache à la méthode de constatation positive du droit mondial caché. Après avoir réformé, après la guerre, sa doctrine du droit commun législatif, il invoque les quatre modalités d'expérimentation des sources du droit en dehors de la législation uniforme : ce sont la doctrine comparée, la jurisprudence comparative, le droit corporatif (usages internationaux sous forme de contrat-type) et l'application administrative du droit. La méthode préconisée par Lambert consiste à concentrer les efforts sur la comparaison des doctrines, des pratiques judiciaires et extrajudiciaires, en un mot sur la comparaison des droits supranationaux vivants. Sa théorie a donc un caractère spécial formant une école indépendante qu'on pourrait appeler « Ecole de la science du droit positif comparé universel ».

Cette méthode constitue une des contributions importantes que ce grand comparatiste a apportées au progrès moderne du droit comparé.

IV. Recherche individuelle isolée et Recherche collective organisée.

On peut dire, pour à peu près toutes sortes de travaux modernes, que la recherche individuelle isolée va devenir anachronique et être remplacée par la recherche collective organisée. Celle-ci est tellement indispensable pour mener à bien le droit comparé qu'on peut dire sans exagération qu'elle constitue une des bases requises de sa méthode et, par suite, un des éléments de sa conception. La raison d'être de l'organe de droit comparé est là ! La nécessité de création d'une Faculté internationale de droit comparé peut se concevoir également de ce point de vue. C'est le motif essentiel de la création récente d'une Association japonaise des juristes de langue française, qui pourra être au Japon la première base pour la formation d'un organe de droit comparé plus complet.

IV

FONDEMENT DU DROIT COMPARE

L'opposition entre les diverses tendances s'affirme de nouveau quant au fondement du droit comparé.

I. PRINCIPE DU PARTICULARISME JURIDIQUE NATIONAL ET L'IDÉE DE L'UNIVERSALISME JURIDIQUE.

Le particularisme national absolu et l'universalisme juridique absolu ne peuvent, ni l'un ni l'autre, servir de base au droit comparé. La comparaison ne serait faite qu'imparfaitement si elle se basait exclusivement sur l'un de ces deux principes. Le droit, en effet, ayant son fondement dans la solidarité sociale et la solidarité humaine, a pour mission de servir aussi bien à la nation qu'à l'humanité tout entière. Toute théorie juste des sources du droit doit se fonder sur l'adage : « *Ubi societas, ibi jus* ».

II. POSITIVISME ET IDÉALISME.

A un autre point de vue, il existe, pour le fondement du droit comparé, deux écoles : l'Ecole positiviste pure et l'Ecole créatrice autonome positive. La première se préoccupe principalement de l'observation positive, de l'empirisme, du déterminisme et de l'évolutionnisme. La seconde, tout en parlant de l'expérimentation positive, entend se consacrer au libre arbitre, au criticisme, à l'idéalisme, au progressisme et à la construction technique. Ce serait une idée trop étroite de considérer, sans discrimination, le droit comparé comme une simple partie de la science juridique purement expérimentale. Le courant général du droit comparé ne tend ni à l'école du droit naturel ancien, ni à l'école historique. Il existe non moins d'écoles qui peuvent se placer au-dessus des tendances kantiennes ou hégéliennes.

Ihering a déjà dit que la science du droit doit partir, dans son évolution, de la constatation positive pour arriver à la critique, et que la mission de cette science consiste à résister à la tentation logique, contraire aux intérêts de la vérité. Saleilles a déclaré nettement que la réalité sociale est une antinomie mystique de règles qui se contraignent réciproquement. La vie réelle s'exprime, de la façon la plus parfaite, non pas dans la logique, mais dans la contradiction. Il a soutenu que les comparatistes doivent se préoccuper, dans l'élaboration de la formule théorique, non pas d'établir une théorie géométriquement construite, mais de réaliser une harmonie entre les théories contradictoires. Ces mots de Saleilles ont bien défini le fondement du droit comparé. Nous nous rallions aussi à cette idée que la science du droit comparé retrouve son fondement dans la théorie du nouveau droit naturel ainsi exprimé.

VII

FONCTION DU DROIT COMPARE

En tenant compte des éléments constitutifs de cette discipline, nous concevons ses trois fonctions concernant la méthodologie juridique, le droit national et le droit supranational. Mais ici, je ne m'arrêterai que sur sa fonction relative au droit supranational.

Même sur cette fonction, je me limiterai ici à quelques aspects :

I. — FONCTION FAVORISANT LE COMMERCE JURIDIQUE EXTERNE OU INTERNATIONAL

Le particularisme juridique actuellement en vigueur dans tous les pays est encore accentué par l'exclusivisme national, qui élève des murs juridiques entre les différents droits et rend tellement instable le commerce juridique international qu'on peut le comparer à une espèce de féodalité. En face de cet état déplorable, ce sont les méthodes du droit comparé et en particulier la méthode d'interprétation comparative qui jouent le rôle indispensable pour faciliter le commerce juridique externe.

II. — FONCTIONS POUR LA FORMATION DU DROIT UNIVERSEL

Afin que le féodalisme juridique soit banni graduellement dans l'avenir et que la formation du droit mondial soit réalisée dans une juste mesure, les fonctions suivantes du droit comparé prennent une importance :

1. — Stimuler le rapprochement des divers droits nationaux.
2. — Faciliter toute sorte de travail préparatoire pour la coopération juridique internationale.
3. — Découvrir et constater positivement l'existence des sources souvent cachées du droit positif supranational.
4. — Faire disparaître les diversités qui n'existent que par hasard entre les droits nationaux de différents pays.
5. — Etablir les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées.

Cet établissement n'est pas seulement nécessaire au point de vue des sources du droit international public, mais aussi pour la recherche du « droit naturel devenu positif », c'est-à-dire du droit universel à la fois naturel et positif s'étendant aux droits public et privé aussi bien qu'aux droits national et supranational. C'est dans cet esprit que Saleilles a proclamé « le droit commun aux nations civilisées » ou « l'unité des principes universels ». C'est seulement grâce au droit comparé que cet idéal deviendra réalisable.

Le droit comparé peut assurer son fonctionnement par la création d'une Cour internationale de droit privé. Il devient alors une condition nécessaire pour le maintien du droit mondial, même pour la formation légitime de ce droit.

III. — FONCTIONS TENDANT A FACILITER LA COOPÉRATION RÉCIPROQUE DES PEUPLES

Le droit comparé peut favoriser, par l'activité des fonctions ci-dessus mentionnées, les rapprochements réciproques et la compréhension mutuelle entre les différentes nations. C'est cette discipline qui jouera un rôle important dans le domaine du droit pour sauver les différentes nations des luttes lamentables qui seraient assimilables à un suicide commun.

VIII

NATURE DU DROIT COMPARE

Le droit comparé, en tant qu'il a pour facteur essentiel la constatation positive, possède certainement le caractère scientifique. Mais il n'est pas par cela seul identique au droit positif lui-même. Celui-ci est seulement l'objet de la science du droit comparé. Notons toutefois que le droit comparé comporte, comme nous l'avons vu en parlant des méthodes et du fondement de cette science, l'idéal et la technique. Nous pouvons donc dire que le droit comparé est une science en même temps qu'un art.

Le droit comparé constitue une puissante branche subsidiaire de la science du droit national ; mais dans ce que je veux appeler *la science du droit externe ou supranational*, il est le pivot même de la pratique.

A ce propos, je veux signaler spécialement, s'il m'est permis de le dire, l'essor et le développement considérables qu'ont pris le droit externe ou le droit supranational, d'une part, et la « Science du droit supranational », d'autre part. Cette science ira englober, d'après moi, à côté des droits internationaux public et privé déjà existants, le droit étranger, le droit mondial et le droit comparé, et fera doubler l'étendue de la science du droit qu'on concevait jadis. L'étude de ces divers droits, qui ont chacun leur domaine et leur discipline propres, forme ainsi en bloc « une science du droit externe ou supranational », et nécessite une étude synthétique et organique, dont la cheville ouvrière, pour la partie pratique, est la science du droit comparé.

La mise en œuvre de cette science du droit supranational n'est susceptible de se réaliser qu'au moyen du droit comparé. Même le droit international public en aura besoin de plus en plus, puisque le droit comparé est indispensable pour découvrir et reconnaître les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées, troisième source du droit international qui, en complétant les lacunes des deux autres sources, peu fécondes d'ailleurs, traités et coutumes internationaux, servira au criterium du jugement international. A cet effet, la méthode de comparaison entre la jurisprudence nationale du droit privé de chaque pays et la jurisprudence internationale, méthode préconisée par Ripert, prendra de l'importance, si bien que nous verrons le droit privé comparé et le droit international public se rapprocher de plus en plus.

Aussi la science du droit comparé est elle-même une discipline distincte qui traverse tout le domaine du droit national et du droit supranational, aussi bien celui du droit privé que du droit public.

IX

CONCLUSION

Que dois-je conclure de ce qui précède ? La science du droit comparé a connu, en se développant, une extrême diversification en plusieurs écoles ou tendances. Mais depuis ces dernières années, ces différentes tendances me paraissent s'orienter vers une direction commune, en se rapprochant les unes des autres, et même en s'unifiant. Nous nous en aper-

cevons dans les récents ouvrages représentatifs, publiés soit en Europe, soit en Amérique. Les courants d'idées exclusivement nationalistes, qui traversent actuellement la surface de diverses nations, ne sont pas, semble-t-il, suffisamment forts pour l'emporter sur l'idée profonde du droit comparé.

Nous croyons que les diverses tendances ou écoles du droit comparé devront s'établir dans un système unique du droit comparé, auquel elles s'incorporeront, en faisant la comptabilité générale des résultats qu'elles avaient acquis. Nous pouvons même dire que l'heure a déjà sonné de réaliser ce grand plan. Ces écoles, en effet, ne s'opposent pas au fond, en général, les unes aux autres, à l'exception de quelques extrémistes, mais elles ont la possibilité de s'harmoniser ; elles sont dans un rapport d'interdépendance, d'intérêts communs, d'élévation réciproque et de co-pénétration. En d'autres termes, elles sont, en se combinant organiquement, les différents facteurs constitutifs de la science unique du droit comparé. Nos études se dirigent désormais inévitablement vers la synthèse des différentes écoles, en liquidant les divergences de moindre importance et en unissant les éléments similaires prédominants.

Nous pouvons donc conclure et définir la conception du droit comparé, considérée comme formant un système synthétique, de la façon suivante :

La science du droit comparé est une des disciplines de la science du droit supranational, fondée sur le nouveau droit naturel, ayant pour rôle de réaliser la prospérité commune du droit national et du droit mondial, au moyen de la comparaison positive et du rapprochement systématique des droits et, au besoin, par la construction juridique.

C'est cette conception du droit comparé que j'ai voulu proposer dans cette étude.

LE DROIT COMPARÉ DANS SON ESSENCE ET DANS SON APPLICATION

Par MARIO SARFATTI

Professeur à l'Université Royale de Turin

Traduit par Pierre GARRAUD

Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Lyon

Le premier intérêt porté par les peuples aux lois à eux étrangères remonte à l'antiquité, et il n'y a pas lieu de rappeler les nombreuses législations qui, depuis les XII Tables, se sont inspirées de celles qui les ont respectivement précédées, ni les premières collections de matériaux appartenant à diverses unités juridiques, au premier rang desquelles se trouve la *Lex Dei* ou *Collatio legum Romanarum et Mosaicarum*, de l'an 400 après J.-C.

Dans un cas comme dans l'autre, on est conduit à étudier le droit étranger pour une fin essentiellement pratique d'élaboration d'une législation nouvelle ou de connaissance simultanée de législations différentes.

Cette *absorption* ou *comparaison* des lois étrangères n'a rien à faire avec les enquêtes comparatives véritables et proprement dites que les études modernes ont encouragées et placées à la base d'une nouvelle branche du droit. Le fait qu'un petit groupe de savants s'y soit spécialisé n'exclut pas que la généralité des juristes ait recours à la forme première et plus rudimentaire de ces études et ceci explique la double dénomination toujours attribuée aux recherches comparatives, d'*étude scientifique du droit comparé* d'une part, et d'*étude de droit interne par la méthode comparative*, de l'autre. Cette distinction adoptée, il ne devrait y avoir aucun doute sur l'identification de l'une et de l'autre forme. La confusion fut créée par ceux qui voulurent exclure toute pierre d'attente philosophique quelconque de la connaissance théorique impliquée dans les recherches nécessaires touchant à la théorie générale de l'évolution juridique et composant, en même temps que celles de caractère historique, cette science, et qui réduisent ainsi n'importe quelle étude comparative à une simple méthode ; pour être logiques, ils doivent complètement exclure les éléments susdits et, par là, en altérer la nature, pour justifier la limitation par eux fixée au champ d'action du comparatiste. Une semblable limitation est naturelle dans la conception de la comparaison admise par la généralité des juristes non spécialement informés en la matière, et qui font usage de la comparaison comme d'un accessoire de l'étude

d'un droit particulier ; mais ceux qui font du droit comparé l'objet principal de leurs recherches insistent sur l'acquisition de la connaissance historique et théorique des diverses institutions particulières qui font l'objet de leur examen, connaissance inséparable de la connaissance philosophique, pour arriver à cette synthèse que seule une science peut donner.

Il importe de marquer l'essence et l'application de cette connaissance, qui furent élaborées avec perfection par l'œuvre d'Edouard Lambert, adepte illustre, fidèle et passionné du droit comparé, dès les débuts mêmes de son glorieux enseignement, et apôtre toujours fervent de sa diffusion dans le monde. Nous ne craignons pas de nous tromper en suivant la voie tracée par les empreintes ineffaçables du Maître.

Déjà, à la première apparition de ces études, dans la seconde moitié du siècle passé, la recherche comparative présente deux fonctions différentes : une première fonction purement doctrinale, et l'autre ayant encore, en plus, un but pratique important :

a) Par application de la première, le droit comparé se propose de faire connaître au juriste les lois naturelles auxquelles obéissent ces manifestations de la vie sociale dont l'ensemble compose le droit ; de lui faire saisir le fondement des transformations de la vie juridique ; de lui permettre de découvrir quelles sont, pour chaque institution, les formes correspondant aux diverses phases du développement social, aux divers régimes économiques.

Ainsi entendue, cette science du droit comparé ne peut se borner à considérer les seuls systèmes juridiques actuellement en vigueur ; elle doit nécessairement s'étendre aux systèmes qui ont régi les sociétés actuellement disparues, ne pouvant séparer la comparaison des diverses législations de celle de l'histoire juridique des différents peuples.

Cette conception du droit comparé a donné et compte encore donner des preuves de vitalité sous le nom d'Ethnologie juridique ou de Jurisprudence ethnologique, en faisant se dissiper beaucoup d'obscurités quant aux périodes primitives des divers droits ; de plus, elle fut considérée par le plus grand nombre comme une préhistoire, encore appelée Archéologie Juridique, placée en tête des études comparatives, nonobstant les vives oppositions de ceux qui proclamaient que ces études, envisagées du point de vue des sociétés modernes, présentaient une plus grande utilité. Sans pourtant exclure l'utilité de cette conception, les chefs d'école de l'ethnologie du droit restent attachés fermement au concept de l'enchaînement uniforme, dans ses grandes lignes, de l'évolution du droit, enchaînement par lequel des peuples, qui n'ont jamais eu de rapports réciproques et dont l'évolution fut autonome, sont arrivés, aux diverses phases de leur développement, à des résultats identiques.

b) Comme droit comparé proprement dit, nous considérons celui de la seconde espèce, qui n'est pas simplement une branche des sciences sociales, mais tout à fait une des sciences juridiques, et qui vise un but non seulement d'observation et de découverte, mais encore d'action.

Nous négligeons l'aide que le législateur peut, dans chaque pays, trouver dans la comparaison des lois étrangères pour en tirer la voie à suivre et conformer à ces lois étrangères ses propres réformes. Cette comparaison de son droit national avec diverses législations étrangères sera certainement partout d'une grande utilité pour l'évolution du droit interne, non

seulement dans la partie substantielle, mais dans la partie formelle des lois, avec, pour conséquence, un progrès dans la technique législative ; mais elle ne constitue pas, en elle-même, le droit comparé, quand bien même elle en sera l'une des manifestations. A ce premier avantage de la méthode comparative, on peut ajouter l'influence notable, non seulement pour la formation des lois, mais pour leur interprétation, de la doctrine et de la jurisprudence, mais ni l'une ni l'autre de ces fins ne donnent dans l'ensemble l'essence du droit comparé comme discipline autonome ; comme telle, on doit considérer une science qui provoque un continuel rapprochement entre les diverses législations sujettes à comparaison et qui tire de l'apparente diversité le fonds commun d'institutions et de concepts qui s'y trouve latent, réunissant ainsi un ensemble de principes communs et abandonnant comme un lointain mirage celui d'une unification qui en serait la conséquence.

On veut d'abord, au moyen du droit comparé, effacer progressivement les diversités accidentelles entre les législations qui régissent des peuples d'égale civilisation, et s'appliquent à des milieux économiques entre eux analogues, raréfier le nombre des divergences législatives qui n'ont pas leur intime raison d'être dans la constitution politique, morale ou sociale des divers peuples, pour parvenir ultérieurement à l'unification mentionnée, regardée comme un droit commun législatif ou droit commun de l'humanité. Il ne manque pas, dans le passé, dans un domaine purement national, d'exemples de mesures de ce genre ; qu'il suffise de songer à la fonction qu'a eue la formation du droit commun coutumier français et germanique dans la constitution de ces deux législations, de même qu'il en est advenu, par la suite, en un plus large champ d'application, pour la législation suisse. Tout fait supposer qu'une manière de procéder analogue, pratiquée relativement aux divers droits nationaux peut, avec le temps, produire, dans les limites d'une analogie de milieu, un droit commun supranational ; c'est ce qu'est déjà en train d'accomplir l'autorité du législateur, ainsi qu'il est arrivé entre la France et l'Italie, dans le domaine des obligations, ainsi qu'il arrive actuellement, d'une manière plus complexe, entre les Etats du groupe slave, dont chacun, composé de diverses nationalités, est en train d'élaborer ses propres codes, pour en arriver à une fusion entre les législations du groupe auquel ces Etats appartiennent ; et l'on rencontre le même procédé dans l'union scandinave.

Mais ce que la science du droit comparé se propose, c'est de tirer de l'ensemble des systèmes juridiques fondamentaux, une veine d'idées communes qui soient éventuellement valables pour la future formation de critères juridiques universels.

Dans la période actuelle de constitution organique des études comparatives de droit, il faut espérer que chacune des écoles mentionnées continuera à être cultivée, pour qu'elle puisse donner les fruits qu'elle est capable de fournir ; les diverses conceptions examinées ont en effet d'importants mérites ; car, de même qu'il est utile de connaître les conséquences d'un autre degré de civilisation, au moyen de l'étude historique ethnologique, il est également attrayant pour le juriste comparatiste d'étudier les institutions juridiques variées dans diverses législations particulières, soit pour obtenir le progrès du droit national au moyen de la divulgation de notions qui, élaborées et adaptées, servent à l'œuvre du juge ou du législa-

teur, soit pour atteindre un but plus complexe consistant à créer directement ou indirectement un droit commun à toutes les nations civilisées. En suivant ces enseignements, le juge, même en matière de droit interne, trouvera des matériaux précieux dans la jurisprudence étrangère; le législateur rencontrera, déjà mis à l'épreuve, le texte de loi par lui projeté, qu'il pourra ainsi présenter comme ayant été essayé au creuset de la vie pratique. Mais le succès d'une comparaison complète et systématique, aux fins ultérieures de l'unification internationale, sera de beaucoup supérieur.

Tandis que la science ethnologique comparative prendra pour objet d'étude toutes les législations mortes et vivantes, qu'elles se relient soit aux types inférieurs de civilisation, soit aux types supérieurs, la science juridique comparative s'attachera aux législations actuellement en vigueur dans des ensembles de civilisation et de développement semblables et constituant des systèmes juridiques originaux.

En face du droit commun européen continental, un droit autonome s'était maintenu dans le monde britannique, et tandis que les codifications du type latin se divisaient en deux courants, l'un véritablement latin, et l'autre germanique, chacun d'eux conservant ses caractères propres, le droit de l'Angleterre et par suite celui de ses Dominions et de ses colonies, comme celui des Etats-Unis Nord-américains, conservait son unité propre, encore qu'ici et là ce droit anglo-américain s'exprimât dans des normes différentes.

La science du droit comparé s'est adaptée, en ce qui concerne les différents Etats, à l'actuelle orientation naturelle du droit privé chez les peuples de vieille civilisation, en distinguant le droit de système romain d'un côté, par opposition au droit de système anglais de l'autre, dans l'attente qu'un développement ultérieur des autres systèmes juridiques, parmi lesquels se présente aujourd'hui puissamment le droit musulman, lui fournisse graduellement un objet d'étude plus vaste encore.

L'analogie existant entre tous les Codes européens continentaux, et ceux qui sont en train de s'élaborer, ou qui existent déjà dans des terres plus lointaines, à cause de leur commune origine « romaniste », permettra, en beaucoup de cas, de tenir compte dans l'examen d'ensemble des droits du système romain, même s'ils n'appartiennent pas au groupe purement latin ou au groupe germanique, comme s'ils constituaient encore l'ancien droit commun romain, et de comparer ce droit commun romain au droit du système anglais.

Pour le surplus, on prendra cependant en considération que le droit originellement commun à plusieurs peuples sur un point donné, s'est décomposé dans des ensembles de normes différentes; on étudiera alors le précepte législatif sous les diversités qui distinguent, sur ce sujet précis, ces normes l'une par rapport à l'autre, avant de passer au système opposé à celui dont elles sont toutes dérivées. Dans le système anglais le phénomène se manifeste de manière limitée et le cas de l'unité l'emporte sur celui de la scission.

C'est pourquoi, en règle générale, on tiendra la *Common law* pour le droit commun des peuples de langue anglaise, sauf s'il existe des différences essentielles entre les divers droits nationaux. Compte tenu de cette différence dans la manière de poser la question en vue de l'étude des deux systèmes différents, il est clair que l'on peut procéder à leur comparaison, qui forme actuellement le véritable substratum de l'étude scientifique du droit comparé.

On doit par conséquent considérer comme de bon augure l'intérêt qui s'est accentué en Angleterre et en Amérique pour les législations latines et germaniques, et dans l'Europe continentale pour les manifestations variées de la *Common law*. La connaissance réciproque des deux ensembles différents, connaissance à laquelle doit tendre l'esprit investigateur des juristes de ce siècle, constitue l'élément nécessaire et suffisant pour former la mentalité des comparatistes modernes qui, instruits dans les deux systèmes de droit, peuvent ainsi maintenir bien vivant le flambeau transmis par leurs aînés.

The first of these is the fact that the United States is a young nation. It is only about 150 years old, and its history is therefore a history of rapid growth and development. The second fact is that the United States is a large nation. It covers a vast area of land, and its population is one of the largest in the world. The third fact is that the United States is a diverse nation. It is made up of many different peoples, races, and religions, and this diversity has been one of its strengths.

TITRE II

HISTOIRE COMPARATIVE DU DROIT ET ETHNOLOGIE JURIDIQUE

CHAPITRE PREMIER

LES BASES DU DROIT ET DE SON EVOLUTION

KOCOUREK, *Le développement du Droit est-il gouverné par des Lois ?*

On trouvera d'autres éléments sur la question dans les contributions de MM. BALOGH, *L'INFLUENCE DE L'ÉCONOMIE SOCIALE SUR L'ÉVOLUTION DU DROIT DANS L'HISTOIRE COMPARATIVE DU DROIT ET DANS L'ETHNOLOGIE JURIDIQUE*, publiée, ci-dessous, Chapitre III, Section II, § 16, DUSQUENE, *SUR L'ESPRIT DU PEUPLE ALLEMAND COMME SOURCE D'ORIGINE DU DROIT ALLEMAND*, publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre III, § 150, KOSCHAKER, *L'HISTOIRE DU DROIT ET LE DROIT COMPARÉ, SURTOUT EN ALLEMAGNE*, publiée ci-dessous, Chapitre V, § 22, MAZARELLA, *LES RECHERCHES ETHNOLOGIQUES SUR L'ANCIEN DROIT INDIEN*, publiée ci-dessous, Chapitre V, § 21, RADBRUCH, *ANSELM FEUERBACH, PRÉCURSEUR DU DROIT COMPARÉ*, publiée ci-dessous, Chapitre V, § 23, SIOTTO-PINTOR, *RÉFLEXIONS AU SUJET DE LA COUTUME EN DROIT ANCIEN*, publiée ci-dessous, Titre V, Chapitre II, § 32, et DEL VECCHIO, *LA COMMUNICABILITÉ DU DROIT ET LES DOCTRINES DE G.-B. VICO*, publiée dans le Tome II, Quatrième Partie, Titre I^{er}, Chapitre I^{er}, § 111.

LE DEVELOPPEMENT DU DROIT EST-IL GOUVERNE PAR DES LOIS ?

Par ALBERT KOCOUREK

Professeur de droit à la Northwestern University de Chicago

Traduit par André PERREAU,

Licencié en Droit

Les théories scientifiques sur le développement du droit, qu'il faut distinguer d'avec l'histoire du droit, marchent rapidement dans les pas de la philologie comparée, créée par les recherches de Sir William Jones, Franz Bopp (considéré comme le fondateur), Jakob Grimm, François-Auguste Pott, Auguste Schleicher, et de nombreux disciples, spécialement dans le siècle présent.

Les toutes premières études abstraites sur le droit, telles que, surtout, celles de Sir Henry Maine, J.-J. Bachofen, Adolphe Pictet, Fustel de Coulanges, W.-E. Hearn et B.-W. Leist, à l'imitation de ce qui se produisait alors pour la philologie comparée, étaient limitées, pour les premiers stages, aux sources indo-européennes.

Les deux sciences dans leurs débuts furent basées sur les fondations classiques de recherche, mais depuis un demi-siècle, toutes deux ont élargi leurs points de vue. L'une et l'autre deviennent aujourd'hui anthropologiques et dans ce développement la jurisprudence comparée a ouvert la voie à une production de littérature qui a maintenant atteint des proportions formidables. Il suffit ici de mentionner, pour la première période d'études anthropologiques ou ethnologiques de droit, les travaux de pionniers de J.-R. McLennan, Lewis H. Morgan, A.-H. Post, Edward B. Tylor et Sir John Lubbock.

Dans ces deux sciences a prévalu l'idée que leurs phénomènes étaient gouvernés par des lois supérieures qui ne déterminent pas simplement la ligne générale de développement, mais par lesquelles sont déterminées d'avance les étapes successives de l'évolution du langage et du droit. Ainsi dans la philologie on a pensé que toute langue était réglée par une loi et que chaque langue a une succession de sons régulière et définie, et que le développement du langage était déterminé par des facteurs réductibles à des formules abstraites du même type général que les lois de la nature.

Dans cette direction, il a été fait beaucoup par la *Lautverschiebung* de Grimm, ou ce qu'on a appelé loi gouvernant la permutation des

consonnes. Cette formule, modifiée par la loi de Verner, qui a expliqué les exceptions à la loi de Grimm par la position de l'accent, a été une découverte magnifique et d'immense valeur. Les critiques de cette règle ont été dirigées non pas tant contre la prétention émise par divers philologues que les changements de sons sont absolument uniformes pour toute langue donnée dans une période donnée, que contre l'affirmation que ce n'est là à tous égards, que le reflet (ressemblance) des séquences de l'ordre de la nature. Le fondement de la loi de Grimm est obscur, mais on peut se risquer à penser qu'il se trouve dans les migrations des peuples appartenant à la même famille linguistique. Quand l'envahisseur, qu'il soit conquérant ou non, adopte la langue de la région envahie, il s'ensuivra très certainement des altérations variées de phonétique dans le langage adopté, dues au simple fait que la langue (tongue) de l'envahisseur était déjà habituée à une méthode fixée pour émettre les sons du langage.

Un autre exemple est l'idée soutenue par Schleicher (qui n'est plus acceptée maintenant) que dans le développement de la langue aryenne, il y a eu trois stages consécutifs : la période des racines, une période d'agglutination et finalement une période d'inflection. La loi de Grimm s'appliquait seulement aux langues germaniques et, comme telle, était simplement une brillante explication *post hoc* de ce qui s'est effectivement produit. La généralisation de Schleicher a été destinée à résumer le système aryen comme un tout.

Pour le droit de semblables généralisations sont abondantes. Elles ont trait à des problèmes tels que l'unité sociale primitive, l'origine du totémisme et de l'exogamie, les théories patriarcales et matriarcales, la communauté de village, les relations de clans et de tribus, l'origine d'institutions telles que la propriété, le testament, le contrat, la caution, les sûretés réelles et beaucoup d'autres. Tous ces problèmes se réduisent à deux sortes : *a*) Problème des origines ; *b*) Problème de l'ordre de succession.

Il faut remarquer que toutes ces généralisations, que ce soit dans la philologie ou dans le droit, ne portent que sur le passé. Elles n'essayent pas de prédire l'avenir.

La philologie a un avantage sur la jurisprudence comparative en résolvant le problème des origines et des ordres de succession. Les toutes premières étapes qui vont au-delà de la période historique d'après Whitney, sont : 1° la période des racines où des sons définis indiquent des choses objectives distinctes ou des phénomènes basés sur quelque forme de l'imitation ; 2° additions aux sons-racines imitatives de sons-racines conventionnelles ; 3° la période de construction qui différencie en types isolants (tels que le chinois), ou en types agglutinants (tels que le français) ou en types à inflections internes (tels que les langues sémitiques). Mettant à part les premières étapes de ces successions, lesquelles n'ont pas d'autres bases d'inférence que l'analyse psychologique et les faits de psychologie infantile, les étapes ont été vérifiées par la découverte et l'analyse de nombreuses transformations cachées de langage. D'ailleurs, l'étude du langage, pour des raisons variées, a un arrière-plan objectif plus digne de confiance et plus facile à connaître que les règles du comportement humain : *a*) Les éléments du langage sont contenus dans un nombre relativement faible de moyens d'expression, soit parlés, soit écrits ; *b*) le langage n'a pas les mêmes restrictions que la matière dont nous nous occupons ; *c*) aussi

bien quand à la structure que quant à la signification commune il trouve son interprétation en lui-même. Le droit, au contraire, pour être pleinement établi, exige une exposition très étendue ; il se borne à prescrire un comportement forcé, exprimé souvent dans une terminologie extrêmement technique ; et, enfin, son intelligence requiert souvent la connaissance et la compréhension de l'arrière-plan social sur lequel il opère. Une autre différence frappante est que les changements dans le langage sont indiqués par le simple fait du changement, tandis que les changements dans le droit se produisent souvent alors que la *littera legis* reste en substance inaltérée. Le Code Napoléon et la Constitution des États-Unis peuvent être cités comme des exemples où cela s'est produit sur une grande échelle. Une autre différence importante est encore que le langage est un produit psychique imposé par les choses, tandis que le droit est sans doute aussi un produit psychique, mais largement créé par des forces qui lui sont extérieures.

Nonobstant les avantages que le langage présente sur le droit au point de vue de la recherche scientifique, dans la découverte de principes de même sorte que les lois de la nature, la philologie, en dehors des constatations de fait historiques concrets, a peu à offrir. Elle présente des tendances plus que des lois. Ainsi, il y a une tendance dans le langage qui se développe à atteindre l'uniformité, spécialement évidente dans les formes des temps de verbe. Il y a aussi une tendance à abandonner les sons ou combinaisons difficiles. De même, de nouvelles significations sont constamment attachées à de vieux termes.

Qu'est-ce que le droit offre ? Mais d'abord il faut examiner jusqu'à quel point le langage et le droit se prêtent à une comparaison exacte. Le langage a affaire avec les quelque huit parties distinctes du discours, lesquelles primitivement sont réduites au nom ou au verbe. Le nom et le verbe ont été spécialement sujets à inflexion. Le latin a cinq cas de terminaison et pour le singulier et pour le pluriel. Le Finlandais a quinze cas. Le droit n'offre rien de comparable aux parties du discours, déclinaisons et conjugaisons. Il est vrai que le droit a ses éléments juridiques (*jural*), mais ces éléments ne sont pas aisément comparables aux éléments du langage. L'analogie du droit est beaucoup fermée avec la physique et la mécanique. La similitude, s'il y en a une, entre le langage et le droit doit être recherchée dans une autre direction.

L'un et l'autre de ces champs sont divisibles en deux étages. Pour le langage, il y a la période pré littéraire s'étendant sans doute sur plusieurs millénaires, et puis la période littéraire commençant longtemps avant qu'aucun monument en survive. Le droit, de même, est divisible en une période coutumière et une période législative. Mais, dans chacune de ces périodes il y a un développement judiciaire ou par l'effet des précédents « dicastic ». Dans la plus ancienne période, une base de comparaison est théoriquement fournie, vu que le langage et le droit dans cette plus ancienne période sont largement conventionnels. Dans la période littéraire, le langage du peuple tend à devenir stéréotypé et perd de sa mobilité (Cette stratification du langage commun n'empêche pas, cependant, une vivante croissance d'une terminologie scientifique et technique correspondant aux découvertes scientifiques et au développement des arts). Pour le droit, le contraire est la règle : A mesure que la législation prend d'une façon crois-

sante une supériorité sur la coutume, les changements sont rapides et profonds.

Vu que ce qui reste pour la comparaison se trouve pour le langage dans l'ère préhistorique et pour le droit se trouve dans l'ère qui précède la période législative, quelles que soient les formes de la législation, qu'il s'agisse de l'ordre d'un chef, des règles élaborées par un conseil sacerdotal ou des dispositions d'une assemblée populaire, il n'est pas difficile de voir que toutes ces comparaisons sont purement métaphoriques et qu'elles resteraient telles même si les faits maintenant à jamais perdus dans les débris du passé préhistorique se dévoilaient devant nous.

Mais, étant donné que la loi juridique change, qu'elle a toujours changé, qu'elle change encore et qu'elle changera toujours, il reste à se demander s'il y a des lois scientifiques qui déterminent ses changements.

Dans les premiers stades de la jurisprudence historique, cette idée prédominait qu'il y a une identité fondamentale et universelle dans l'esprit humain, que les besoins fondamentaux et les sources de l'action étaient semblablement universels; que, si la réaction de l'individu en face d'une situation donnée ne pouvait pas être prévue, toutefois le groupe dans lequel se produisent toutes les manifestations d'un comportement standardisé, était une entité dépersonnalisée comparable aux types les plus bas de vie organique, agissant et réagissant sur les niveaux les plus bas d'activité cérébrale. Sur cette base, naturellement il est possible de parler de lois de l'évolution sociale. Comme corollaire, on admettait que cette évolution était comparable à l'évolution organique avec ses phénomènes de croissance et de dégénérescence. Comme illustration de cette idée, on peut citer la généralisation bien connue relative aux étapes de l'organisation de la famille : généralisation en ramenant l'évolution à cinq stades : 1° promiscuité; 2° unions sans stabilité « laxity »; 3° matriarcat; 4° patriarcat; 5° famille bilatérale de la présente société civilisée.

Les questions soulevées par cette généralisation ont été traitées sur une large échelle par divers savants, parmi lesquels Spencer, McLennan, Schrader, Delbrück, Leist, Kohler, Bernhöft et Dargun. Le problème ainsi posé est un problème capital, parce que c'est de l'organisation familiale que sont sorties bien d'autres institutions des peuples retardataires, telles que l'endogamie, l'exogamie, la règle de l'inceste, le mariage par achat, le mariage par capture, le lévirat, le sororat, la polygamie, la polyandrie et finalement — chose de première importance — les règles de la propriété et des successions. Ceux qui pensent avec Darwin que la famille a été l'unité sociale primaire contestent rigoureusement l'existence des deux premières étapes de cette formule. Le problème du matriarcat est en lui-même devenu une position spéciale. Beaucoup d'ethnologues mettent à la place du matriarcat la parenté s'établissant par la ligne maternelle ou la résidence au lieu de la mère, deux sévères atténuations de l'idée originaire. Tout ce qui peut être dit de cette importante généralisation est applicable aux autres généralisations diverses qui s'efforcent de ranger les phénomènes et institutions juridiques dans des étapes successives définies. De ces premières étapes, quelles qu'elles puissent avoir été, il ne reste pas de témoignages et toutes les constructions dérivées de sources phonétiques, archéologiques ou autres, ne reposent que sur des conjectures. L'ère pré-

historique pour la Société humaine a été si démesurément longue que la période historique n'est que d'une heure.

Mais il peut être suggéré que nous avons aujourd'hui à notre disposition des ressources contemporaines, de plus grande valeur que tout le reste, dans les nombreux peuples retardataires; que ces peuples peuvent être d'une manière ou d'une autre soumis à classification et révèlent ainsi des phases préhistoriques de l'évolution sociale et juridique. Mais cette classification sur une échelle complète reste encore à faire. Spencer, dans sa « Sociologie descriptive » a été le premier à tenter un groupement des diverses races anciennes et primitives sur une base systématique. Plus tard, l'ethnologue hollandais Steinmetz, dans un essai éloquent et savant, insiste sur la nécessité absolue d'une classification scientifique comme préliminaire à une science de la jurisprudence comparative. Après une large revue de nombreuses classifications sociologiques, économiques psychologiques, biologiques, génétiques, historiques et ethnographiques, Steinmetz a proposé ce qu'il a appelé « un catalogue rationnel de peuples et de leurs phases historiques ».

Mazarella commença une série d'études — en se séparant de Steinmetz — basées sur une version simplifiée des types d'organisations sociales de Post, et aboutissant à deux types généraux qu'il appelle le type « féodal » et le type « gentilice ». Mazarella a introduit l'idée d'une analyse stratigraphique, qui classifie les pratiques juridiques, au point de départ, en « féodales » et « gentiles », ce dont il a fait le trait principal de son système. Que le système de Mazarella soit accepté ou non, l'œuvre de ce savant solitaire et infatigable sera de valeur permanente, si ce n'est par la méthode employée, du moins par les collections soignées de faits qui y rentrent. Il serait présomptueux d'espérer qu'un accord pourra être atteint par les spécialistes sur ce problème tourmentant de la classification. Cependant, en raison du grand nombre d'opinions qui se heurtent sur chaque point, un traité de paix entre les philologues, les ethnologues, les psychologues et les autres groupes d'experts intéressés, dans cette époque de fermentation, ne serait pas moins qu'un désastre.

Personne ne mettra en doute que les faits ethnographiques sont d'une grande importance et rivalisent avec les recherches historiques. Mais une des grandes difficultés est de savoir ce qu'il faut en faire. Beaucoup de classifications ont été proposées, comme l'a si bien montré Steinmetz. Différentes méthodes ont été employées pour arriver à des conclusions.

Pour la classification, nous nous risquons à penser qu'il ne faudrait pas se servir d'un seul système, mais que des systèmes divers pourraient être employés comparativement et être indiqués en forme synoptique d'après la façon de la « Sociologie descriptive » de Spencer. En ce qui concerne le droit, il y a des corps variés de croyances et de pratiques qui s'entrecroisent. Il y a aussi les conditions variées environnantes, telles que le climat et le lieu, qui peuvent conditionner l'existence et l'intensité des croyances et des pratiques. Ce sont là des coordonnées du droit.

Les principales sont : 1° la race ; 2° l'habitat ; 3° la nature du langage ; 4° le type de religion ou de magie ; 5° l'organisation sociale ; 6° le système économique ; 7° les arts pratiques et les inventions ; 8° les beaux arts ; 9° la vie intellectuelle, et enfin 10° les institutions spécifiques. Cette énumération probablement embrassera les classifications principales pro-

posées par des autorités telles que Fouillée, Ward, Spencer, Durkheim, Hildebrand, Bücher, Le Play, Morgan, Vierkandt, Steinmetz et Mazarella.

Il va sans dire que chacune de ces coordonnées exigera des subdivisions soignées, et il faudra porter une extrême attention en matière de définition. Nous acceptons le critère proposé par Steinmetz que le principe des divisions devra être celui qui pourra produire « le plus grand nombre possible de caractéristiques secondaires ». Si quelques généralisations dignes de confiance doivent être obtenues, nous pensons qu'aucune des classifications proposées jusqu'ici ne pourra servir complètement à cette fin et pour atteindre ce but, il faudra prendre une vue simultanée de tous les facteurs significatifs dans l'entourage desquels se forme le droit.

Il faut remarquer que, pour les peuples qui ont une histoire, les matériaux devront être soumis à cette épreuve par période — peut-être une période d'une centaine d'années serait suffisante en général —. Le droit romain jusqu'à la chute de l'empire d'Orient s'est étendu sur une longue chaîne de plus de deux mille ans. S'il existait des lois de l'histoire, elles se seraient assurément manifestées d'elles-mêmes ; mais ce doute surgit : n'est-ce pas parce que les coordonnées du droit romain n'ont pas été découvertes, que les lois de l'histoire, s'il y en a, ne peuvent pas être vérifiées ? Le système anglais si nous comptons seulement depuis la conquête, a couvert près de neuf siècles. Ici aussi, et là spécialement, vu que les derniers siècles de cette période ont été des siècles de grande lumière et d'abondance de sources littéraires, les lois de l'histoire devraient se manifester d'elles-mêmes. Mais malheureusement les coordonnées n'ont pas été systématiquement arrangées dans une vue d'ensemble. Beaucoup d'informations concernant l'histoire sociale, économique, politique de l'Angleterre sont utilisables, mais il manque une confrontation systématique avec le droit, dont l'histoire a été traitée sur une large échelle par Pollock et Maitland, Holdsworth et autres, et en expositions détaillées de problèmes spéciaux, par de nombreux écrivains, spécialement dans les dernières années.

Il est probable que des résultats scientifiques plus importants pour la découverte des stades de l'évolution, s'il y en a, seront obtenus par l'étude des systèmes de droit ayant une longue histoire, si on les étudie en étroite connexion, avec leurs coordonnées, comme nous l'avons déjà suggéré, plutôt que du point de vue de l'ethnologie juridique. Les plus brillants résultats de la philologie ont été atteints par l'étude intensive des systèmes aryens de langage plutôt que par l'étude des langages des peuples retardataires. Nous pensons qu'il en sera de même pour le droit. La difficulté qui naît de l'investigation pratiquée sur les peuples en retard est que les faits ne sont vus que dans une seule dimension, c'est-à-dire le temps de l'observation, tandis que pour le tronc aryen spécialement, il y a une seconde dimension accessible, celle du passé, et si les coordonnées peuvent être employées systématiquement, on pourra encore utiliser une troisième dimension en s'occupant des faits sociaux internes pour lesquels le droit n'est seulement qu'un vêtement, d'ailleurs parfois mal ajusté.

L'ethnologie juridique a une importance pour la science du droit principalement à deux égards : a) D'abord elle rend possible la comparaison de beaucoup de variétés existantes d'idées et d'institutions juridiques, offrant une possibilité, comme nous l'avons déjà montré, d'explications

satisfaisantes basées sur l'examen de facteurs coordonnés au droit; b) ensuite, l'ethnologie juridique révèle des formes existantes d'organisation sociale et de stades du développement juridique qui pointent au-delà des plus anciens stades de la période historique. On suppose que si les sociétés dites primitives peuvent être classées scientifiquement, il pourrait alors être possible d'étendre le cercle des inductions.

Cette proposition étant admise, il faut rappeler qu'aucun peuple retardataire actuellement existant ne peut être dit strictement primitif et considéré comme représentant les premiers stades du développement social.

Beaucoup de ce qui se trouve au delà ne pourra jamais être reconstitué par des preuves directes.

Contre l'opinion, que nous venons d'exposer, qu'une longue histoire, pour le présent, fournit une meilleure source matérielle pour vérifier les lois de l'évolution sociale que l'observation ethnologique, on peut opposer que beaucoup de ces mêmes peuples retardataires ont été étudiés, non pas simplement une fois, mais souvent, et que ces observations, comme par exemple dans le cas des Aztèques, ont été poursuivies sur une période de plusieurs siècles. La réponse est qu'aucun calcul défini ne peut être établi de l'influence respective de la force de la « diffusion » et des effets des migrations et invasions, là où les différences apparaissent. Un autre point est que les formes de l'organisation sociale sont la charpente squelettique de tout système social. Les institutions bâties sur cette structure peuvent être regardées, pour employer un langage figuré, comme le système musculaire de la vie sociale d'un peuple.

Il est difficile de croire que la même « diffusion », *stricto sensu*, qui a eu une vaste influence, puisse produire des changements substantiels dans la structure organisatrice d'un peuple au cours de peu de siècles. Notre opinion personnelle est que les longues périodes de temps remontant à l'âge préhistorique seules portent la responsabilité des changements significatifs produits intérieurement dans la structure sociale. Il semble être beaucoup plus vraisemblable que les migrations et invasions, au moins dans la plus ancienne période, ont eu beaucoup plus d'importance que l'influence de l'imitation.

La théorie de la « diffusion » a longtemps tenu la vedette de la spéculation et aujourd'hui cette théorie semble avoir pris le pas sur celle de l'« invention ». Nous ne nierons pas cette conquête, mais nous pensons que le rôle de la « diffusion » a parfois été surestimé. Des ouvrages comme le remarquable « Rameau d'or », de Frazer, lequel explore avec beaucoup de détails la légende de « Diana Nemorensis », peuvent aisément produire l'impression que la race humaine a formé à une certaine époque, dans un passé nébuleux, un seul groupe, mais il faut noter que Frazer lui-même en offrant son encyclopédie de faits concernant en général les races non civilisées, ne formule point lui-même cette idée. Cependant, il fait voir clairement la continuité de la légende dans les ramifications de la race aryenne. Ainsi, le culte de l'adoration des arbres a une histoire définie chez les Aryens; mais l'idée que les arbres sont habités par les esprits a été universelle, et peut-être aussi inévitable à l'époque de l'histoire humaine où l'animisme prévalait.

Puisque les peuples retardataires actuels ne nous apparaissent que dans une seule dimension, celle du temps de l'observation, on ne saurait

évidemment en tirer aucun jugement sûr quant à aucune des institutions spécifiques pour déterminer si elles représentent une étape plus élevée ou plus basse de l'évolution du droit, étant donné que devraient entrer dans cette estimation les divers facteurs coordonnés antérieurement signalés. Mais même quelquefois, en recourant à ces facteurs, on arrive à d'étranges résultats. Par exemple, les « veddahs » de Ceylan qui, mesurés par l'ensemble de ces diverses coordonnées, se rangent fort bas dans l'échelle sociale pratiquent pourtant la monogamie et vivent en groupes patriarcaux. D'un autre côté, les Iroquois, qui ont atteint un développement remarquable dans les institutions politiques, en pratique, au moins dans les affaires domestiques, sont nettement matriarcaux. Si le matriarcat est une étape plus ancienne de l'évolution sociale, et ici nous ne nous aventurons ni à l'affirmer ni à le nier, il y a une difficulté manifeste à trouver une explication de cet étrange contraste.

Une autre illustration comparable parmi les peuples civilisés est la séparation de l'administration du droit et de l'« équité ». A Rome une telle séparation exista, très nette, durant moins de quatre siècles de la création de la magistrature du *préteur pérégrin* à l'Edit de Julien. En Angleterre, la Cour de Chancellerie, comme tribunal indépendant, naquit au ^{xiv}^e siècle et dans les pays dont le droit dérive de l'Angleterre, spécialement aux Etats-Unis, la séparation du droit et de l'équité subsiste encore non seulement dans la forme, mais au fond. Cette séparation, impliquant nécessairement à un degré plus ou moins grand une discordance entre deux systèmes indépendants de droit dans le même Etat, peut bien être considérée comme un stade arriéré, dans le développement juridique, social et scientifique de Rome au début de l'ère chrétienne, avec le niveau atteint dans l'organisation économique, le développement social et les progrès scientifiques par les Etats-Unis d'aujourd'hui; on peut en retirer l'impression erronée que les coordonnées du droit sont entièrement étrangères au développement du droit.

La dernière des illustrations que nous venons de noter provoque naturellement le scepticisme à l'égard d'une relation causale de ces coordonnées avec le droit et ses changements. On peut même être disposé à ne pas croire qu'une explication puisse en être donnée. On peut même aller jusqu'à prendre cette position que tous les phénomènes sociaux sont, comme l'enseigne l'école d'Epicure, le pur produit du hasard. Nous pensons cependant, qu'en ce qui concerne ces problèmes et les problèmes similaires, un tel scepticisme va trop loin. Il est évident, en effet, que la civilisation d'un peuple ne se meut pas en avant comme une phalange compacte. Quelques traits de la civilisation d'un peuple peuvent rester en retard par comparaison aux autres. Nous pensons même que c'est le cas normal et ce fait indique la nécessité d'isoler les institutions juridiques particulières et les caractéristiques particulières des coordonnées pour les étudier dans une succession historique. Ce fait indique aussi que les coordonnées n'ont pas des potentiels égaux et probablement qu'elles diffèrent dans leurs qualités dynamiques sous l'empire de circonstances différentes. Ces considérations ne simplifient pas le sujet et il n'est pas improbable que la rigueur de la méthode nécessaire pour atteindre à des résultats scientifiques empêchera même les premiers commencements d'une recherche adéquate. D'ailleurs il n'y a pas la moindre assurance que ces résultats fourniraient la plus légère preuve de l'existence de lois véritables de l'évolution du droit.

C'est pourquoi dans l'état présent de la recherche scientifique — état qui se maintiendra sans doute indéfiniment — il n'existe de preuves ni pour ni contre l'existence d'une seule loi véritable de l'histoire. Nous avons indiqué, sans espoir, la méthode qui serait nécessaire pour établir en cette matière la preuve positive ou la preuve négative. Et quand le temps viendra, s'il doit venir, où l'on pourra utiliser cette méthode, la masse prodigieuse de recherches déjà utilisables pourra alors être coordonnée et servir à atteindre ce qui, pour le présent, est inaccessible.

Ce que l'historien, le philologue, l'anthropologue et l'ethnologue ont été incapables de faire jusqu'à maintenant, le philosophe l'a tenté. De Platon à Berdyaev, un russe contemporain, nombreux ont été les philosophes de l'histoire, parmi lesquels on compte des noms tels que Saint Augustin, Vico, Herder, Condorcet, Saint Simon, Schleyel, J. de Maistre, Hegel, Comte, Buckle, Karl Marx, Pareto et beaucoup d'autres. Ainsi, par exemple, Vico enseigne que la vie des nations est, comme celle des individus, divisée en périodes d'enfance, de maturité et de vieillesse. Saint-Simon, analysant la vie des nations, découvre un processus d'action et de réaction d'époques organiques et d'époques critiques. Des efforts ont été faits non seulement pour expliquer l'histoire selon des principes immanents ou transcendants, mais souvent ces idées se sont traduites en figures géométriques. Picard dans un livre brillant (*Le droit pur*) a projeté quelque lumière et éveillé l'intérêt à cet égard. Nous avons, par exemple, une vue de l'histoire représentée par une ligne droite ascendante avec des interruptions angulaires. Il y a aussi le cercle de Vico, la spirale hélicoïdale de De Greef, la spirale ouverte de Goethe. La spéculation philosophique doit être éprouvée sur son propre terrain et ne sera jamais acceptée dans aucun domaine de science comme démonstrative ou même comme explicative. Mais en ce qui concerne les figures géométriques, on peut observer que la plupart d'entre elles, procèdent de la notion de progrès et on peut leur objecter que ce progrès n'est pas un phénomène universel. Maine a depuis longtemps signalé un risque auquel est exposée toute société dans son enfance et qui « a empêché ou arrêté le progrès de la grande partie de l'humanité ».

Si l'on doit reconnaître qu'il n'a jamais été apporté de preuve ni de l'existence ni de l'inexistence d'aucune loi de l'histoire générale — et pareillement d'aucune loi du développement du droit, nous ne devons pas pour cela désespérer entièrement. Il est parfaitement possible que la preuve ou la réfutation puisse cependant être sur le point d'apparaître. Actuellement, il y a une grande masse de faits sociaux déjà découverts, surtout par les sociologues, qui semblent avoir une validité semblable à celle des principes économiques.

L'objet d'une science de l'économie est l'explication du comportement des hommes en vue d'acquérir les biens matériels. L'explication, si elle est bonne, non seulement mettra en évidence les causes du développement économique dans le passé, mais fournira aussi la carte de son développement à venir. Il est intéressant de constater que la période classique de l'économie, commençant avec Adam Smith et s'étendant jusqu'à John Stuart Mill, présente des similitudes frappantes avec ce qui peut être appelé la période classique de l'histoire de la jurisprudence qui commence avec Sir Henry Sumner Maine et finit avec Joseph Kohler.

L'économie classique a pris pour point de départ l'*homo economicus*, c'est-à-dire l'homme du côté moral de sa nature — ou peut-être veut-elle dire, du côté immoral de sa nature. L'homme économique au moins pris en groupe était considéré comme égoïste, avide d'acquérir et répugnant au travail. La période classique de l'histoire des doctrines économiques a fait sortir de cette proposition fondamentale des doctrines ou des théories telles que la théorie de la rente de Ricardo, la théorie du fonds des salaires, la loi du rendement décroissant, la théorie de l'utilité marginale, la loi de l'offre et de la demande, etc. Toutes ces théories et doctrines étaient basées sur des jugements *a priori* ou sur les résultats statistiques du comportement, non pas d'individus particuliers ou de groupes locaux, mais de larges aggrégations d'hommes dans lesquelles les caractéristiques individuelles se neutralisent l'une l'autre.

Quand on se rappelle les remarquables recherches de Quetelet, il est facile de comprendre la pensée dominante de cette époque « que les actions morales de l'homme sont le produit, non de sa volonté, mais de ses antécédents » (Buckle). La critique la plus souvent soulevée contre les théories classiques de l'économie est qu'elles sont fondées sur la supposition d'une mobilité et d'une sensibilité parfaites de toutes les unités économiques de la société. On peut admettre que les lois de la nature sont de simples généralisations existant seulement dans l'esprit ; mais de plus grande importance est le fait que ces généralisations appelées lois naturelles, reposent aussi sur l'admission comme chose existante (assumptions) de conditions idéales. La seule différence est que les conditions ou perturbations possibles sont en plus grand nombre pour l'économie que pour les sciences naturelles. Cette différence à elle seule suffit à rejeter l'économie hors du domaine de l'aptitude à émettre des prédictions, aptitude qui en dernière analyse, est la pierre de touche de ce qui est science, au sens le plus strict du mot. Cependant, pratiquement, toutes ces théories et doctrines de l'école classique ont été abandonnées en tout ou en partie par les économistes du temps présent.

Le droit qui a des interactions importantes avec l'économie, a aussi des variations et des perturbations imprévisibles, comme le doyen Wigmore l'a si bien montré dans ces dernières années (*Problems of Law*). Ces variations sont probablement plus grandes en nombre et en force que celles de l'économie, et la raison en est que beaucoup de ce qui peut être constaté dans de larges limites et sous des conditions hypothétiques pour l'économie repose sur le simple principe de l'égoïsme de l'homme économique moyen. Le facteur mental en jeu se place à l'échelle inférieure. Le droit diffère en ce que l'intelligence, sous la forme de réflexions sur les conditions complexes environnantes, et de volontés, est une cause importante de droit.

S'il nous apparaît ainsi que le droit ne se prête pas par lui-même à des généralisations positives au sujet de son développement, soit pour le passé, soit pour le futur, cependant il peut être délimité par des généralisations négatives variées et par divers facteurs lui imprimant des tendances qui servent à élever la jurisprudence historique au-dessus du royaume de la pure contingence.

Ces généralisations négatives sont principalement de quatre sortes : 1° le facteur économique, 2° le facteur moral, 3° le facteur technique, 4° le facteur intellectuel. 1° Un corps de droit ne peut pas se tenir longtemps en

opposition avec un système économique dominant. Ainsi un système féodal de tenure des terres correspondra à un système féodal de droit. Quelquefois des pressions se développent dans la vie économique, qui avec le cours du temps transforment fondamentalement les principes du droit. Une illustration de ce fait est le passage qui se produit actuellement, d'un individualisme économique et juridique à une économie sociale et un droit social.

2° Avant le développement de la fonction législative, les pratiques morales et sociales ne se distinguaient pas en fait. Puis, encore à une époque antérieure à celle où la fonction législative a pris sa forme moderne, la pratique juridique a souvent marché lentement derrière les idées morales. Quelquefois les législations modernes ont tenté de donner des modèles de conduite bien en avance sur les pratiques sociales et économiques. Ces efforts échouent toujours à moins d'être déjà appuyés par une pression de l'économie et des mœurs. Comme Lambert l'a récemment remarqué, les changements de la loi qui touchent aux sentiments moraux doivent être soutenus « *par cet ultime facteur de l'évolution du droit qu'est l'opinion publique* ». On peut citer à cet égard les exemples — qui ont eu des résultats différents — soit de la loi sur la prohibition, soit de l'Acte fédéral pour empêcher les pratiques de concurrence déloyale (exemples tirés l'un et l'autre des Etats-Unis).

3° Le facteur technique, tel qu'il intervient ici, est généralement limité au développement des arts pratiques et des sciences. Beaucoup de parties du droit dépendent étroitement pour leur existence des progrès techniques des arts pratiques. Il suffira de donner comme exemple l'invention de l'écriture et, plus tard, de l'imprimerie; chacune de ces inventions a produit de très importants développements catalytiques dans le droit.

4° Le facteur intellectuel occupe une place très importante dans cette liste. Dans les premiers âges, il se place à l'arrière plan des phénomènes juridiques; mais dans l'âge de la civilisation, il occupe le devant de la scène. Beaucoup des idées juridiques — et peut-être toutes — sont apparues à leurs débuts à l'état informe. Par exemple le plus ancien droit de la sûreté *réelle* a reposé sur la détention personnelle du débiteur ou d'un membre de sa famille. Il est difficile de penser que, dans les premières phases de l'histoire des sûretés réelles une notion telle que l'hypothèque ait été même susceptible d'être envisagée. Dans le domaine des sûretés personnelles, il y a moins de doute. Des développements modernes comme celui de la subrogation, par exemple, n'auraient été possibles, ni en pratique ni en théorie. Il y a déjà longtemps que Vinogradoff a dit, en parlant de l'étude analytique de ces questions : « Elle semble destinée à un rôle prééminent dans l'histoire comparative du droit, parce que l'analyse et la construction juridiques ont de tout temps fait effort pour incorporer la logique et l'équité dans le domaine des intérêts et des forces existant pour le moment. »

Nous avons aussi mentionné, en connexion avec les généralisations négatives, les facteurs tendanciels. Les facteurs générateurs de tendances sont comparables aux généralisations de l'économie. Ces généralisations de l'économie politique ne représentent pas des séquences rigides et absolues, mais seulement des tendances qui peuvent être fructueusement employées dans les conditions normales. Il y a, au sens littéral de ce mot, des milliers de tendances dans le droit, mais personne n'a jamais pris la peine de les rassembler. Un exemple peut suffire : aux Etats-Unis, le pou-

voir de trancher les conflits constitutionnels entre l'Etat fédéral et les Etats dont se compose la Fédération, appartient aux cours fédérales. Le pouvoir attire à lui le pouvoir, et il semble clair que les pouvoirs de l'Etat fédéral ont graduellement augmenté pendant que les pouvoirs des Etats fédérés diminuaient dans la même proportion.

Toutes les doctrines classiques ont échoué. Les mathématiques, la physique, l'économie et même la logique classiques ont été à cet égard au même niveau. Les beaux-arts ont subi le même destin. La science de l'histoire du droit naturellement n'y a pas échappé. L'imagerie d'un développement cyclique, les modèles fixes et rigides de croissance, l'aspiration à atteindre des larges généralisations entraînant l'humanité, dans son ensemble, partout et sans tenir compte du temps et de l'espace, à faire l'expérience des mêmes étapes de l'évolution et dans le même ordre — toutes ou presque toutes ces constructions ont été abandonnées dans la jurisprudence historique. Il a succédé à tout cela un sentiment de pessimisme et de doute qui peut-être trouve des répercussions dans l'histoire politique nationale et les affaires internationales. Est-ce qu'il subsiste encore quelque chose après ce fait universel de destruction et de révolution ?

Nous pensons qu'il reste beaucoup. Tout au moins les résultats de la recherche scientifique compétente demeurent encore et peuvent encore servir à de nouvelles constructions pour l'histoire du droit. On peut soutenir que beaucoup d'éléments offrant une importance et une valeur scientifiques peuvent être rendus de nouveau utilisables parmi ceux que les vues classiques avaient complètement oblitérés. Il serait déjà de grande importance de savoir ce qui *ne peut pas* être dans l'histoire du droit même avec cette concession que nous ne pouvons pas savoir ce qui y a été. Une grande science de l'histoire du droit peut encore être bâtie sur une méthodologie de limites négatives. Néanmoins le sentiment de *malaise* et de désespérance de l'époque actuelle peut ouvrir la voie au sentiment et exalter la croyance que la destruction des enchaînements, [auxquels avaient cru les] classiques, a rendu l'humanité libre de choisir sans aucune limite son propre avenir.

On peut être porté à croire, comme un article de foi personnel, que les mouvements sociaux suivent l'orchestration hégélienne d'une symphonie mondiale en mesures à trois temps, conduisant finalement à un climat de liberté rationnelle; mais pour les fins que se propose la science, une telle croyance est complètement inadmissible. La preuve d'un progrès inévitable n'est pas plus vérifiable que celle d'un cataclysme social éventuel qui serait produit par la démocratie que l'on dit devoir causer sur une large échelle une dégénérescence initiale conduisant à un temps où l'insecte enrégimenté et le parasite domineraient de nouveau un monde qui de lui-même graviterait vers une complète annihilation.

Mais ce ne sont pas là des problèmes de la compétence de la science juridique ni d'aucune autre science. La science ne doit s'occuper que de « données » vérifiables ou au moins d'hypothèses hautement probables. Sur cette base l'écroulement du classicisme peut être regardé comme le commencement d'une ère scientifique nouvelle.

CHAPITRE II

HISTOIRE COMPARATIVE DU DROIT ET HISTOIRE DES RELIGIONS

SECTION I

RAPPORTS DES DROITS ET DES RELIGIONS

SIMONS, *La signification des Religions pour la science du Droit Comparé.*

LE BRAS, *Excursion des villages moï aux monastères cambodgiens ou de l'utilité des études comparatives dans le domaine du Droit Canon.*

LA SIGNIFICATION DES RELIGIONS POUR LA SCIENCE DU DROIT COMPARÉ

Par Walter SIMONS † (1)

*Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Berlin
Ancien Président du Reichsgericht*

Traduit par H. MANKIEWICZ,

Secrétaire général de l'Institut de Droit Comparé de Lyon

Le Professeur Ed. Lambert, à qui ce Recueil d'Etudes est dédié, n'a pas, comme le croient nécessaire les spécialistes d'aujourd'hui, cantonné son travail dans un seul domaine, mais il a étendu, plus ou moins, le cercle de ses recherches sur tous les domaines du droit. Il est même sorti de ce cercle, et a labouré aussi des terres voisines. Parmi ces terrains voisins et limitrophes rentre notamment le rapport du droit et de la science du droit comparé avec la religion. Je puis donc espérer pouvoir l'intéresser au sujet auquel sont consacrées les pages suivantes.

I

Quand on entreprend d'examiner les relations entre la science du droit comparé et les diverses religions, on se heurte tout d'abord à ce doute : ces relations peuvent-elles exister en présence de l'opposition profonde entre la religion et le droit ? La religion est toujours un bien essentiellement personnel quoiqu'elle cherche à unir les hommes en communauté. Il en est ainsi

(1) Quelques semaines après l'envoi de cette contribution, le Comité d'Edition a eu le vif regret d'apprendre la mort de son auteur qui est une perte douloureuse non seulement pour la science allemande, mais pour la science internationale. W. Simons a été à la tête du Reichsgericht et, par conséquent, aussi du Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich de 1924 à 1932, pendant la période où ces deux hautes juridictions ont eu à se prononcer sur les plus difficiles questions de droit constitutionnel. Pendant quelques mois, il a assuré l'intérim de la Présidence du Reich après la mort du Président Ebert. C'est pour défendre le prestige de ces deux hautes juridictions qu'il a abandonné en 1932 sa situation de leur chef commun. Depuis lors, il avait consacré entièrement son activité à l'enseignement du droit.

de toutes les sortes de religions : qu'elles partent d'une source transcendante et envisagent la religion comme la révélation de la divinité aux hommes — comme c'est le cas de toutes les religions à partir de l'animisme des peuples primitifs jusqu'aux religions mondiales les plus sublimes des peuples civilisés — ou qu'elles présupposent que l'homme religieux projette ses sentiments, pensées et désirs dans un au-delà de la croyance. Le droit au contraire est de par sa nature quelque chose de général alors même qu'il est destiné à garantir la personnalité. La notion centrale de la religion est la grâce; elle regarde le cœur du pêcheur pour savoir si le repentir l'a mûri suffisamment pour que la grâce puisse opérer. La justice, ainsi que l'indique le symbole du bandeau sur les yeux de la *Justitia*, n'a aucun regard pour la personne, mais elle doit juger le malfaiteur d'après la gravité de son acte et d'après les lois. La religion exige que je ne connaisse point de limite entre moi et le voisin. « Tat twam asi » — c'est toi-même — c'est ainsi que la religion des Hindous présente au croyant son frère; et le Christ enseigne : « Tu aimeras ton prochain comme toi-même ». Le droit exige que chacun observe les limites qu'il a tracées entre lui et son voisin, et il nous enseigne de défendre notre domaine propre contre l'invasion du dehors. La religion demande le don de soi-même, le sacrifice, l'amour de l'ennemi; le droit demande l'affirmation de sa propre personnalité, la défense de son état de possession, la lutte pour son propre droit. La religion n'attache pas de valeur aux bonnes œuvres en elles-mêmes, mais seulement au sentiment dont elles découlent; le droit au contraire n'exige d'abord qu'obéissance extérieure. Tant que l'individu obéit, le sentiment dans lequel il le fait reste indifférent pour le droit.

Et pourtant la religion et le droit sont aussi parents dans leur essence même. De même que le mot religion a une double signification, — il signifie d'abord la vie religieuse de l'individu et ensuite la somme des enseignements religieux d'une communauté de croyance — de même aussi le mot « Droit » — ou celui qui lui correspond dans les autres langues — a chez tous les peuples une double signification : une subjective (droit subjectif de l'individu), et une objective (ordre juridique d'un domaine de vie en commun). Les deux significations se trouvent pour l'un comme pour l'autre, dans un rapport d'interdépendance. La religion subjective de l'individu est régulièrement conditionnée par son appartenance à une religion objective; mais le contenu de la religion objective se transforme sous l'influence des changements dans la religiosité subjective de ses fidèles. De même le droit subjectif de l'individu dépend du contenu du droit objectif d'une communauté étatique; et d'autre part, le contenu de celui-ci se transforme constamment sous l'influence des changements qui se produisent dans l'exercice et l'affirmation des droits subjectifs : autrement il ne pourrait y avoir ni naissance d'un droit coutumier, ni disparition du droit législatif par non-usage. Au surplus, dans l'application pratique des formes de vie religieuses aussi bien que juridiques, il est impossible de maintenir l'opposition, ci-dessus signalée, entre le sentiment intérieur et l'acte extérieur : le droit suppose également chez les individus dont il règle l'existence en commun le sens de la communauté et de la solidarité, et il tient compte des motifs dans chaque infraction à ses commandements pour mesurer la force de la réaction répressive; de même la communauté religieuse, notamment dans la défense contre l'hérésie, ne peut pas s'en tenir exclusivement à l'appréciation des sentiments de l'hérétique.

II

Ainsi il n'est pas surprenant que dans les débuts de chaque culture d'un peuple le droit et la religion apparaissent en étroite liaison. Dans la mesure où nous pouvons remonter dans l'histoire de la culture, nous constatons que tous les peuples ont originairement ramené le droit et la religion à la même source : la volonté de la divinité.

Je ne veux pas ici entrer dans le détail des intéressantes recherches qui depuis le dernier siècle ont été consacrées au droit et la religion des peuples primitifs ; elles ont trouvé une exposition exhaustive, en ce qui concerne le côté religieux, dans le livre du regretté archevêque Söderblôm sur « Le Devenir de la Croyance », et du côté juridique dans de nombreuses études de missionnaires sur le droit des peuples païens et dans les travaux du défunt professeur Joseph Kohler et de beaucoup d'autres chercheurs scientifiques sur l'évolution du droit chez les primitifs. Je me limiterai plutôt ici à l'histoire des peuples qui sont devenus classiques pour notre culture européenne et qui, malgré tous les courants opposés, sont demeurés classiques jusqu'aujourd'hui — l'histoire d'Israël, de la Grèce et de Rome. Ces trois peuples, aux points culminants de leur vie intellectuelle, ont fourni, non seulement à l'art et à la science, mais aussi et tout particulièrement sur les domaines de la religion et de la formation du droit, des résultats qui sont restés inégalés. Les contributions de ces trois peuples correspondent, dans leur essence, aux trois facultés de l'âme humaine : sentir, penser, vouloir, qui sans doute ne sont plus reconnues par la psychologie moderne, mais qui sont restées vivantes dans la conscience populaire. Les apports de ces trois peuples portent, sans doute aussi, conformément à la loi de tout ce qui est terrestre, le sceau du temporaire et de l'imperfection ; mais je ne crois pas que l'humanité, dans ses différents types de peuples, pourra jamais cesser de les utiliser comme mesure de ses propres performances.

Si nous examinons le rapport qui a existé chez ces trois peuples entre religion et droit, une concordance nous frappe immédiatement les yeux : chez eux aussi le droit et la religion, d'après la conception populaire et d'après une tradition invétérée, découlent d'une source commune : la volonté de la divinité. Mais, tandis que chez le peuple d'Israël, au cours de sa longue histoire, la communauté d'origine a provoqué un entrelacement intime de la religion et du droit, chez les Grecs et les Romains s'est produite une sécularisation. Nous allons examiner de plus près ces processus.

III

Nous ne savons pas comment était conçu le droit originaire du peuple israélite. Dans la tradition écrite qui s'est constituée, comme on le sait, sous l'influence unilatérale des prêtres, se trouvent incrustés de nombreux vestiges du vieux droit populaire ; mais ils sont si étroitement liés au système théocratique du Pentateuque qu'il est impossible de les en séparer nettement. La tendance de la prêtrise juive postérieure à ramener toutes les formes de la vie populaire, dans la mesure où elle ne les combattait pas, à un commandement immédiat de Dieu a provoqué chez les critiques de l'Ancien Testament des doutes justifiés sur l'âge et l'authenticité de la matière juri-

dique qui nous est transmise. Il semble être admis aujourd'hui dans une large mesure que la pratique juridique du peuple d'Israël dans le premier temps des rois a eu un caractère beaucoup plus profane que ne veut nous le faire croire, par exemple, le Deuteronome. Toutefois le caractère particulier de la religion de Jahwe permet de conclure aussi pour cette époque à une étroite liaison entre le droit populaire et la croyance en Dieu. D'une façon fort intéressante, Goethe, sous le masque d'un « Curé de campagne de Souabe », a, en 1775, recherché ce qu'il pouvait y avoir eu dans les Tables de l'ancienne Alliance. Il s'est efforcé de prouver que ce n'étaient pas les Dix Commandements comme le pensent les Eglises chrétiennes — commandements qui constituent des règles générales concernant la vie en commun de tous les hommes sans marques caractéristiques nationales — mais les dispositions tout à fait particulières du Chapitre 34 du Deuxième Livre de Moïse qui ont trait aux fêtes et rites religieux et distinguent ainsi le peuple d'Israël de tous les autres peuples. Quoi qu'il en soit, il résulte de tous les documents de son histoire que cela a été pour le peuple d'Israël une idée naturelle et intime que le droit d'après lequel il réglait sa vie découlait d'ordonnances divines. On sert Dieu en pratiquant la justice; c'est le noyau de la religiosité israélite; le sentiment de Dieu et le sentiment du droit se confondent. Le Psaume 119 se présente comme un assemblage sans lien d'un grand nombre de confessions de foi isolées — tirées d'une littérature aujourd'hui disparue — dans le Droit et la Loi de Dieu. Aujourd'hui encore il suffit de voir la soumission sans réserve d'un Juif orthodoxe aux commandements juridiques, moraux et rituels de sa croyance, pour reconnaître comment dans le pur judaïsme droit et croyance se sont amalgamés en une unité religieuse. Cet absolutisme de l'ordre terrestre, son enracinement dans l'idée de Dieu et le puissant sentiment religieux qui les entoure chez les Juifs orthodoxes sont sûrement une des causes les plus efficaces de l'étonnante ténacité avec laquelle le peuple juif, en dépit de ses fréquents mélanges avec des prosélytes de races étrangères, a gardé son esprit propre, quoi qu'il n'ait plus été soutenu, depuis la chute de Jérusalem, par aucune puissance étatique.

IV

On ne pourrait guère s'imaginer une plus grande opposition que celle qui existe entre le légalisme religieux fanatique du judaïsme post-babylonien et le rationalisme, ouvert à l'ensemble du monde et dégagé de préjugés même dans le domaine juridique, de la culture hellénique, qui s'est rencontrée avec le judaïsme dans l'Asie-Mineure et l'Egypte. Au moment du plein développement de cette culture, les Grecs ont cru savoir exactement de quelle manière humaine s'étaient constitués leur droit et leurs lois. Ils connaissaient les noms de leurs grands législateurs, d'un Lycurgue, d'un Solon, d'un Bion et d'un Pittacos. La technique législative, la *nomothésie*, leur était familière. Platon, leur plus grand philosophe, avait, dans ses livres sur l'Etat et sur les Lois, entrepris de déduire la meilleure organisation juridique du peuple uniquement et scientifiquement de la raison. Assurément Platon était au fond un esprit religieux; il dit, en effet, dans le *Timée* que, pour comprendre le monde, il faut s'enquérir du Père et Créateur de toutes

les choses. Pour la formation du droit la mesure de toutes les choses chez les Grecs n'est pas Dieu — comme chez les Juifs — mais l'homme selon la formule de Protagoras. Cela s'applique en ce qui concerne l'ordre juridique même pour Platon, le grand adversaire des sophistes. Dans les projets positifs pour l'ordonnement de la vie juridique du peuple que Platon a tracés dans ces deux livres, les motifs religieux ne jouent aucun rôle. Ce sont des considérations d'opportunité qui dirigent la marche de sa pensée. Si les buts que s'assigne Platon nous paraissent souvent étranges et radicaux, en revanche, son grand antagoniste Aristote, dans le traitement de questions de droit, se place solidement sur le terrain de la réalité terrestre; il semble être encore plus éloigné de toute liaison religieuse.

Mais cette conception séculière et rationnelle du droit, telle qu'elle a été élaborée par les philosophes grecs et qu'elle est devenue plus tard le fondement de la philosophie du droit européen moderne, ne saurait aucunement être considérée comme propre à l'esprit grec originaire. La forme dans laquelle s'est présenté au peuple hellénique le problème des rapports du droit et de la religion a été initialement d'une toute autre sorte. Ce peuple s'est senti, dans toutes les situations de la vie, dirigé par des forces divines, et le grand nombre des figures caractéristiques de ses dieux n'est qu'un miroir de la masse des relations religieuses qui remplissaient son existence. De leurs plus anciennes traditions il résulte que les Grecs concevaient le droit comme l'émanation de la volonté divine suprême, comme l'œuvre du père des cieux Zeus. D'après les diverses aptitudes qu'ils lui prêtaient à ordonner juridiquement les diverses formes de la vie humaine en commun, Zeus recevait des surnoms différents : comme Zeus Horkios il veillait par exemple sur le respect de la sainteté des serments et contrats; comme Zeus Agoraios il réglait les marchés et assemblées; comme Zeus Xenios, il créait les bases du droit des étrangers et du droit international des Grecs, etc. Mais il n'a pas suffi à l'esprit hellénique de rattacher l'ordre juridique au dieu suprême; il a créé deux divinités qui rendaient palpables deux formes particulières de la vie juridique, à savoir Thémis et Diké, qui sont les personifications l'une de l'ordre juridique mis sous la protection divine, et l'autre de la juridiction de l'Etat. C'est par là que les Grecs se distinguent de presque tous les autres peuples connus; car, si généralement que soit répandue parmi les peuples primitifs la conviction que le grand bienfait de l'ordre juridique doit être attribué à des puissances divines, bien rarement s'est produit le phénomène que l'ordre juridique lui-même soit envisagé comme une personnalité, revêtu d'une figure divine et mis à côté de la plus haute divinité. C'est avec raison que Rudolf Hirzel, dans son beau livre sur « Thémis et Diké », a signalé qu'il est erroné de refuser au peuple grec le titre d'honneur d'un peuple juridique. Sans doute, les Grecs, par leur caractère passionné, ont pu facilement être conduits à des violations du droit; mais par là même ils ont senti d'une façon particulièrement forte ce que droit et loi signifient pour la vie humaine; et c'est justement pour cela qu'ils ont placé ces conquêtes de la culture sous la protection de puissances religieuses. Même Démosthène, qui pourtant appartient déjà à l'époque rationaliste, désigne la loi, c'est-à-dire le « Nomos », comme « invention et don des dieux ».

Au-dessous du cercle des dieux olympiens, nous trouvons dans la tradition grecque un grand nombre de divinités liées au sol, « chthoniennes »

qui sont plus anciennes et, pour la conscience populaire, parfois plus vénérables en ce sens qu'un culte local particulièrement solennel leur est dédié. Parmi elles aussi il y en a qui sont des personnifications d'idées juridiques. Il en est ainsi notamment des Erinnyes, les déesses de la vengeance, dont la mission est de donner une exacte punition à l'injustice commise. Elles sont des restes d'une couche culturelle plus ancienne, à savoir de la période de la vengeance du sang qui, comme partout, a précédé la peine publique. La lutte entre ces divinités préhistoriques et le monde des dieux olympiens, entre la vengeance du sang et la peine publique, est évoquée d'une façon émouvante dans la célèbre scène de l'Orestie d'Eschyle où Athénée compose avec les Erinnyes en leur garantissant la persistance de leur culte, comme Euménides « bienveillantes » et leur substitue le tribunal civil de l'Aréopage au premier jugement duquel elles participent. La déesse avertit alors les juges populaires d'exercer leur mission sans égard à la personne et avec la sévérité nécessaire pour éviter que les déesses de la vengeance surgissent de nouveau des entrailles de la terre et ne reprennent l'exercice de leur ancien droit.

V

Il est frappant que chez les peuples auxquels nous devons le plus haut développement de l'idée du droit dans l'antiquité, les Romains, on ne rencontre point de pareilles personnifications de l'idée du droit en figures divines. Sans doute les Romains ont été enclins à faire sortir de toute sorte de notions abstraites des super-êtres immatériels, comme on le voit souvent chez leurs écrivains, même parfois à l'occasion des notions de justice et équité, pour lesquelles ils créent la *Justitia* et l'*Aequitas*. Mais ils sont loin de l'imagination plastique d'où sont sorties la Thémis et la Diké grecques. Et pourtant ils ont développé, dans l'application pratique du droit, deux notions juridiques logiquement apparentées à ces personnifications grecques : *Fas* et *Jus* qui correspondent, jusque dans leurs détails, la première (*Fas*) à Thémis et l'autre (*Jus*) à Diké. *Fas* est ce qui est droit d'après la volonté des dieux. *Jus* est ce qui règle les rapports entre les hommes sous la sanction de l'Etat. Il y a des passages isolés dans la littérature romaine où *Jus* et *Fas* sont invoqués comme témoins dans les contrats; mais on ne trouve nulle part une personnification de ces notions en divinités.

Par contre, l'influence pratique de la religion sur la vie juridique journalière des Romains a été notablement plus forte. La religion, en effet, est une notion romaine, *religio* signifie la liaison des hommes à des puissances célestes. C'est ce qui explique le grand rôle qui, dans l'ancien temps, a été attribué pour l'administration du droit à la prêtrise patricienne romaine, les pontifes. Contre ce privilège a été dirigée la lutte des plébéiens pour obtenir un droit civil écrit. Elle a conduit à l'institution des *decemviri legibus scribundis*, le comité des dix hommes pour la fixation des lois. Cette œuvre laborieuse de codification, la législation des XII Tables, inaugure la période de l'administration sécularisée du droit. La nouvelle justice profane a bâti le grand édifice du droit romain et donné ainsi au monde, pour plus d'un millier de siècles, un modèle de formation du droit. Mais même chez elle on reconnaît encore des éléments religieux jusqu'assez tard dans l'époque

impériale. Le plus grand des juristes romains, Papinien, a été un caractère nettement religieux, et même son successeur Ulpien, un cosmopolite et un rationaliste, le conseiller juridique et le premier fonctionnaire de l'empereur Alexandre Sévère définit la jurisprudence comme la connaissance de toutes les choses divines et humaines, la science du juste et de l'injuste (*juris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia*). Il nomme ainsi en premier lieu l'élément religieux du droit qui coïncide avec le *Fas*.

Si le droit romain avait gardé sa liaison étroite originaire avec la croyance aux dieux romains et le culte romain, il n'aurait jamais pu conquérir une portée universelle. Mais il n'est arrivé à sa perfection classique qu'à une époque où les têtes juridiques les plus intelligentes de tous les pays méditerranéens se réunissaient dans la capitale de l'Empire et où, par là, se sont amalgamées les traditions juridiques les plus diverses. Nous trouvons le résultat de cet amalgame dans le *Jus gentium* ou *Jus naturale*, se présentant comme le droit commun ou naturel de l'humanité, que ces juristes ont progressivement élaboré et mis à la place du vieux droit strict romain qu'était le *Jus Quiritium*. Ulpien lui-même — dont les écrits sont représentés dans la grande compilation justinienne par des fragments plus nombreux et plus étendus que ceux d'aucun autre juriste — n'était pas un Romain authentique : il était originaire de la ville de Tyr, en Phénicie. Comment aurait-il pu avoir le sentiment intérieur de la religion romaine ? C'est précisément dans le rationalisme de son évolution ultérieure que le droit romain a puisé la force de devenir la base de la formation du droit chez tant de peuples divers. Il s'est appliqué comme la *raison écrite*, nom que les Français, du temps de la Renaissance, ont donné au droit romain.

Ce n'a été qu'au moment où le christianisme est devenu, avec l'empereur Constantin, la religion d'Etat, que la religion et le droit sont rentrés en étroite liaison. Souvent les rescrits des Empereurs chrétiens invoquent comme base des idées d'ordre religieux et ecclésiastique ; mais cette liaison de la religion et du droit a finalement dégénéré, lorsque le culte païen des empereurs — contre lequel les chrétiens des premiers siècles avaient combattu jusqu'au martyre — a fait place à une nouvelle divinisation chrétienne des empereurs qui a été marquée pour l'éternité du stigmate de byzantinisme.

VI

Si néanmoins le droit romain, aussi bien dans la forme orientale byzantine d'un caesaropapisme, que dans la forme occidentale catholique d'une théocratie, a exercé une grande et durable influence sur l'ensemble des peuples européens, il l'a dû à l'attitude de l'Eglise en face des droits des peuples qui ont fondé le système étatique médiéval. La Migration des peuples avait malaxé dans son tourbillon les religions nationales et les droits nationaux des races comprises dans ce mouvement. Dans beaucoup de régions de l'Europe centrale, occidentale et méridionale s'étaient établis des immigrants germains, et les conquérants s'étaient mêlés à la population antérieure autochtone. Dans l'Europe orientale s'étaient entrelacées des couches finlandaises, slaves et germanes. Parmi ces races mélangées,

les unes vivaient d'après leur droit coutumier paysan non écrit, les autres d'après les codifications d'une civilisation parvenue à surmaturité. Les unes étaient grecques orthodoxes, les autres ariennes, d'autres encore catholiques romaines, et beaucoup étaient restées païennes. Il était difficile de les gouverner d'un même centre d'après des méthodes uniformes, comme avait cherché à le faire le grand roi Ostrogoth Théodoric. Le principe de la personnalité des lois a dominé. Chacun vivait sous son droit de race comme il vivait sous sa religion de race. Le droit écrit de l'empire romain et de ses provinces — qui, appuyé souvent par l'Eglise, a ainsi subsisté dans les formations étatiques de la migration des peuples — est retombé, par la décadence de la culture antique, à un niveau beaucoup plus primitif, quoique les rares savants du temps l'aient toujours tenu dans une estime plus haute que les droits populaires des races conquérantes. Les droits populaires ont été le plus souvent dans l'Europe centrale et occidentale, fixés en langue latine par des moines, qui cependant les désignaient comme *leges barbarorum*. Pour cette partie de l'Europe, l'activité des missions de l'Eglise romaine a pris une grande importance même pour la vie juridique. Car l'Eglise romaine y a revendiqué une juridiction ecclésiastique très étendue non seulement quant au droit du mariage et de la famille, mais aussi quant au droit pénal. Sa jurisprudence, aussi bien dans sa forme que dans ses règles de fond, a reposé sur le patrimoine d'idées romain. Ainsi s'est développé, par les décrets et décisions ecclésiastiques et par la pratique des Cours d'Eglise, le *jus canonicum* comme un droit universel européen. A son autorité les *leges barbarorum*, les droits de races, à raison de leur éparpillement, n'ont pu opposer rien d'égale valeur alors surtout que leur manquait la consécration religieuse propre au droit ecclésiastique.

La croyance populaire des races germaniques, qui ont bâti le nouveau système étatique européen, était inapte à développer des symboles religieux pour la vie juridique du genre de ceux que la mythologie grecque avait créés sous les figures de Thémis et de Diké. Le plus grand connaisseur de la mythologie germanique, Jakob Grimm, a déjà signalé combien faibles ont été chez les anciens germains les tentatives de l'imagination religieuse pour personnifier le Droit et la Justice en formes divines. Il a manqué le champion céleste pour défendre le vieux droit national contre le droit spirituel de la nouvelle croyance : ce fut pour défendre des vieilles divinités de la nature, Odin et Thor, Wodan et Donar, le Dieu du Ciel et le Dieu du Tonnerre que les non convertis combattirent contre les « chrétiens blancs ». La victoire de la croyance au Christ, dans la forme que l'Eglise lui avait donnée, a été suivie de la victoire du droit romain laïque. Ce qu'on appelle la réception de ce droit dans tant d'Etats de l'Europe ne se serait produit que difficilement si le terrain n'avait pas déjà été déblayé par le droit canonique. Etre versé dans le droit romain comme dans le droit canonique, pouvoir s'appeler *doctor juris utriusque* était l'ambition des étudiants en droit européens qui se coudoyaient dans les nouvelles universités.

VII

Les deux grandes scissions de l'Eglise dont souffre la chrétienté jusqu'à nos jours, à savoir le schisme qui s'est produit au XI^e siècle entre l'Eglise grecque-orthodoxe et l'Eglise romaine-catholique, et la Réforme du XVI^e siècle

cle, ont naturellement provoqué des différences dans les rapports entre la religion et le droit qui demandent d'être examinées rapidement du point de vue du droit comparé.

L'Eglise grecque orthodoxe, qui se vante non sans fondement d'être le successeur direct des communautés chrétiennes primitives, tandis que les autres confessions chrétiennes ne s'en sont détachées que plus tard, a eu, du point de vue juridique, une position particulière en ce sens que sa prétention à dominer tout l'ensemble de la vie, y compris la vie séculière de ses croyants, a influencé les rapports juridiques plus fortement que cela n'a été le cas des autres Eglises chrétiennes. Il est tout à fait en harmonie avec sa conception de base des rapports du pouvoir ecclésiastique et du pouvoir séculier que, partout où elle règne, on se reporte pour déterminer la vie juridique, non pas à l'appartenance à un Etat séculier ou à une race ethnique, mais à l'appartenance à la communauté religieuse. Le patriarche de Constantinople, qui dans l'ancien temps a été le chef de l'ensemble de l'orthodoxie grecque, a été tenu par les croyants dans le même respect que les souverains des Etats dans lesquels ils habitaient. Son autorité s'est aussi fortement établie chez les groupes européens de croyants orthodoxes que dans les groupes orientaux. Après la conquête de Constantinople par les Turcs cette autorité s'est plutôt fortifiée qu'affaiblie ; car les souverains islamiques — qui, quand ils laissaient la vie aux incroyants, les traitaient avec le plus grand mépris — s'abstenaient de toute intervention dans les rapports juridiques entre eux des « chiens de chrétiens » et se contentaient d'exiger d'eux l'obéissance de sujets aux ordres des fonctionnaires turcs et d'extraire d'eux le plus possible d'impôts. La protection ecclésiastique de la vie juridique propre des grecs orthodoxes ne suffisait naturellement pas pour les mettre à l'abri des injustices et des oppressions. On en vint à ce que, à la suite des premières relations de la France sous François I^{er} avec le Sultan, l'Etat français s'interposa comme protecteur de la chrétienté orientale.

La signification importante que leur Eglise avait pour le droit de la famille, le droit des successions et le droit du patrimoine, ainsi que pour la situation de droit public des grecs-orthodoxes, a subi son premier ébranlement par la destruction du pouvoir de direction unitaire du patriarcat de Constantinople. L'Eglise russe, par suite de la soumission commune de nombreuses principautés slaves au Tsar russe, a été séparée du patriarcat et reliée étroitement au Tzarisme. Mais par là n'est pas disparue l'influence de l'Eglise grecque-orthodoxe sur la vie juridique de ses croyants ; au contraire, elle s'est fortifiée dans la forme du caesaropapisme. Combien l'Etat russe s'est identifié avec la croyance orthodoxe et combien fortement, dès lors, cette croyance a dominé la vie du peuple aussi bien dans le droit civil que dans le droit public, cela est suffisamment connu par les nombreux combats par lesquels le tsarisme a cherché avec plus ou moins de violence à s'incorporer les éléments non orthodoxes, par exemple dans la Baltique, et au cours desquels les sectes dissidentes ont lutté contre l'intolérance, protégée par l'Etat, de l'Eglise dominante. On connaît aussi le rôle que le « Saint Synode » a joué dans la politique de l'Empire russe.

Avec l'éveil du nationalisme, qui a gagné au cours du XIX^e siècle aussi les peuples balkaniques, l'Eglise orthodoxe a subi les répercussions de l'effort des divers peuples pour la conquête d'une complète indépendance

qui entraînaient la soustraction progressive au Patriarcat de Constantinople, l'un après l'autre, d'une série de domaines où il avait exercé directement sa domination ecclésiastique. Ainsi sont apparus les Exarchats ; chaque Eglise nationale orthodoxe a voulu devenir « autocéphale » et y est parvenue avec le temps en utilisant les luttes politiques de l'Europe balkanique. A côté du patriarche de Constantinople sont apparus les patriarches des capitales des nouveaux Etats libérés de la domination turque ; le « phanar » n'a plus conservé qu'une autorité supérieure dans les questions religieuses. Mais aussi dans les nouvelles formations ecclésiastiques de l'Orthodoxie grecque, il a toujours subsisté une étroite union entre le régime religieux et le régime étatique. Quiconque a entendu parler dans les Conférences oecuméniques des dernières douze années les représentants de ces Exarchats a été fortement impressionné par leur passion nationaliste.

Cette prétention de l'Eglise orthodoxe à collaborer à la direction même de la vie séculière de ses croyants est peut-être l'une des causes de la haine avec laquelle le bolchevisme a persécuté cette Eglise en Russie, quoique ce soit en première ligne la conception du monde matérialiste — que le bolchevisme cherche à substituer à toute croyance supranaturelle — qui soit la principale responsable de l'intolérance inouïe avec laquelle sont combattues en U.R.S.S. non seulement la vieille Eglise des Tsars, mais toutes les formes de communautés religieuses.

VIII

C'est de toute autre façon que l'Eglise romaine-catholique a exercé son influence sur la formation du droit dans les régions où elle domine. Nous avons déjà signalé l'action du droit canonique ; elle s'est fait sentir principalement sur le terrain du droit privé et du droit pénal. En ce qui concerne le droit économique, l'Eglise catholique-romaine s'est opposée, au moins théoriquement, à l'établissement du capitalisme en défendant le prêt à intérêt, quoique même au Moyen Age elle l'ait toléré sous des formes déguisées. Quant au droit public, l'Eglise catholique-romaine a été capable de s'accommoder de toute forme de gouvernement — attitude qui la caractérise jusque dans les temps les plus récents. En principe, elle maintient la primauté du glaive spirituel sur le glaive séculier — prétention qui donna naissance au Moyen Age à la néfaste querelle des investitures entre l'Empereur et le Pape et qui déchaîne aussi, dans les Etats modernes, de temps à autre, un Kulturkampf. Mais, si le Vatican obtient dans les Concordats un minimum de droits et de privilèges, il devient relativement indifférent à l'égard de la forme de l'Etat et des bases idéologiques de la puissance étatique.

Dans les temps de sécularisation — comme cela a été particulièrement le cas de la renaissance — l'Eglise catholique romaine est allée jusqu'à mettre ses dignitaires à la disposition des Empereurs et des Rois comme serviteurs de l'Etat. C'est ainsi que se sont formées les principautés ecclésiastiques, dont la plus importante a été l'Etat de la Papauté et qui ont été surtout nombreuses dans le Saint Empire allemand. Ces principautés séculières de représentants de l'Eglise romaine n'ont été sécularisées que

dans le cours du XIX^e siècle ; mais l'idée qu'elles représentaient a fait sa réapparition dans les Traités de Latran conclus par Mussolini avec le Saint-Siège, qui, de nouveau, ont mis à la disposition du chef de l'Eglise catholique romaine un territoire de domination séculière autonome, la Città del Vaticano.

Une liaison particulièrement étroite de l'Etat et de l'Eglise romaine-catholique a existé, au début des temps modernes, dans l'Empire mondial espagnol. Il suffit de rappeler la coopération des deux puissances en matière d'inquisition, ainsi que le fait que l'administration coloniale espagnole de l'Amérique du Sud a fondé ou permis d'établir sur les frontières de son cercle de domination une série d'Etats autonomes d'Ordres religieux, dont le plus célèbre est la théocratie des Jésuites au Paraguay.

IX

La Réforme n'a pas apporté une solution uniforme à notre problème de la signification de la religion pour la science du droit comparé. Luther, qui avait une vue si généreuse et radicale de la « Liberté de l'homme chrétien » était pourtant prêt à obéir sans condition à l'autorité séculière, dans les limites, bien entendu, conciliables avec la conscience. Le fait que sa lutte contre les abus de l'Eglise romaine d'alors a été acceptée et favorisée principalement par les princes allemands l'a conduit à rendre dépendante des princes des divers pays sa jeune Eglise, dont le développement n'a plus correspondu à ses vues réformatrices originales. La conversion du prince à la nouvelle foi a été pour ainsi dire la condition du succès du travail de la Réforme : ainsi est née la doctrine du *Summum-episcopat* du souverain du territoire, c'est-à-dire la puissance épiscopale suprême de ce souverain sur l'Eglise luthérienne de son domaine ; par suite, l'Eglise a été contrôlée et dirigée par les fonctionnaires de l'Etat dans la mesure où il ne s'agissait pas de la foi proprement dite. La législation de l'Eglise est devenue dépendante des organes de la législation de l'Etat.

L'opposition acharnée de l'Empereur Charles Quint contre le nouvel enseignement religieux a eu comme suite naturelle que le luthérianisme a pris parti contre lui et pour les princes ; de la guerre de Smalkalde jusqu'à la fin de la guerre de Trente Ans le luthérianisme a combattu du côté des princes qui, considérés par l'Empereur comme des vassaux rebelles, ont été reconnus dans le Traité de Westphalie, du point de vue de droit international, comme souverains de leurs territoires. Il n'est donc pas étonnant que le luthérianisme se soit soumis au système de l'Etat absolutiste qui, depuis 1648, a dominé le monde des Etats européens et le droit international public.

Jusqu'à aujourd'hui, le luthérianisme, dans son enseignement religieux, d'une orientation fortement eschatologique et quietiste, est resté relativement indifférent à l'égard du droit de l'Etat. Suivant l'exemple de l'Apôtre Paul qui avait prescrit aux communautés chrétiennes primitives d'obéir aussi à l'autorité romaine païenne, le luthérianisme a souvent méconnu le caractère essentiellement révolutionnaire de la doctrine de Luther et a conclu avec des formes d'Etats des compromis d'une nature fort peu chrétienne.

X

Tout autre est l'attitude de la forme réformée du protestantisme. Je n'insisterai pas ici sur la liaison particulière qui s'est établie chez Zwingli entre l'idée de l'Etat et la religion, étant donné que ses répercussions ont été relativement de peu d'importance, tant au point de vue de leur durée qu'au point de vue de leur propagation géographique. Décisive au contraire est restée l'action exercée par le grand Calvin. Chez lui et chez son élève John Knox le postulat indiscutable est la théocratie ; sous Calvin Genève a été gouverné au nom de Dieu et Knox, à Edimbourg, a déclaré une guerre énergique au nom de la foi à la royauté de Marie Stuart. Pour le protestant réformé la constitution de l'Eglise elle-même n'est déjà plus, comme chez Luther, une chose séculière (*weltlich Ding*), dépendant des circonstances du temps ; c'est un problème essentiellement religieux. Comme cette revendication veut aboutir au droit pour la communauté de disposer librement d'elle-même, même par rapport à l'Etat, elle implique la protestation contre l'absolutisme princier et l'idée fondamentale de la démocratie politique par laquelle le calvinisme, dans tous les pays où il a conquis la majorité, a influencé la vie de l'Etat. Encore pendant la guerre on a pu reconnaître cette identité entre le christianisme réformé et la démocratie politique dans les idéologies par lesquelles les puissances occidentales ont entraîné un nombre toujours plus grand d'Etats dans la lutte contre l'Allemagne.

Très importante a été aussi l'influence du christianisme réformé sur le droit économique. Les recherches des deux savants allemands Max Weber et Ernst Troeltsch ont nettement prouvé que la préoccupation des calvinistes de faire pénétrer même dans la vie séculière leur point de vue religieux, leur conception active de la profession et de l'activité productrice, ont eu pour conséquence l'essor du capitalisme en Europe et, plus tard, en Amérique. Il est superflu de parler ici des nombreuses sectes dont les unes remontent au-delà de la Réforme et dont les autres se sont détachées en grand nombre des Eglises réformées ; leur caractéristique commune est peut-être leur inclination à ne pas s'occuper de tout ce qui touche au droit et à l'Etat et à se cantonner dans le paisible exercice en commun de leur culte. Pour le droit comparé il n'y aurait pas grand profit à tirer de l'étude de ces sectes.

XI

Si, dans les pages finales, nous envisageons rapidement les systèmes non chrétiens qui règlent la vie religieuse et juridique de grandes parties de l'humanité, notre regard se porte sur quatre religions différentes par leur âge et leur contenu : l'hindouisme, le schintoïsme, le bouddhisme et l'Islam. La doctrine qui joue toujours encore un grand rôle pour les millions de chinois, le confucianisme, ne peut pas être considérée comme une religion proprement dite : elle se limite, au moins d'après son origine, à une sagesse de la vie pratique.

Il en est autrement de l'hindouisme qui n'est qu'une variété de la religion hindoue primitive des brahmanes. Il présente un intérêt juridique

par sa séparation étanche des castes qui joue un si grand rôle dans le droit public et civil des Indes. Les luttes interminables entre les Hindous et les Musulmans montrent assez le fanatisme qui peut en sortir, et cela malgré que l'hindouisme ne se préoccupe pas de la puissance de l'Etat, ni des races auxquelles appartiennent ses croyants. C'est seulement avec Ghandi que s'est produit à cet égard un changement qui, comme on le sait, a été jusqu'à vouloir effacer l'opposition entre les castes.

En revanche, le schintoïsme, la religion officielle de l'Empire du Japon, a une forte orientation étatique. La vénération religieuse de l'Empereur, le rattachement de l'origine de la famille impériale à la divinité elle-même, la puissance morale illimitée que l'Empereur exerce sur le peuple prouvent combien fortement la vie juridique de la grande puissance grandissante japonaise est influencée par la religion. Il est très caractéristique qu'un des plus renommés d'entre les spécialistes du droit public du Japon ait provoqué une tempête d'indignation pour avoir emprunté des sources européennes la qualification de l'Empereur comme un « organe de l'Etat » et que cette tempête ait fait branler des fauteuils ministériels et soulevé une vive excitation au parlement et dans l'opinion publique. Il en est même résulté des sanctions prises contre celui qui a commis ce crime contre la religion.

Dès le début le Coran a été un Code non seulement religieux, mais aussi juridique. Si dans les temps nouveaux se sont produits, dans le monde islamique des mouvements de sécularisation de la vie juridique, le succès de sa secte rigoureuse et fanatique, le Wahhabites, montre toutefois qu'il y a dans ce développement un élément étranger dont la majorité des croyants s'écarte. Nous avons déjà rappelé que le système juridique coranique a limité lui-même son application aux croyants ; les non-croyants qui ont leur résidence dans les territoires de souverains mahométans vivent sous leur droit particulier ; les croyants seuls sont soumis aux règles religieuses du Coran. Cela s'applique notamment, pour le droit immobilier islamique, au Wakf par rapport auquel les européens immigrés ou commerçants dans le domaine de l'Islam ont fait tant de mauvaises expériences.

Quant au bouddhisme, c'est celle des quatre grandes religions non chrétiennes indiquées pour laquelle il est le plus difficile de déterminer sa position précise par rapport au problème du droit. Le bouddhisme, dans sa marche victorieuse au travers de grandes parties de la terre, s'est accommodé à tant de systèmes juridiques divers, a pris tant de formes religieuses diverses, qu'il ne saurait être question de porter ici un jugement unitaire sur lui du point de vue du droit comparé. Car je devrais toujours me rapporter au système juridique particulier de chacun des peuples qui ont accepté le bouddhisme. Mais, par là, je dépasserais trop sensiblement les limites que je me suis imposées pour l'établissement de cette contribution.

EXCURSION DES VILLAGES MOÏ AUX MONASTERES CAMBODGIENS

ou

DE L'UTILITE DES ETUDES COMPARATIVES DANS LE DOMAINE DU DROIT CANON

Par Gabriel LE BRAS

*Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris
Directeur d'études à l'Ecole pratique des Hautes Etudes*

Il est peu de juristes qu'Edouard Lambert n'incite à élargir le champ de leur vision. Aux civilistes il prêche la comparaison ; aux économistes, l'universalité. Tandis que les romanistes croient le suivre ou l'abandonner au seuil incertain des Quirites, sa pensée erre paisiblement dans le présent et le futur des publicistes, de Washington à Genève, du Gouvernement des juges à la Société des Nations. Les canonistes aussi lui doivent de la gratitude, puisqu'il leur a rendu plus intelligible, par les leçons du Talmud et de l'Islam, un des fondements de leur science, la coutume. Comment douteraient-ils, après cette expérience, que la confrontation du droit qu'ils interprètent avec le droit des autres religions dût être fructueuse ?

Cette évidence ne les a point touchés autant qu'on pourrait croire, malgré les suggestions bienfaisantes de leur milieu et l'éclat des problèmes qu'on leur abandonne. Certes, la méthode comparative est pratiquée autour d'eux par bien des écoles : historiens d'un droit religieux, ils reçoivent conseil des sociologues, des juristes, des historiens des religions. Mais les premiers cultivent surtout les religions archaïques ⁽¹⁾ ; les seconds, le droit vivant ⁽²⁾ ; entre la préhistoire sacrée et l'avenir profane vers lesquels ten-

(1) Aussi bien en Allemagne et en Angleterre qu'en France, où l'Ecole sociologique (orientée par Durkheim et L. Lévy-Bruhl), prenant pour sujet fondamental la société primitive, offre aux juristes un tableau et une interprétation fortement instructifs des pratiques australiennes et africaines. Marcel Mauss demande (et il résout la question pour son compte, et de façon probante), si l'exploration ne devrait être poussée à travers toute l'histoire. Un canoniste, quelles que soient sa méthode et ses conclusions, répondra par l'affirmative.

(2) Le Congrès de la Société de législation comparée en 1900 (dont Edouard Lambert fut un des animateurs) manifeste cette préoccupation ou plutôt cette hantise du présent chez la plupart des civilistes. Les publicistes semblent plus curieux d'histoire moderne. Quant aux historiens du droit, ils ne comparent point très volontiers.

dent ces deux groupes, le parcours est mal éclairé par les historiens des religions nationales ou universalistes, moins sensibles au droit qu'aux croyances et aux rites ⁽³⁾.

Toutes les religions, cependant, ont eu à poser, à résoudre quelques-uns des problèmes que le canoniste étudie dans le secteur de l'Europe Occidentale. Et s'il est convenu que le canoniste a pour tâche propre d'expliquer le droit de l'Eglise, il semble naturel que sa curiosité le porte vers toutes les formes d'organisation religieuse, pour reconnaître la part d'originalité du système qu'il approfondit et aussi les préoccupations communes, les solutions variables des diverses sociétés spirituelles, leurs contacts et leurs emprunts ⁽⁴⁾.

Voici quelques semaines, un voyage en Extrême-Orient m'offrait l'occasion de préciser sur le terrain quelques-unes de ces requêtes. Il s'accomplit chez des peuples très divers, les plus frustes et les plus raffinés. Pour témoins, j'ai choisi deux d'entre eux, placés aux antipodes de la civilisation (si l'on met aux pôles la magie et la contemplation), les Moï et les Cambodgiens ⁽⁵⁾. Peuples sans dieux, puisque les génies, encore moins le Bouddha, ne sont divinités ; plusieurs traduisent, trop librement, sans religion véritable. Peuples secrets : leur réserve défensive, leur langue, la forme même de leur esprit les rendent, l'un et l'autre, inaccessibles au passant, qui peut seulement les regarder vivre.

Mais le simple spectacle lui apprendra que ces peuples ont une conception du monde et de la vie dont la place est justement marquée, malgré la prédominance, chez l'un, de la magie, chez l'autre, de la philosophie, dans toutes les Histoires de la religion ; que, privés d'une théologie systématique, ils ont une sorte de droit spirituel, entendez : des règles sociales commandées par leurs conceptions religieuses, magiques ou philosophiques. Et comme les questions restées sans réponse de Pleiku à Ban Don, de Phnom-Penh à Angkor ⁽⁶⁾ s'éclairent dans les bibliothèques des résidences ⁽⁷⁾, la seconde objection tombe ainsi que la première ; l'enquête que l'on était tenté de croire sans objet, puis sans bonnes sources, progresse avec facilité. Elle a

(3) Il nous suffira de renvoyer aux manuels de Chantepie de La Saussaye ou de Clemen. Est-il besoin de dire que la méthode comparative reçoit aujourd'hui une adhésion unanime ? Cf. Pinard de La Boullaye, *L'Etude comparée des religions*, t. II, Paris, 1925, p. 79-82.

(4) Il est bien entendu que la comparaison ne peut être la besogne essentielle des canonistes. Mais si plusieurs d'entre eux ne l'entreprennent et d'abord ne sollicitent des concours, quel juriste s'en chargera ?

(5) Ils ne représentent pas, tant s'en faut, toutes les religions de ce vrai Panthéon qu'est l'Indochine. Le fond de la religion de tous les pays annamites est constitué par le culte des ancêtres, auquel s'ajoutent le culte des génies et des bribes de toutes les philosophies chinoises. Cf. L. Cadière, *Les religions de l'Annam*. L'animisme, lui aussi, contaminé par la Chine, règne dans les populations du Haut-Tonkin. Le christianisme compte plus d'un million de fidèles et il y a des survivances mahométanes chez les Chams.

(6) Ce sont les deux itinéraires de notre saison orientale (exactement un automne) que laisse prévoir le titre de notre article. Les deux centres de nos brefs séjours chez les Moï et au Cambodge furent Ban Methuot et Siem Reap. Il nous faut avertir le lecteur qu'une mission administrative, des entretiens avec les hommes politiques, une enquête sur les musiques locales, la visite des monuments chams, khmers et annamites, une excursion à Lai Chau, enfin les attentions de nos compatriotes, laissèrent peu de temps aux études religieuses.

(7) Et aussi dans les bibliothèques parisiennes. Celle de l'Agence du Gouvernement de l'Indochine, dirigée par M. Gautier, me fut particulièrement accueillante.

progressé logiquement, selon l'ordre de notre esprit, plutôt que de nos expériences : l'inconvénient serait grave, si nous n'avions pour garants des observateurs avisés et patients ; l'avantage est que la méditation se prolonge au delà des circuits indochinois qui lui ont servi de prétexte.

Que le Maître dont nous honorons le labeur exemplaire veuille bien accepter cette très modeste gerbe de réflexions rapportée d'Asie, et approuver les vœux pleins d'ambition pour autrui que nous plaçons sous son patronage.

I

Les Moï habitent la partie Sud de la Chaîne annamitique. Très anciennement établis en Indochine ⁽⁸⁾, ils ne forment pas un peuple, mais leurs tribus occupent des territoires dont chacun a ses traits propres — ethnographiques et sociaux : Indonésiens au Nord-Ouest (Bolovent, Kaseng) ; au Nord-Est, Indo-malaisiens se rattachant au groupe linguistique Mon (Bahnar, Sedang) ou au groupe malayo-polynésien (Jaraï, Rhadé). Les prêtres des Missions étrangères installés à Kontum depuis 1851, les missions Doudart de Lagrée et Pavie, enfin des officiers, des administrateurs, des médecins, des professeurs ont décrit leurs usages ⁽⁹⁾.

Populations variées et dont aucune ne peut être considérée comme primitive ⁽¹⁰⁾, puisque toutes ont subi des influences étrangères ⁽¹¹⁾ (Cham, Annamite), qu'elles se sont mutuellement contaminées ⁽¹²⁾, et que chaque jour l'Administration française ébranle leurs anciennes coutumes ⁽¹³⁾. Elles sont cependant les plus primitives d'Indochine ⁽¹⁴⁾.

Les observateurs s'accordent à considérer les croyances des Moï comme si rudimentaires qu'à peine peut-on leur reconnaître des apparences religieuses ⁽¹⁵⁾. Hantés par la crainte de forces cachées, les phi, qui siègent dans

(8) Les fouilles de Mansuy autorisent à penser qu'ils ont jadis occupé de vastes territoires. Cf. *Bulletin de l'Ecole française d'Extrême-Orient*, t. XXV, p. 211 et 479.

(9) Bibliographie et classification dans le *Bulletin de l'Ecole française d'Extrême-Orient*, t. XXI, 1921, p. 167-169. Voyez aussi ce *Bulletin*, t. I, 291 (Lavallée).

(10) Voyez les justes remarques de M. Ner, *Les Moï du Haut-Donnai*, dans *Extrême Asie*, n° 79, août 1933, p. 349. Ajoutez les conclusions générales de Th. Robinson, *Introduction à l'histoire des religions*, Paris, 1929, p. 39.

(11) Forte influence cham chez les Jaraï. Cf. *Introduction du Dictionnaire cam-français* d'Aymonier et Cabaton.

(12) Exemples dans le *Bulletin de l'Ecole française d'Extrême-Orient* t. XXI, p. 172 et 174.

(13) R. Maunier, *L'Annam nouveau : la Cour et la Tribu*, dans les *Comptes rendus des travaux de l'Académie des Sciences morales et politiques*, 1936, p. 719-724.

(14) Ce sont les seuls vrais sauvages, et l'on a tort de leur assimiler parfois les populations du Haut-Tonkin. Cf. Gourou, dans le *Bulletin de l'Ecole française d'Extrême-Orient*, t. XIX, p. 351.

(15) P. Néis, *Rapport...* dans *Excursions et reconnaissances*, n° 6, p. 268 : « Ils n'ont pas à proprement parler de religion ; ils n'ont qu'une idée extrêmement vague d'une puissance supérieure. Ils croient cependant que certaines actions ou l'omission de certaines pratiques traditionnelles peuvent porter malheur. On ne retrouve chez eux ni idole ni temple ni fétiche d'aucune sorte ; ils ne portent pas d'amulette. » Voyez encore H. Besnard, *Les populations moï du Darlac*, dans le *Bulletin de l'Ecole française d'Extrême-Orient*, t. VII, p. 78. La place occupée par le buffle dans les croyances des Moï l'a fait considérer comme un ancien totem par un observateur, J.-H. HOFFET, *Les Moï de la Chaîne annamitique entre Tourane et les Bolovent*, dans *La Géographie*, 1933, p. 1-43.



tous les objets mouvants ou inertes, et menacent constamment les humains ⁽¹⁶⁾, ces pseudo-sauvages ont, en réalité, une civilisation poétique et astucieuse. Naturistes et animistes, ils invoquent lyriquement la nature et les génies, tout en se gardant contre leurs méfaits ⁽¹⁷⁾.

Le souci de la défense collective leur a suggéré des rites et des règles qui, inspirés surtout par la magie, aboutissent parfois à ce que nous appelons le droit, le précepte social normalement muni de sanctions ⁽¹⁸⁾. Ecartons nos catégories didactiques, imaginons les sentiments des Moï à l'égard des puissances hostiles. Trois attitudes sont possibles : les ménager, les expulser, les concilier.

Pour ménager les phi, une police minutieuse a multiplié les interdits. Avant de nous introduire dans les villages, nos guides s'assuraient que l'entrée en était libre : car de nombreux événements obligent à refuser au passant l'accès des cases et des alentours, sous peine de provoquer la vengeance des esprits ⁽¹⁹⁾. La plupart des prohibitions ne s'expliquent-elles point par cette peur de la malfaisance, que déclenchent des provocations, des contacts, des présences ? Nombreux sont les interdits alimentaires et matrimoniaux ⁽²⁰⁾, les Khalam de toute sorte ⁽²¹⁾.

Malgré toutes les précautions, les forces malfaisantes troublent la paix. On les expulse par exorcismes. Ici encore, le droit confine parfois au rite. Où est, par exemple, la séparation dans la procédure de l'ordalie ? Les observateurs ne nous fournissent pas les éléments d'une réponse. Chasser le mauvais esprit, tel paraît être le but de l'opération décrite par Percheron ⁽²²⁾. Faut-il admettre qu'elle serve ailleurs à reconnaître l'abandon du sujet par les esprits tutélaires ⁽²³⁾ ? A obtenir la découverte ou un châtiment immédiat de l'auteur d'un dommage ⁽²⁴⁾ ? En ce cas, l'ordalie serait proche du serment assertoire des Bahnars ⁽²⁵⁾.

(16) Les Boloven ne rendent hommage qu'aux esprits malfaisants dont ils voient partout l'intervention. A. Lavallée, *Notes ethnographiques sur diverses tribus du Sud de l'Indochine*, dans le *Bulletin de l'Ecole française d'Extrême-Orient*, I, 292. Bienfaisants ou malfaisants, tous les esprits inspirent la terreur. Guerlach, *Mœurs et superstitions des sauvages Ba-Hnars*, dans *Les Missions catholiques*, 1887, p. 442-444. Dans leurs prières, les Rhadé s'adressent au Roi du Ciel, mais sans lui attribuer primauté hiérarchique.

(17) La littérature moï contient des images fort délicates. Mais ses expressions ne sont pas toujours assez précises pour que l'on devine le degré de personnalité des forces invisibles qu'elle honore.

(18) La sanction est infligée par les esprits, par le groupe ou par les sorciers. Ceux-ci imposent d'énormes amendes aux individus coupables du plus léger manquement aux rites ; le délinquant peut devenir esclave de l'esprit, c'est-à-dire du sorcier qui le représente. Baudesson, *op. cit.*, p. 57.

(19) Tous les voyageurs ont rencontré cet obstacle. Cf. Maître, *Les jungles moï*, Paris, 1912, p. 128 ; Trinquet, *Le plateau d'An-Khé*, *Revue indochinoise*, 1906, p. 1-159 ; Lavallée *Notes ethnographiques sur diverses tribus du sud de l'Indochine* dans le *Bulletin de l'Ecole française d'Extrême-Orient*, I, 292 et 297 ; Baudesson, *op. cit.*, p. 44.

(20) Maspero, *op. cit.*, t. I, p. 253. Baudesson, *op. cit.*, p. 43. Beaucoup de recherches à faire sur ce point, capital pour l'histoire du totémisme et du droit.

(21) Lavallée *art. cité*, p. 297.

(22) P. Percheron, *Magie et sorcellerie chez les Moïs*, dans *La Géographie*, 1934, p. 134-160.

(23) C'est l'interprétation de Baudesson, *op. cit.*, p. 68.

(24) Au Darlac, le sorcier guérisseur qui laissait périr son client était soumis à l'ordalie de l'eau, de l'alcool, de la résine ou du plomb fondu. Si l'épreuve le dénonçait

Jugement mystique ou contrainte des esprits, l'ordalie débarrasse le clan d'un principe mauvais : elle est une voie d'exécution. Plus souvent, le Moï pratique la voie de conciliation. Sa vie est une négociation constante : débiteur des esprits, souvent à son insu ⁽²⁶⁾, il désire se libérer, devenir protégé, créancier. Tous ces résultats s'obtiennent par le sacrifice, l'alliance, le vœu.

Chez les Sedang, les débroussailllements et les semailles du riz s'accompagnent de vœux ; les accouchements difficiles sont l'occasion de promettre un poulet ou un porc, qui est sacrifié le sixième jour après la naissance ⁽²⁷⁾, sorte de rémunération.

Le sacrifice est propitiatoire ou expiatoire : il a pour but de séduire ou d'apaiser les esprits. M. Guillemain, résident supérieur p. i. en Annam, a bien voulu nous communiquer le texte des prières prononcées à l'occasion de sacrifices, dans un village situé à deux kilomètres au Nord de Ban Methuot, et traduites en octobre 1936 par quatre instituteurs rhadé, sous le contrôle de l'officiant ⁽²⁸⁾. Elles concernent la naissance, le mariage et la mort. Après chaque naissance, une jarre d'alcool et une poule sont offertes aux génies, pour obtenir la prospérité de l'enfant, de ses parents et du groupe ⁽²⁹⁾. A l'occasion du mariage les esprits sont invités à venir boire une jarre d'alcool et manger un porc : on leur demande d'être témoins et, selon leurs pouvoirs, d'accorder la santé, de maintenir l'esprit traditionnel, de protéger contre les ennemis ⁽³⁰⁾. L'adultère donne lieu à l'offrande d'une jarre d'alcool et d'une grosse truie stérile, pour que les génies, désormais, veillent sur les ménages ⁽³¹⁾. La mort est l'occasion d'un appel aux gé-

il subissait une mort prompte ou un supplice horrible. H. Besnard, *art. cité*, p. 79. L'épreuve des œufs chez les Bahnars aurait pour fin la découverte du crime. Guerlach, *Chez les sauvages Ba-Hnars*, dans *Les Missions catholiques*, 1884, p. 453. L'épreuve de l'eau serait une punition. Guerlach, *Mœurs...*, *loc. cit.*, p. 513.

(25) Mordre le tuyau de la pipe signifie : « Que je meure par le poison, que le Tang me fasse périr si je ne dis pas la vérité. » Guerlach, *Chez les sauvages...*, p. 428.

(26) Guerlach, *art. cité*, p. 435.

(27) Maspero, *op. cit.*, p. 250 et 247.

(28) Elles sont probablement fort anciennes, mais nous ne savons pas l'âge de leur forme actuelle.

Toutes commencent par la même invocation : « O Génies de l'Est, Génies de l'Ouest, Génies d'en bas, Génies d'en haut, qui nourrissez, qui veillez, qui dispensez les richesses, qui donnez la vie... »

(29) « Donnez-nous des familles florissantes de cent ventres, de mille ventres... Que nos enfants restent avec leur mère sans pleurer; qu'avec leur père, ils ne se montrent ni capricieux, ni colériques, ni surnois... Que leurs cheveux poussent dru; qu'ils aient la parole claire et facile... Donnez-nous des filles qui puissent devenir sorcières guérisseuses, des garçons qui sachent de bonne heure manier le coupe-coupe et faire les travaux du ray. » Il y a là plusieurs traits de lumière sur l'idéal du Moï rhadé.

(30) L'invitation s'adresse d'abord aux génies compétents, ceux du banian et de l'arbre hra, de la sage-femme et de la sorcière guérisseuse, du santal, de l'écorce, du bambou taillé en biseau pour trancher le cordon ombilical : on leur demande santé, fécondité, bonheur durable, fidélité à la coutume des ancêtres dans la vie commune. Contre les ennemis, sont adjurés les génies de la fontaine, du village, de la colline, de la montagne, de l'eau et de la chute; enfin ceux des morts et de la plante protectrice drao gun.

(31) « Surprise en flagrant délit d'adultère par son époux, celui-ci l'a agrippée par les cheveux et lui a asséné sur le dos des coups de poing. Il lui a déchiré sa couverture; il lui a tiré les cheveux. Génies, voici les batonnets représentant le porc et la jarre d'alcool que la coupable doit payer à son mari. » Suit une invocation à de nombreux génies du ciel, des arbres, des animaux, des objets familiers.

nies, accompagné de plantations et d'oblations, pour qu'ils dispensent force et bonheur ⁽³²⁾.

Des relations plus directes peuvent s'établir avec les phi, des alliances dont une admirable étude nous a révélé les mystères et auxquelles Maspero attribue un caractère contractuel ⁽³³⁾.

Un commerce si constant avec les esprits suscite des intermédiaires, qui détiennent des monopoles d'intercession: gardiens héréditaires des secrets pharmaceutiques, des formules de conjuration ou de propitiation ⁽³⁴⁾; pô lan rhadé, qui établissent un lien mystique entre les habitants et le terroir, et accomplissent certains sacrifices ⁽³⁵⁾; rois du Feu et de l'Eau, dont les armes défendaient le pays contre les ennemis et contre les éléments ⁽³⁶⁾.

★★

Quand il accomplit tous les rites que nous venons d'énumérer, le Moï n'opère certes pas la moindre dissociation entre croyances, liturgie et droit ! Il ne connaît point ces compartiments que notre science occidentale eut tant de peine à séparer. Le résultat seul importe : éviter le malheur, capter le bonheur. Mais pour l'obtenir, il crée des bribes de droit social. Ce qui intéresse professionnellement le canoniste, c'est de démêler cette part (et sans doute ce progrès) du droit dans les sociétés primitives. Y eut-il un temps où la retraite et l'exorcisme furent les seuls moyens du sauvage en face des puissances hostiles ⁽³⁷⁾ et les accords furent-ils plus tard inventés, perfectionnés ? L'histoire sacrée ⁽³⁸⁾ épouserait alors la courbe de l'histoire profane, de la guerre privée au pacte.

Porte close à toute conjecture, la pure observation nous apprend que dans les relations avec les phi, la contrainte et la négociation coopèrent chez les Moï de nos jours. Peut-être même sous le couvert d'un seul rite, comme dans l'ordalie. Et il est certain que des rites analogues à ceux des Moï, pourvus par notre langue des mêmes dénominations, ont fini par

(32) Prière récitée après l'inhumation d'une personne mariée, pour indiquer à l'esprit du mort ses nourrisseurs et les ressources qu'on lui prépare. Des Esprits des morts est ensuite sollicitée la bienveillance : on les avertit, en outre, que désormais seront unis les veufs et veuves.

(33) J.-E. Kemlin, *Alliances chez les Reungao*, dans le *Bulletin de l'Ecole française d'Extrême-Orient*, XVIII, n° 1, p. 1-119. Le caractère contractuel des alliances a été souligné par Maspero, *op. cit.*, p. 252.

La vie du Moï est tissée de serments; notre administration a su utiliser cette habitude. Cf. L. Sabatier, *Palabre du serment au Darlac*, Hanoï, 1930.

(34) Besnard, *art. cité*, p. 79. Nous sommes mal renseignés sur ce que l'on appelle du nom trop général de sorciers. Tous les ouvrages et articles cités offrent des notations brèves.

(35) M. Ner, *Rapport sur une enquête en pays moï*, dans le *Bulletin de l'Ecole française d'Extrême-Orient*, XXVII, 483-485. Un groupement d'une dizaine de villages forme un district, avec son pô lan, dont la fonction se transmet héréditairement par les femmes. Le pô lan doit faire tous les sept ans un sacrifice à la terre; il fait encore un sacrifice quand est découvert un inceste, un acte de bestialité, quand une personne est blessée en tombant dans un piège ou du haut d'un arbre.

(36) Lavallée, *art. cité*, p. 303; Guerlach, dans la *Revue indochinoise*, 1905, p. 184; Besnard, *art. cité* p. 80-85; Maître, *Les régions moï du sud indochinois*, Paris, 1909, p. 40-44; Maspero, *op. cit.*, p. 254 et suiv.

(37) Moyens dont l'application nécessite l'ébauche d'un code pénal, mais qui ne sont pas eux-mêmes juridiques.

(38) Entendez l'histoire des rapports entre l'homme et les forces occultes.

recevoir une signification proprement juridique : l'ordalie a été un remède social, un abandon à la puissance des esprits ⁽³⁹⁾; le serment, une incantation ⁽⁴⁰⁾; le vœu, une pression ⁽⁴¹⁾, avant (semble-t-il) de nous apparaître comme procédures judiciaires ou contractuelles.

Comment s'explique le développement de ces fonctions ? Les rites contraignants ont-ils acheminé au droit, à mesure que l'on personnalisait les forces hostiles, ou bien la notion juridique s'est-elle brusquement juxtaposée, à la suite d'une transformation du clan ou d'un contact avec l'étranger ? L'élément capital pour la réponse pourrait être dans la distinction de la religion et de la magie ⁽⁴²⁾. Tandis que la magie est une tactique invincible dans la guerre aux forces malfaisantes et l'utilisation des forces favorables, la religion, plus affective, moins mécanique, déprise l'automatisme, l'organisation religieuse distingue le rite et l'esprit, alors même que ses docteurs et ses scribes tendraient à les confondre ⁽⁴³⁾. La magie peut protéger le droit individuel ou social, consolider la propriété ⁽⁴⁴⁾ ou exiger des prohibitions; elle ne saurait créer un droit entre les forces anonymes et les hommes, non plus que les liens d'une église ⁽⁴⁵⁾, c'est-à-dire un véritable droit canon. Le droit canon ne naît que quand sont reconnus soit des puissances spirituelles avec qui l'homme peut traiter et qui appellent une adoration collective, soit des principes de vie spirituelle assez cohérents pour susciter une église ⁽⁴⁶⁾. Dans les deux cas, la vie commune des fidèles exige une discipline humaine, dans le premier s'ajoute la discipline des rapports avec les esprits ou la Divinité, pour obtenir le don, la caution, la sentence, et c'est alors que vœu, serment, ordalie prennent, croyons-nous, leur sens juridique ⁽⁴⁷⁾.

II

Du village moï à la bonzerie cambodgienne, la distance est brève, et le passage est brusque : au clan primitif succède l'assemblée des sages. Mais sur un point, celui qui nous occupe, rien de changé : l'indifférence

(39) L. Lévy-Bruhl, *La mentalité primitive*, Paris, 1922, p. 275 et tout ce passionnant ch. VIII.

(40) R. Allier, *Magie et religion*, Paris, 1935, p. 58-59. Sur les diverses fonctions du serment, cf. R. Hirzel, *Der Eid...*, Leipzig, 1902.

(41) Voyez le Dictionnaire de Hastings.

(42) Les grandes controverses sur la nature de la religion et de la magie que tantôt l'on oppose, tantôt l'on refuse d'opposer (H. Hubert et M. Mauss, *Esquisse d'une théorie générale de la Magie*, *Année sociologique*, 1902); sur les rapports historiques entre religion et magie (Frazer contre Jevons), nous ne pouvons ici que les évoquer. Notre attention va exclusivement aux rapports juridiques créés par religion et magie.

(43) Si « l'aire de la magie constitue la période de transition qui relie la vie sensorielle à l'intelligence organisée » (R. R. Schmidt, *L'aurore de l'esprit humain*, Paris, 1936, p. 244), le droit n'est-il pas au terme du développement, dans l'aire de la religion ?

(44) Huvelin, *Magie et droit individuel*, *Année sociologique*, t. X, p. 1-47.

(45) M. Halbwachs, *Les origines du sentiment religieux d'après Durkheim*, Paris, 1925, p. 20-21.

(46) Ainsi, le bouddhisme.

(47) En somme, police sociale pour la sauvegarde commune, dans la magie; droit ecclésiastique ou constitutionnel, dans les sociétés que coordonne un idéal de vie; droit sacré si les forces surnaturelles se prêtent à des rapports juridiques.

au droit n'est pas moindre dans le bouddhisme que dans l'animisme. La Communauté (Sāṅgha) a ses lois, mais elle les applique avec routine.

Nous avons pu l'observer chez les religieux (Bhikkus) à qui nous bornerons nos remarques. Quand nous les interrogeons sur leurs règles, tous, depuis les frustes jusqu'aux professeurs de l'Institut bouddhique, restaient impassibles. « Notre règle, me disait le Vénérable Nat, quand je le visitais dans sa cellule bien pourvue de livres, c'est la méditation ; notre but, d'atteindre et réaliser les vérités essentielles ».

Bien que les meilleurs guides m'aient accompagné au Cambodge, comme en Annam, au Tonkin et au Laos, dans les monastères ⁽⁴⁸⁾, presque toute mon instruction est tirée du livre, resté classique, d'Adhémar Leclère ⁽⁴⁹⁾, et d'un chapitre de Georges Coedès ⁽⁵⁰⁾, qui furent les bréviaires de mon pèlerinage ⁽⁵¹⁾.

Les monastères cambodgiens ont une très ancienne histoire ⁽⁵²⁾, qui débute vers le temps de notre saint Benoît. Nous les décrirons seulement tels qu'ils sont aujourd'hui constitués.

L'admission au monastère est subordonnée à des conditions d'âge, de liberté, d'honorabilité qui ne diffèrent pas profondément des exigences bénédictines ⁽⁵³⁾. Mais la perspective de l'engagement est très différente. On ne saurait parler du recrutement des religieux : un des traits du bouddhisme cambodgien et laotien est que tout jeune homme passe quelques mois ou quelques années au régime monastique. Simple stage coutumier. « Quand un médecin ou un légiste nous arrive d'Europe, me disait un prince laotien, dont l'extérieur et le langage pourraient rendre jaloux plus d'un de ses collègues occidentaux du Grand Conseil, il est bon qu'il retrouve sous la robe jaune son esprit naturel ». Une grande partie des religieux sont donc des retraitants. Même ceux qui habitent le monastère depuis de nombreuses années peuvent, doivent rentrer dans le monde, « dans le blanc », si leur pensée les y ramène ou plutôt leur appétit charnel.

Point de vœux perpétuels, d'ordination indélébile, ni même d'obligation sociale de rester dans la maison religieuse. Différence essentielle avec notre Occident : tous les hommes entrent au monastère, mais l'état monastique existe à peine. Au-dessous de vingt ans, on est novice (sāmanera) ; majeur, on devient bhikku, si le stage a suffi ; on chercherait en vain notre profès à vie.

(48) A Hué, le R. P. Cadière, dont on connaît les beaux travaux sur la religion en Annam ; à Hanoï, M. Tran-Van Giap, membre de l'Ecole française d'Extrême-Orient, auteur d'une étude sur *Le Bouddhisme en Annam, des origines au XIII^e siècle*, paru au *Bulletin de l'Ecole Française d'Extrême-Orient*, 1932, p. 191-268 ; à Takkek, M. l'administrateur Régnier. Les questions de ces autorités restaient le plus souvent sans réponse.

(49) *Le Bouddhisme au Cambodge*, Paris, 1899.

(50) *Religions indiennes du Cambodge et du Laos*, dans Maspero, *Un empire colonial français : l'Indochine*, p. 257-273.

(51) Les ouvrages de Leclère sur les coutumes civiles ont paru à Kohler une source assez riche pour qu'il en tirât, sans rien ajouter, un article : *Das buddhistische Recht der Khmers im Kambodscha*, dans *Zeitschrift für vergl. Recht*, XVIII, 313-357. Rien sur la religion.

(52) Premières traces du bouddhisme au Cambodge en 484 (Pelliot, *Bulletin de l'Ecole française d'Extrême-Orient*, III, 294), sous la forme du Grand Véhicule. Au XIII^e siècle, le Petit Véhicule triomphe.

(53) Leclère, *op. cit.*, p. 400-402.

Novices et moines pratiquent ensemble les vertus de l'ascète : chasteté, pauvreté, gravité. Ils évitent la conversation des femmes; ils ne possèdent que leur costume, d'une élégante simplicité : jupe, écharpe, ample toge jaunes, et un petit nombre d'objets indispensables ⁽⁵⁴⁾. Toutes les distractions mondaines leur sont interdites ⁽⁵⁵⁾.

Le monastère cambodgien est, comme tout monastère, un lieu de recueillement. Mais il diffère du monastère chrétien par l'absence d'une stricte hiérarchie, d'un programme commun, d'un véritable temporel.

S'il y a hiérarchie, c'est d'âge plutôt que de puissance : le vœu d'obéissance est ignoré dans le Sângha. Sans doute, un chef préside chaque maison. A peine pourrait-on dire qu'il la gouverne. Il n'a point l'autorité d'un abbé d'Occident, ni du khampo d'une lamaserie (comme j'ai pu l'entrevoir en Chine, dans de singulières scènes de correction peu fraternelle !). Il veille seulement à l'observation générale de la discipline et du rituel; il lit et applique au chapitre bi-mensuel le code des fautes ⁽⁵⁶⁾.

C'est qu'à la différence de nos monastères occidentaux, où chacun butine la science, travaille la terre, s'exerce aux antiennes, la bonzerie est une ruche un peu sommeillante, une école de renoncement individuel plutôt que d'activité collective. Erudition et labourage n'y ont point de crédit, et la liturgie fait défaut ⁽⁵⁷⁾. La quête du matin, si pittoresque et touchante, les besognes domestiques (enseignement, soins matériels), la méditation solitaire excluent contrôle et présidence ⁽⁵⁸⁾.

Encore moins rigide que la vie intérieure, l'organisation temporelle ne requiert point de chef. Le monastère cambodgien est sans domaine. Il peut avoir des biens donnés par les rois ou des particuliers, des esclaves ⁽⁵⁹⁾, mais les terres ne sont pas régulièrement administrées : ceux qui les cultivent fixent eux-mêmes leur offrande. Elles sont inaliénables. Et comme les bhikkus vivent d'aumônes et non de revenus, on devine que la comptabilité reste rudimentaire.

Entre les monastères n'existe pas, comme dans le catholicisme depuis un millénaire, le lien de l'ordre ou de la congrégation. Chaque maison est autonome ainsi que l'ancienne maison bénédictine. La centralisation ne s'opère qu'entre les mains du roi protecteur, qui nomme, pour la droite et la gauche, deux primats, le très juste éminent chef du Sângha et son inférieur, Monsieur l'éminent parfum, lesquels choisissent sur recommandation des religieux ou des pieux laïcs, le chef de chaque diocèse et de chaque monastère ^(59 bis). Mais ces hauts fonctionnaires n'exercent aucune autorité administrative, non plus que le religieux chargé dans chaque province des ordinations. « Ni le politique, ni l'économique ne troublent le spirituel », me répétait M. le premier ministre.

(54) Ceinture, sébille, rasoir, aiguille, passoire.

(55) Ils ont, cependant, des rapports assidus avec le monde, reçoivent et font des visites, prêtent leur concours à des cérémonies, ouvrent un temple au public. Coedès, *op. cit.*, p. 271-272.

(56) Leclère, *op. cit.*, p. 428-432.

(57) Ni rite, ni sacrement, ni dieu. Coedès, *op. cit.*, p. 268-269.

(58) Leclère, *op. cit.*, p. 421-427.

(59) Condamnés pour sacrilège et descendants de prisonniers. Sont esclaves; un esclave peut être offert au monastère et un homme libre peut s'offrir comme esclave.

(59 bis) Leclère, *op. cit.*, p. 391. Je ne sais s'il y a eu des changements à ce régime.

**

Les monastères cambodgiens ont attiré mon attention sur des problèmes qui dépassent, et de beaucoup, les limites de leur territoire et le siècle présent. C'est dans toute la zone du bouddhisme qu'il faudrait inspecter les monastères. Partout, règnent les lois fondamentales du Vinaya. Partout, aux chapitres de la nouvelle et de la pleine lune est lu le Pâtimokkha ; le Mahāvagga règle l'entrée au monastère, le costume, le régime de la saison pluvieuse, les cérémonies, la répression des schismes ; le Kullawagga : la procédure et les peines ⁽⁶⁰⁾.

Mais le Vinaya n'a point été appliqué ou compris ou même transmis uniformément dans tous les pays bouddhiques. Au Yunnan, et plus encore aux portes de la Mongolie, nous avons trouvé un autre climat et chacun sait que vivent d'autres régimes que dans les monastères du Cambodge ⁽⁶¹⁾.

Et c'est encore un régime différent que nous observions voici quelques années, dans les couvents et les confréries mendiantes de l'Islam. Les livres ne manquaient point pour nous informer, mais ils répondaient trop discrètement aux questions d'un canoniste. Zöckler a caractérisé avec beaucoup d'érudition l'ascétisme dans les diverses formes du monachisme. Il reste bien des ouvrages à écrire sur les fondements communs et les racines locales du monachisme ; les institutions analogues et les originalités ; les causes psychologiques et historiques des similitudes et des divergences. Ne s'est-on pas trop attaché à résoudre les problèmes d'influence, qui se posent évidemment pour les créations de Pachôme comme pour le Soufisme, au lieu d'explorer par le menu tout le développement juridique. L'histoire des règles monastiques et de leur application en chaque lieu offre un champ d'études immense et fécond, dont les juristes ne cultivent guère que l'extrême occident.

La même remarque vaut pour toutes les institutions. Aussi bien que les monastères, nous aurions pu choisir pour sujet les fondations pieuses. Leur étude est d'un vif intérêt en Indochine ⁽⁶²⁾. Elle appellerait comparaison avec les fondations de l'Islam et de la Chrétienté.

**

(60) Tous ces livres ont été traduits du pâli par T.-W. Rhys Davids et H. Oldenberg dans *The sacred Books of the East*, publiés sous la direction de Max Müller, vol. XIII et XVII.

(61) L'organisation de la communauté bouddhique est exposée d'une manière très générale dans Chantepie de La Saussaye, *Manuel*, p. 391-396, et avec plus de détails par H. Oldenberg, *Le Bouddha. Sa vie, sa doctrine, sa communauté*. Trad. Foucher, Paris, 1934, p. 373-419 et par H. Kern, *Histoire du bouddhisme dans l'Inde*, Paris, 1903, t. II, p. 1-245. Exposé classique dans R. Spence Hardy, *Eastern monachism*, 1860.

Sur la géographie actuelle du bouddhisme, cf. Hackmann, *Der Buddhismus* 2^e éd., 1917, résumé dans C. Clemen, *Les religions du monde*, p. 368-376. De toutes les organisations bouddhiques, celle du monachisme thibétain est la plus étudiée.

On trouvera une comparaison du monachisme bouddhique et du monachisme chrétien dans l'article de M. L. Lascar, *Buddhistisches und christliches Mönchtum*, *Benediktinische Monatschrift*..., 1930, p. 459-470.

(62) Les fondations de Jayavarman VII ont donné lieu à plusieurs études de L. Pinot et de G. Coedès dans le *Bulletin de l'Ecole française d'Extrême-Orient* (t. III, p. 18 ; t. VI, p. 44 ; t. XV, p. 108). Grâce aux inscriptions étudiées par ces deux savants, nous connaissons la floraison merveilleuse des hôpitaux et leur régime à la fin du XII^e siècle.

L'étude comparative des institutions religieuses, qui sont dans la religion l'objet le plus précis ⁽⁶³⁾, offre donc un domaine infini à la science. Un homme isolé s'y perdrait : le travail de collaboration s'impose entre spécialistes attachés à l'étude des diverses religions. Si la constitution d'une société se heurte à des obstacles invincibles, pourquoi ne formerait-on pas une compagnie sans statuts de tous les hommes que préoccupent les institutions religieuses ? Elle aurait pour conseillers ceux qui, dans les divers centres de la pensée française, de Paris à Hanoï, s'occupent de religion et de droit, et ses principaux auxiliaires seraient, dans nos colonies, les métropolitains et les autochtones qualifiés par leurs curiosités et leurs travaux. En Indochine, que de concours dans l'Ecole française d'Extrême-Orient, l'institut bouddhique, la société bouddhique, et chez les missionnaires, les administrateurs, les juges, les officiers, les universitaires. Ils sont nombreux ceux qui m'ont écrit ou dit, comme ce haut magistrat de Bangkok : « Que l'on nous donne des programmes, des questionnaires ».

Le programme comporterait une suite de monographies sur un sujet précis : par exemple, les ordalies ou l'organisation monastique dans un pays bien délimité. L'étude régionale est indispensable : il faut beaucoup de coupures pour dessiner une carte qui ne trahisse point la vérité. Que l'on se hâte de réunir les observations ! Même en pays conservateur, comme le Cambodge et les plateaux Moï, le monde se transforme vite ; bhikkus et pô lan survivront longtemps aux primitifs de la Tasmanie, mais d'avoir vu des bhikkus rivalisant aux courses de tricycles et des fils de pô lan appliqués à comprendre le système métrique m'oblige à redouter des changements dans l'ordre canonique.

Quant au questionnaire, à mon avis, la première enquête doit s'accomplir sans son secours ou ses entraves : il s'agit de découvrir les questions, leur nature, leur ordre, le degré d'importance de chacune d'elles. Ce n'est qu'après un contact sans préjugé avec les sources humaines ou littéraires que pourront être classés les renseignements dans des cadres à la mode occidentale. Non point ceux que propose telle ou telle religion positive : les plaidoyers de Foucart ou de M. Müller sont d'un égocentrisme désolant ⁽⁶⁴⁾, et le Dieu des chrétiens me préserve de vanter les cadres, pourtant si éprouvés, du droit canon ! Le questionnaire universel doit comprendre, évidemment, toutes les questions essentielles que se sont posées les organisateurs religieux, rangées selon leur ordre naturel. Ainsi, pour le monastère :

1. *Règles d'organisation.*

Part du droit commun (*Vinaya* ou *Codex juris canonici*), des statuts régionaux et locaux, de la coutume.

2. *La maison religieuse.*

Sa fondation : conditions exigées de l'autorité civile et religieuse (autoris-

(63) Y a-t-il une science des religions ? se demande J. Przyluski, dans la *Revue d'histoire des religions*, 1936, t. CXIV, p. 52-68. Nous pensons que la science aurait grand avantage à comparer distinctement dogmes, liturgies, droits, considérant chaque croyance, chaque rite, chaque institution dans les diverses religions.

(64) Foucart offrait pour étalon la religion égyptienne, Max Müller les religions de l'Inde. Voyez les critiques de Goblet d'Alviella, dans *Croyances, rites, institutions*, t. II, p. 266-271.

tion, dot, etc.). Sa personnalité. Sa place dans l'ensemble de l'organisation ecclésiastique et monastique.

Son temporel : sources, administration, aliénation.

Sa suppression : causes, modes, sort des biens.

3. *Le personnel.*

L'entrée au monastère : conditions physiques, morales, sociales. Les catégories d'entrants (âge, classe, etc.). Religieux et convers. La sortie, volontaire ou prononcée.

La hiérarchie : choix des chefs et des dignitaires (élection, nomination, etc.). Leurs pouvoirs. Le rang d'âge.

4. *La vie monastique.*

Les étapes : noviciat, ordinations.

Les devoirs : vœux, tenue, occupations. Règlement quotidien et assemblées périodiques (chapitre).

5. *Rapports avec le monde.*

La société religieuse : relations avec le peuple et les chefs.

L'Etat : privilèges et servitudes.

Les laïques : ministère (cérémonies à l'intérieur et à l'extérieur); relations privées.

Ce schéma est d'une extrême simplicité pour un canoniste : mais la plupart de nos juristes coloniaux, désireux de l'établir, n'ont pas sous la main une bibliothèque ni même une série de manuels canoniques; munis d'un directoire sommaire, ils feraient de précieux dossiers.

Puissent leur intelligence et leur zèle nous révéler tous les rouages des organisations religieuses. Cette vaste entreprise ne risque point de froisser ni même de gêner les croyants des diverses religions, puisque, délaissant représentations, dogmes et rites, elle les maintient sur le domaine des institutions positives. Elle ne peut qu'élargir l'esprit de ceux qui l'agréeront, dans une collaboration désintéressée et sans monarque ! Et quel humaniste serait insensible à cette étude des contacts juridiques entre les hommes tracassés par leur misère, et des institutions quasiment naturelles que cette communauté d'inquiétude leur impose ?

SECTION II

LES DROITS RELIGIEUX ET LEURS TRANSFORMATIONS

Il convient de rapprocher des articles classés dans cette section les études de MM. AOUAD, L'ATTACHEMENT DU PEUPLE MAROUNITE AU STATUT PERSONNEL DE SA COMMUNAUTÉ, publiée dans le Tome II, Quatrième Partie, Titre I^{er}, Chapitre III, Section III : « Heurt entre un Droit Immigrant et le Droit Religieux local », § 115, BALOGH, L'INFLUENCE DE L'ÉCONOMIE SOCIALE SUR L'ÉVOLUTION DU DROIT DANS L'HISTOIRE COMPARATIVE DU DROIT ET DANS L'ETHNOLOGIE JURIDIQUE, publiée ci-dessous, Chapitre III, Section II, § 16, et SIMONS, LA SIGNIFICATION DES RELIGIONS POUR LA SCIENCE DU DROIT COMPARÉ, publiée dans la Section précédente, § 7.

I

LE DROIT RELIGIEUX CHRETIEN. — DROIT CANONIQUE

RENARD, *La contribution du Droit Canonique à la science du Droit Comparé.*

Sur la SURVIE DU DROIT CANONIQUE DANS LE COMMON LAW cf. la contribution de M. COLVIN, LE SYSTÈME DE COMMON LAW « ANGLAIS » APPLIQUÉ AUX ÉTATS-UNIS EST-IL BIEN ANGLAIS ?, publiée dans le Tome II, Troisième Partie, Titre I^{er}, Chapitre I^{er}, § 67.

Sur le DROIT DES COMMUNAUTÉS CHRÉTIENNES DU PROCHE-ORIENT, cf. l'article de M. AOUAD, L'ATTACHEMENT DU PEUPLE MAROUNITE AU STATUT PERSONNEL DE SA COMMUNAUTÉ, publié au Tome II, Quatrième Partie, Titre I^{er}, Chapitre III, Section III, § 115.

LA CONTRIBUTION DU DROIT CANONIQUE A LA SCIENCE DU DROIT COMPARÉ

Par R.-G. RENARD,

Des Frères Prêcheurs,

Professeur honoraire à la Faculté de Droit de l'Université de Nancy.

Le droit canonique — c'est son originalité — est un terrain d'échange entre la science du droit et la théologie : non seulement la théologie morale, mais la théologie dogmatique. C'est par le reflet qu'il en reçoit que s'expliquent ses particularités. Il y a en lui quelque chose de juridique et autre chose qui ne l'est pas ; il est droit et non droit ; il est un *analogué* de la *raison* du droit ; il n'est pas « droit » à la manière des droits nationaux ou fédéraux ou du droit international ; il est droit à sa manière à lui, qui est la manière théologique.

Là est son intérêt pour le droit comparé : en vérité, le droit canonique est un juridisme curieusement équilibré entre deux sciences qui, même en dehors de lui, manifestent déjà, sous le rapport de la *méthode*, des affinités qui font pressentir les profits que théologiens et juristes pourraient trouver mutuellement à se fréquenter.

Par ailleurs, la *matière* même du droit canonique imprime à cette sorte de juridisme une frappe théologique qui le situe hors de l'alignement des autres systèmes juridiques. Le droit canonique est au service de la théologie, et, par la théologie, du dogme et de la révélation : c'est cela qui le sépare de tous les « droits civils », qui, eux, ne relèvent que de la sociologie, de la morale et de la métaphysique rationnelle.

De ce point de vue comparatif, nous considérerons successivement le droit canonique *en tant que règle* et *en tant que science*. On ne sera pas surpris de voir cette contribution marquée au coin des préoccupations qui, dans ce Recueil, lui donnent sa couleur propre : ceci est la page du canoniste, et le canoniste est d'abord un théologien, comme le théologien est d'abord un croyant. Telle est même l'impression qu'il nous plairait de laisser au lecteur de ces pages.

I. — LE DROIT CANONIQUE EN TANT QUE RÈGLE

A la question de savoir si le droit canonique a *raison* de droit, il faut indéniablement répondre par l'affirmative ; de la raison de droit, il con-

tient les trois éléments constitutifs : il est un principe d'*ordre* ; d'un ordre *impératif* ; d'un ordre *externe*. Mais, comme tout autre système juridique, il ne les contient qu'analogiquement : il les contient suivant le mode théologique.

De là une observation liminaire.

Touchant la théologie, la crise moderniste a fourni l'occasion d'accentuer l'inhibition de la science sacrée pour qui n'a pas la foi, ou, pour le croyant même, l'impossibilité ou en tout cas l'illégitimité de toute spéculation rationnelle en dehors de la lumière de foi : la théologie est inséparable de la foi. Touchant le droit canonique, s'il n'est plus permis de parler d'inhibition, du moins peut-on affirmer *à priori* la position désavantageuse du juriste dont l'esprit résiste aux vérités dont il est tributaire.

Et sans doute, on peut en dire autant, en quelque mesure, de toutes les branches du droit ; il faut une sensibilité japonaise, nous a déclaré un jour un collègue de Tokio, pour bien saisir le droit japonais, comme il faut une sensibilité catholique pour bien comprendre le droit canonique. Mais, ici, c'est toute une « conversion » de l'intelligence à opérer ! Et c'est bien autre chose que l'échange de deux mentalités nationales ! Le tour d'esprit du canoniste, comme celui du théologien, n'est point de ceux que façonnent l'hérédité ou le genre de vie ou toute autre différenciation naturelle : c'est le fruit d'une illumination surnaturelle. La lumière de foi, condition rigoureusement indispensable pour opiner au chapitre des théologiens, est une condition exceptionnellement privilégiée pour opiner judiciairement au chapitre des canonistes !

Pour s'en convaincre, il suffit de considérer l'un après l'autre les trois facteurs de la raison de droit.

I. — Le droit canonique a trait à l'*ordre* d'une société dont l'organisation juridique n'est que l'accessoire. L'Eglise est essentiellement une société d'âmes ; elle est elle-même une « âme commune » incorporée dans une structure juridique comme l'âme individuelle dans le corps humain ; et la symétrie n'est pas impeccable. Il y a entre l'Eglise et son revêtement juridique un rapport comparable — mais cette comparaison cloche encore davantage — à celui que soutiennent la nation et l'Etat ; mais, ceci, tout le monde le comprend parce que tout le monde appartient à quelque Etat et à quelque nation ; et cependant, déjà quelle difficulté pour un Français de réaliser l'âme germanique ou l'âme britannique ! Comment un incroyant entendra-t-il quelque chose à l'âme de l'Eglise, et se fera-t-il une idée juste du régime juridique construit en vue d'une mission divine qui lui échappe ? Le droit canonique est, pour lui, une boîte à surprise et peut-être à scandales : juriste de la chaire, il s'étonne de sa dévotion au texte et de sa fidélité à la méthode désuète de l'enseignement exégétique ; criminaliste, il se voile la face au spectacle des peines indéterminées ; publiciste, il proteste au nom de la séparation des pouvoirs ; magistrat, il note avec désappointement un chassé-croisé du for interne et du for externe et, partant, l'excès de confiance marqué à ses collègues des officialités : et tout cela est, en effet, bien difficile à admettre pour qui n'y voit qu'une espèce dans le genre auquel appartiennent les juridismes nationaux. Le droit français, le droit italien, le droit espagnol, et même le droit japonais, sont à l'alignement ; le droit canonique est sur une autre ligne. Les « droits civils » gouvernent des sociétés dont l'horizon est borné par le temps, et c'est pour-

quoi il vaudrait mieux, contrairement à la terminologie en usage chez les canonistes, les dénommer « droits séculiers » ; au contraire, la société temporelle dont la régulation incombe au droit canonique est l'habitable d'une société spirituelle qui doit s'épanouir dans l'éternité : la comparaison n'est permise qu'à charge de faire état du changement de clavier.

Du moins, ne suffirait-il pas, pratiquement, pour y voir à peu près clair, d'être un homme religieux ? Entre juristes étrangers, on arrive à se comprendre. Pourquoi n'en serait-il pas de même entre fidèles des divers cultes ?

C'est que les religions positives n'entretiennent pas ensemble des rapports assimilables à ceux des nationalités. Pas même les religions chrétiennes ; c'est la raison qui rend vaines toutes les tentatives d'unions religieuses interconfessionnelles ; l'Eglise catholique, en tout cas, ne souffre pas pareil rapprochement, et c'est d'elle et de son statut juridique intérieur qu'il s'agit ici. L'Eglise catholique est bien autre chose qu'un groupement humain constitué pour le culte de Dieu et le perfectionnement spirituel de ses membres, bien plus même qu'une société fondée par Dieu au sens d'une œuvre extérieure à sa divinité, comme fut la création de l'Univers, bien plus encore que l'« âme commune » dont nous parlons : elle est, pour le croyant, le « Corps Mystique » où se perpétue l'existence terrestre du Christ ; et ceci n'est point, dans la pensée du fidèle, une édifiante allégorie ; c'est une réalité : une réalité « physique », disent volontiers les théologiens, pour éloigner l'illusion qui la tiendrait pour une simple réalité juridique ou morale comme la nation, l'Etat, la corporation, la famille ; une réalité subsistante, autrement, mais aussi véritablement, que celles qui tombent sous les sens.

Partout ailleurs le lien social n'est qu'une relation, et la société, une simple « unité d'ordre » ; dans l'Eglise, le lien social consiste dans la participation de la Personnalité divine qui, s'étant fait chair dans le Fils de Marie, s'est fait une seconde existence terrestre dans la société des fidèles. C'est dire que l'altérité caractéristique des rapports juridiques, y est fortement atténuée par la concurrence d'une incorporation communautaire. Mystère de Jésus, mystère de l'Eglise, mystère du « Christ total », devant lequel échouent toutes les interprétations sociologiques ! Or, tout cela, pour l'incroyant, c'est une belle envolée lyrique. Il appelle cela de la mystique, et il aurait raison s'il avait de la mystique la même conception que le croyant : la mystique est le sens du mystère ; or le mystère est un fait et donc la mystique est un donné positif ; mais justement l'incroyant ne peut l'admettre.

Voilà tout un réalisme nouveau à l'intérieur duquel il faut se placer pour éprouver la sensibilité canonique. Le droit canonique n'est que le vêtement sous lequel l'Eglise apparaît sur le plan gouvernemental, comme les constructions théologiques sont le vêtement sous lequel le donné dogmatique se traduit sur le plan de la connaissance rationnelle, comme les cérémonies liturgiques l'évoquent en représentation sensible sur le plan cultuel. Théologie, liturgie, droit canonique : trois représentations fragmentaires, mais complémentaires, et par conséquent solidaires, du même mystère ; triple effort des facultés humaines associées dans le service de la Vérité ; triple voie d'accès à la contemplation sous la lumière de la foi ! Mais oui, le canoniste n'a qu'à l'être pleinement, comme le liturgiste ou le

théologien pleinement liturgiste ou théologien, pour s'élever fort au-dessus de son art ou de sa science ; quant au canoniste qui ne serait que juriste, comme le liturgiste borné à la science de la chorégraphie sacrée, et encore comme le philosophe qui ne saurait qu'agencer des syllogismes ou l'orateur qui ne serait qu'éloquent, — il risquerait de ne pas réussir beaucoup mieux en son propre domaine que le théologien qui prétendrait pouvoir traiter du dogme sans y croire.

Entre l'ordre canonique et l'ordre politique, entre le droit canonique et le droit séculier, telles sont, sous un premier aspect, l'analogie et la distance.

II. — Un *ordre impératif* : par ce deuxième trait l'ordre juridique se distingue de l'ordre physique et se rapproche de l'ordre moral : la loi juridique comme la loi morale commande à des êtres libres.

L'*imperium* juridique est essentiellement un pouvoir social qui s'exerce par le peuple ou au nom du peuple par celui *qui vicem gerit multitudinis* ; suivant l'enseignement de l'Eglise il repose sur la puissance de Dieu qui, en donnant à l'homme une nature sociale et en le mettant dans la nécessité de vivre en société a, du même coup, consacré le principe de l'autorité indispensable à la vie sociale, et dans chaque société le confirme en celui ou en ceux qui ont la charge du bien commun et pourvoient effectivement à ses exigences.

Cela est vrai également, indifféremment, de toutes les sociétés, de tous les régimes politiques, de toutes les variétés constitutionnelles. Egalemeut, indifféremment, — mais non sans certaines distinctions ; ici encore il y a des modes, et le mode théologique se distingue de tous les autres, non à la manière d'une différence spécifique dans le genre prochain, mais par un caractère irréductible à aucun genre, parce que, si haut qu'on remonte dans l'échelle des genres, il est unique dans le sien.

La société, dont le droit canonique est la charte juridique, est un corps réel dont le Christ est la tête ; et en cette tête réside la plénitude de l'autorité. Cette autorité a des représentants humains, et le pouvoir qu'ils exercent est bien, comme celui de tous les législateurs, de tous les gouvernements et de tous les juges, un pouvoir social. Mais le pouvoir de l'Eglise, par le fait du caractère très particulier de celle-ci, est dérivé de Dieu par une voie extraordinaire. La voie commune, c'est le gouvernement providentiel diffus dans la Création : un gouvernement invisible, insensible justement parce qu'il est normal, dont l'efficiencce nous échappe la plupart du temps parce qu'elle n'éclate pas à coups de miracles, et que le secret de sa puissance est de s'exercer paisiblement au travers des événements qu'elle mène et de la liberté humaine qu'elle respecte : mystère de la Providence.

Autre est le mystère de l'Eglise et autre le gouvernement du Christ dans l'Eglise. Le Christ gouverne l'Eglise par les représentants auxquels il a remis un pouvoir infiniment supérieur à tous les pouvoirs humains, puisqu'il contient en un faisceau, non seulement tous ceux entre lesquels se partage l'*imperium* juridique dans les régimes constitutionnels, mais encore le pouvoir de lier et délier pour l'éternité : le fondement du droit canonique, c'est le « pouvoir des clefs » : le même fondement que le pouvoir d'absoudre au for interne : la parole du Christ à Pierre : « *Tibi dabo claves regni coelorum, et quodcumque ligaveris super terram erit ligatum*

et in cœlis... » Il est impossible de souligner d'un trait plus impressionnant l'irréductible originalité du droit canonique.

III. — Comme tout autre droit, le droit canonique n'a trait qu'à l'ordre extérieur. La position du droit canonique au regard de ce troisième facteur est symétrique à celle où nous l'avons trouvé vis-à-vis des deux premiers : analogie sur le mode théologique.

C'est que la barrière séparative du for interne et du for externe est une barrière mobile. Toute loi, d'après Saint Thomas, tend à rendre les hommes meilleurs ; mais plus ou moins directement. La loi, par ailleurs, s'interdit et interdit au juge de pénétrer les intentions ; elle permet pourtant de les présumer à l'aide des indices par lesquels elles se traduisent au dehors et qui en donnent une certitude morale : ici encore, question de plus ou de moins ; suivant les milieux sociaux, le for externe avance inégalement dans la recherche et le jugement des intentions.

Or, la société spirituelle est, évidemment, de toutes, la plus soucieuse de l'amélioration de ses sujets ; elle est aussi la mieux outillée pour saisir et apprécier les mobiles des actes humains ; et puisqu'en tant qu'organisme juridique, l'Eglise est ordonnée aux mêmes fins que la société spirituelle, on conçoit *a priori* qu'en droit canonique la limite du for externe et du for interne soit poussée jusqu'à son maximum d'élasticité. Ainsi, serait-elle une société comme les autres, simplement spécifiée par une finalité plus haute, on s'attendrait à ce que la séparation des deux fors y reçût une acceptation plus bénigne.

Mais l'intimité du corps social en lequel se continue mystiquement la personnalité du Christ est d'une autre nature que la plus intime des associations ou des amitiés humaines. On dit qu'entre amis, il n'y a point de secrets ; c'est une aimable exagération : l'union des amis n'est jamais qu'une union imparfaite ; en définitive, la personnalité humaine est impénétrable à tout autre qu'à Dieu et à soi-même. Mais la situation de l'Eglise est privilégiée : ses fidèles sont membres les uns des autres dans le Christ, et c'est ce qui explique le caractère particulier qu'y affectent les relations des deux fors : nous avons remarqué qu'ils se confondent à leur source : le « pouvoir des clefs » ; il y a plus : leur division même ne dérive pas de l'exercice de ce « pouvoir des clefs » à l'intérieur de l'Eglise ; l'Eglise ne l'a introduite que peu à peu ; et cette division a souffert bien des modes.

Cette communauté d'origine des deux fors imprime notamment à la juridiction répressive dans l'Eglise et à ses sanctions une portée sans égale ni analogue en tout autre milieu juridique. *Erunt ligata et in cœlo* : les liens noués au for externe, aussi bien que les liens retenus par le confesseur au tribunal de la pénitence. Le droit pénal de l'Eglise est véritablement le mode théologique du droit pénal. Et c'est ce que manifeste encore la conception de la peine en droit canonique. En droit canonique, l'échelle des peines est double. Or, des deux branches, la première seule répond à la notion habituelle de la peine : ce sont les *peines vindicatives* ; elles constituent une satisfaction donnée à l'ordre troublé par le délit ; les autres sont dites *peines médicales* ou *censures* : l'excommunication, l'interdit et la suspense ; elles ont pour but l'amendement du coupable. Cet amendement, les canonistes l'entendent bien plus largement que leurs collègues séculiers, qui ont institué, dans le même dessein de redressement, le sursis à l'exécution, la libération conditionnelle, la liberté surveillée, l'aggravation

des peines de la récidive, etc... : la censure canonique ne peut être prononcée qu'en cas de contumace, c'est-à-dire (au sens spécial de ce mot en droit canonique) contre le délinquant qui, dûment averti, refuse de s'amender, et justement en vue de le conduire à s'amender; il s'ensuit que l'amendement venant à se produire, l'absolution n'est point une grâce, mais un droit; la grâce n'a trait qu'aux peines vindicatives.

Ajoutons que les règles concernant l'absolution des censures précisent leur caractère persistant de peines externes, en dépit de leur retentissement au for interne : l'absolution au for externe lève la censure même au for interne, celle qui est donnée en confession ne libère qu'au for interne.

On le voit, le droit canonique prolonge fort au-delà du droit séculier la compétence de la loi répressive. Consciemment ou non, c'est à lui que les législations modernes ont emprunté le rôle éducatif de la peine; mais il leur est impossible — il serait même de leur part, illégitime — de le suivre jusqu'au bout dans cette direction : les codes criminels de la société civile ne répondent pas à la même mission.

Concluons : le droit canonique, considéré comme règle, est un analogue assez distant de la raison de droit. Il en contient les trois facteurs, mais modifiés en conséquence de son adaptation au dogme de l'Eglise. Si, en tant que *règle*, il est profondément apparenté au *dogme*, il doit naturellement en tant que *science*, avoir en quelque mesure partie liée avec la *théologie*.

II. — LE DROIT CANONIQUE EN TANT QUE SCIENCE

Le fondateur de la méthode en théologie est le dominicain Melchior Cano : l'organisateur des « lieux théologiques ».

Les « lieux théologiques » — c'est Cano qui parle — « sont comme les domiciles de tous les arguments théologiques où les théologiens trouveront de quoi alimenter toutes leurs argumentations, soit pour prouver, soit pour réfuter. »

Or, il est généralement admis que le droit canonique est compris parmi les lieux théologiques. Il y a donc dans les documents canoniques, autre chose et plus que des règles de droit pur, ou, ce qui revient au même, parmi les règles juridiques contenues dans les documents canoniques, il en est dont la portée passe le juridisme : ils constituent des arguments théologiques.

Laissons de côté le droit canonique en tant que « lieu théologique », et de ce que nous en avons dit, retenons seulement que la science canonique ne peut être traitée, à quelque point de vue que ce soit, sans prendre de quelque manière en considération son étroite affinité avec la théologie qui y est incorporée. Son rendement pour le droit, même s'il est supérieur quantitativement à son rendement pour la théologie, lui est inférieur en qualité; la règle canonique ne peut être étudiée scientifiquement, même comme telle, par des procédés purement juridiques; ce serait méconnaître la subalternance qui la constitue ce qu'elle est. Ainsi, sommes-nous conduits à esquisser un parallèle, d'une part, entre la science et la méthode de la théologie et du droit; d'autre part, entre la science et la méthode du droit canonique et du droit séculier.

I. — Toute méthode est fonction des visées de la science qu'elle concerne. Nous ne saurions donc, en entamant le parallèle du droit et de la théologie, négliger de nous expliquer sur leurs prétentions respectives.

On va constater que c'est un curieux entrelacement de similitudes et de contrastes; c'est, de l'une à l'autre science, une sorte d'alternance d'approches et de reculs un rythme de mouvements de propension et de mouvements de répulsion; c'est aussi une cadence d'avantages réciproques, parfois difficiles à saisir.

A. — Le modernisme a soulevé chez les théologiens, vers la fin du siècle dernier, les mêmes inquiétudes fécondes qu'éveillaient en même temps chez les juristes la faillite du libéralisme individualiste et l'introduction du sociologisme positiviste. Ce rapprochement n'est point une impertinence : la théologie, comme le droit, du côté de la méthode, est une science humaine, encore que, par son objet, elle le dépasse de loin.

La théologie est deux fois la science de Dieu : en ce qu'elle a Dieu pour objet et en ce qu'elle constitue un effort vertigineux de la raison humaine pour s'assimiler la connaissance que Dieu a de lui-même, car Dieu seul sait parfaitement ce qu'il est. La grandeur incomparable de son objet fait de la théologie la plus haute de toutes les sciences; mais les exercices les plus sublimes de la raison humaine appliquée à l'objet de foi ne sont que des balbutiements; eh ! donc, le théologien a sujet d'être le plus modeste des savants.

La modestie du théologien, c'est la conscience de la disproportion de toutes ses méthodes de travail à l'objet de ses investigations. La théologie exige une soumission constante de l'esprit, une purification incessante de toutes les philosophies auxquelles elle a recours et de tous les systèmes qu'elle propose en vue de leur ajustement au mystère...

S'il y a au contraire une science dont l'objet n'excède pas la capacité de sa méthode, il semble que ce soit la science du droit : le juriste n'a peut-être pas d'ambitions bien relevées; il a du moins celle de les atteindre.

Et tout de même, la science juridique, elle aussi, baigne dans le mystère — le mystère naturel de la constitution personnelle et sociale de l'homme : irréductiblement personnelle et irréductiblement sociale, et parfaitement une pourtant; et c'est pourquoi elle s'achève nécessairement dans la contemplation métaphysique, pourquoi aussi dans la série des sciences elle approche de la théologie d'autant qu'elle s'éloigne de la physique; et cela suffit à faire pressentir entre leurs méthodes une analogie qui autorise la confrontation. L'homme, dit-on, fait de la métaphysique comme il respire; mais tous les hommes n'en font pas par métier. Le physicien fait de la métaphysique en tant qu'homme, à la façon dont les oiseaux chantent sans savoir la musique, et en tant que philosophe... si bon lui semble; en tout cas, ses erreurs métaphysiques ne réfléchissent pas sur la théorie physique. Le juriste, lui, fait de la métaphysique en tant que juriste; s'il en fait sans s'en rendre compte, au petit bonheur, il a toutes chances d'en faire de détestable, et ce n'est pas une science purement spéculative qui en pâtira, mais l'ordre social ou la liberté dont il aura méconnu le sens et l'unité : il y a une crise métaphysique à l'arrière de toutes les crises économiques ou politiques.

Au point de départ de la physique, reposent des faits qui tombent sous les sens. Au point de départ de la théologie, la révélation qui est un fait

et les faits révélés; mais ces faits échappent à l'observation et dépassent la raison. Le point de départ du droit est un autre fait mystérieux : la structure de l'homme et de l'humanité. M. Le Fur n'exprime pas autre chose lorsqu'il le place dans un « sens du juste » qui composerait, avec ceux du vrai, du beau, du bon et de l'utile, un outillage comparable à celui des cinq sens corporels pour l'appréhension et le jugement des réalités dites justement sensibles. Il est certain, en effet que, préalablement à toute délibération, le juste ou le droit se présente à l'esprit dans un halo où il est saisi par une première connaissance, toute intuitive, souvent plus efficiente pour l'action que la connaissance rationnelle; cette dernière vaut davantage pour le contrôle, mais la première a des « antennes » qui, chez la plupart des hommes, dispensent de toute discussion, et, chez le juriste ou le juge même, la plupart du temps, la devancent.

La théologie et le droit baignent donc tous deux dans le mystère : mystère de l'ordre naturel pour celui-ci, de l'ordre surnaturel pour celle-là; c'est bien ce qui empêche de les tenir pour des sciences parfaites; saint Thomas l'avouait pour la théologie : *non perfecte ad rationem scientiæ accedit...*

On s'explique alors que le problème de la méthode et, plus précisément de la valeur des procédés conceptuels se pose d'une façon assez semblable en droit et en théologie. Qui dit mystère, dit quelque chose d'« ineffable » au sens étymologique du mot : et, en tant que les choses de cette sorte peuvent s'exprimer par le langage, la manière conceptuelle est la plus inadéquate : le mystère défie le syllogisme. Il y a plus de lumière dans les paraboles de l'Evangile que dans les traités de théologie; les allégories des Pères de l'Eglise, les trouvailles de l'art liturgique, les jaillissements de la contemplation mystique, les pratiques de la communauté chrétienne, sont des « lieux théologiques », et souvent le magistère a « canonisé » en l'explicitant leur contenu dogmatique... La « science juridique » a des « lieux » analogues, sinon dans la poésie, du moins dans les pratiques de la vie sociale; le grand « lieu juridique », c'est le trésor de nos recueils de jurisprudence; il a été exploité avec un tel profit par Hauriou qu'on se demande ce que pourraient bien savoir nos arrière-neveux du droit administratif français dans le premier tiers du xx^e siècle, si, par suite d'une catastrophe, ils avaient pour tout « lieu » d'information l'édition officielle et complète des lois françaises; touchant le droit privé, ils n'auraient guère que l'illusion d'être beaucoup mieux renseignés. De tout temps, le droit s'est élaboré au cœur même des groupes vivants... non dans les conseils des princes ou les enceintes parlementaires.

Au surplus, nous n'assimilons pas; nous comparons, et l'analogie des situations ne nous fait pas oublier le privilège du juriste : le juriste s'est attaché à une œuvre tout humaine : le théologien, lui, poursuit un objet humainement inattingible. La possession de la science sacrée est le fruit de l'étude, certes ! mais qui est mue par un ressort d'une autre trempe. La science sacrée n'est point une conquête de l'esprit humain, à partir de la philosophie et de la théodicée naturelle; elle n'est point la science humaine tendue à sa suprême puissance; elle débute au contraire par la foi. Dans son origine, la science sacrée n'est pas acquise, mais donnée et reçue : l'acceptation du message d'En-Haut auquel l'homme adhère de toutes les énergies de son âme. L'homme vulgaire s'en tient là; mais le chrétien

cultivé est tenu de faire fructifier ce dépôt et, pour le théologien, c'est son métier : il le « fait valoir », et pour cela il ne peut que mettre à profit l'outillage ordinaire de l'intelligence humaine; seulement, ce labeur n'est plus un voyage à la recherche de la vérité inconnue : la vérité lui est donnée; le théologien ne vise qu'à la mieux connaître : il inventorie le dépôt; il en explicite le contenu; il s'applique à le formuler, à le coordonner, à le systématiser; il entreprend de l'accorder à la philosophie, voire même — sans verser dans un concordisme imaginaire et maladroit — de l'ajuster à la science conquise de la nature; mais ces démarches n'y ajouteront aucune certitude; il se la rendra simplement à lui-même plus éclairante. Transporté d'un bond, sur les ailes de la foi au terme de son voyage, le théologien s'essaye à faire à rebours, pas à pas, le chemin parcouru; mais au moment de se mettre en route, il est arrivé.

— C'est donc l'inversion de la méthode scientifique ? — Oui. — Le cas est-il unique ? — Oui. — Sans analogue ? Non; la méthodologie juridique est dans le même sens; c'est également, si l'on peut ainsi s'exprimer, une méthodologie rétrospective. Non plus en raison des *certitudes préalables de la foi*, mais en raison des *nécessités pratiques de l'action*. Le droit tend à assurer l'ordre dans les relations sociales; l'ordre ne souffre pas habituellement la discussion préalable : pour arrêter les assassins, on n'attend pas qu'ils aient été dûment jugés et que la sentence ne soit plus susceptible de recours; la détention préventive est le symbole de la manière juridique.

La manière juridique a le tour d'un procès de révision; mais, de cette rétrospection, l'issue est problématique; « provision est due au titre », dit-on, — que ce titre soit la loi, l'arrêté administratif, l'acte notarié ou le geste du sergent de ville : mais ce n'est qu'une provision; la « présomption » est en sa faveur, mais ce n'est qu'une présomption, et quand elle serait irréfragable — *juris et de jure*, comme disent les juristes — il ne s'en suivrait, pour qui la juge erronée, qu'un devoir de soumission extérieure... La rétrospection du théologien n'est point une révision; les documents de la révélation et du dogme n'ont point une valeur provisionnelle, mais définitive; le théologien leur reconnaît, non une simple « valeur d'action », mais une « valeur de vérité », que ne saurait ébranler aucune investigation rationnelle. Il n'est donc point question de faire descendre la science sacrée au rang d'une science profane; il s'agit simplement de ne pas se priver des enrichissements réciproques que fait entrevoir l'analogie.

On la préciserait encore en recourant au témoignage de la procédure contentieuse. Les plus anciennes procédures contentieuses débutaient par l'exécution, après quoi on plaidait sur le bien ou mal fondé de celle-ci; c'est encore la manière administrative : obéissez d'abord, vous discuterez plus tard ! Procédures archaïques mises à part, tous les juges usent de l'intuition plus que du raisonnement : on dit parfois que le jugement est la conclusion d'un syllogisme dont la loi donne la majeure et dont les faits de la cause fournissent la mineure; mais non ! les magistrats jugent d'après leur bon sens — le sens du juste, et puis ils cherchent à motiver légalement leur jugement, et c'est accordement voulu qu'ils mettent en avant de leurs « considérants ». Ce n'est ni une manière archaïque, ni la manière moderne, — ni la manière administrative, ni la manière judiciaire; c'est la manière vitale : neuf fois sur dix, nos actes sont déclenchés par une estimation tellement sommaire que la volonté semble les avoir

posés sans aucun jugement de l'intelligence; celui-ci vient après, et la plupart du temps il prononce que « le premier mouvement était le bon » : sens du juste ! Quelle distance de cette procédure à celle de la science physique : Henri Poincaré voulait que le savant s'acharnât à combattre son hypothèse, la soumit à toutes les « épreuves de résistance » propres à l'écraser !... C'est que la science a le temps d'attendre; la vie presse : la vie personnelle et la vie sociale que gouvernent le droit, l'administration et la justice; *primum vivere* !

Mais d'un autre côté, quelle distance entre la vie que préside le gouvernement du droit séculier et celle de l'Eglise ! L'Eglise n'est pas seulement ni d'abord une société juridique, mais une société spirituelle dont l'intégrité de la foi est la sauvegarde, où par conséquent le *primum vivere* est un *primum credere*. C'est la « valeur de vérité » de ses formulations dogmatiques qui en fait, par contrecoup, la valeur sociale. Le dogme est bien une loi. Comme la révélation dont elle est le développement et en parfaite homogénéité avec celle-ci, la définition dogmatique présente le caractère pratique et social de la loi : Dieu n'a pas parlé aux hommes pour satisfaire leur curiosité, mais pour les éclairer sur leur destinée et les moyens de l'atteindre; l'Eglise ne formule pas de nouveaux dogmes pour le bonheur d'allonger la nomenclature, mais pour protéger la foi contre quelque péril actuel ou imminent ; et, comme pour la loi, cette fin doit être prise en considération dans l'interprétation de la loi. Mais autre chose est l'interprétation, autre chose — si l'on nous permet d'emprunter un mot à la technique juridique — l'appréciation de « validité » ; et ceci est un domaine rigoureusement interdit au théologien; le dogme est au-dessus de toutes les controverses. De ce point de vue, la définition dogmatique est à l'antipode de l'hypothèse scientifique; elle est un « donné » dérivé du « donné révélé » qu'elle explicite; le titre juridique est les deux : ici, présomption, provision; là, pour le dogme, certitude incommutable; pour l'hypothèse scientifique, pure prospection dans l'inconnu, simplement suggérée par des indices, somme toute conjecture, produit avantageux de l'imagination scientifique, « valeur de commodité ».

La place du droit en tant que science, se trouve ainsi entre la physique et la théologie. Dans l'économie intérieure de l'ordre juridique, on devine que le droit canonique occupe la position limitrophe à la théologie; pourquoi même n'y serait-il pas en quelque sorte engagé, comme science, puisque c'est en elle, disions-nous, qu'il est enraciné comme règle ?

B. — Deux problèmes se posent symétriquement, devant le juriste et devant le théologien : le problème des *sources*, auquel correspondent la règle de droit et le donné de foi, et le problème des *procédés* d'élaboration scientifique, auquel correspondent les systèmes juridiques et théologiques.

Or, de la confrontation des travaux consacrés en notre temps, à ce double objet, sur l'un et l'autre plan, et notamment du R. P. A. Gardeil et du doyen Fr. Geny, il ressort que l'ordre théologique comme l'ordre juridique est une construction à trois étages.

a) La base est un *donné*; il est à prendre tel quel : donné révélé pour le théologien; pour le juriste, donné constaté par l'observation de la nature humaine, telle qu'elle se comporte dans sa constitution spécifique — personnelle et sociale — et se différencie à travers les milieux sociologiques. Sur ce donné, le juriste ou le législateur, le théologien ou le magistère, n'a

pas plus de prise que le physicien sur les données de la science expérimentale; à ce premier stade, son rôle se borne à les repérer. L'élaboration vient ensuite et, de part et d'autre, elle s'accomplit en deux temps, — élaboration dogmatique et législative, puis élaboration scientifique, — non toutefois sans interférences.

b) Le premier temps, c'est la *formulation officielle*; elle présente analogiquement les deux mêmes caractères.

Premièrement, c'est un acte d'autorité, — non du reste une intervention arbitraire. La définition dogmatique explicite le contenu de la révélation; le magistère ne définit rien qui n'y soit contenu, et la preuve qu'il en veut et qu'il en donne, est le témoignage de la croyance générale de la communauté chrétienne : l'effet « déclaratif » dont parlent à divers propos les juristes. Soit l'interaction de trois facteurs : *facteur populaire*, — mais le peuple chrétien n'est point une société quelconque, c'est le Christ vivant une nouvelle vie dans l'Eglise; *facteur autoritaire*, — mais c'est l'autorité du Christ qui est la tête; entre les deux, *facteur scientifique* cantonné, sous le rapport de la formation dogmatique, dans un rôle purement préparatoire.

Le facteur populaire est aussi à l'origine de la règle de droit, non seulement de la règle coutumière, mais de la règle légiférée, toujours sous la pression ou au moins avec le concours et l'assentiment de l'opinion. De même, les juristes se flattent d'exercer sur le mouvement législatif une influence analogue à celle des théologiens sur le développement dogmatique : le Conseil d'Etat, à certaines époques de notre histoire a joué auprès du Corps législatif un rôle équivalent à celui des théologiens aux grandes assises de l'Eglise enseignante; aujourd'hui même, des associations telles que la *Société d'études législatives* n'ont pas d'autre but.

Seulement, la société civile n'est pas l'Eglise. La Providence veille sur les empires et sur les républiques; mais le Saint-Esprit ne les « assiste » pas, au sens théologique du mot. L'« assistance » est une aide privilégiée : une onction spirituelle qui fortifie la raison humaine au point qu'elle ne puisse s'égarer. L'assistance n'est pas la récompense du Ciel à l'excellence dans la vertu; elle n'est liée à aucun degré de perfection spirituelle. L'assistance n'est pas liée davantage à la science : nombre de docteurs l'emportent en savoir sur les pontifes; mais le théologien, comme tel, n'est pas « assisté ». Le gouvernement de l'Eglise même n'est pas « assisté » en tout : même entre les mains de l'autorité ecclésiastique, le pouvoir législatif n'est que le « pouvoir du dernier mot », comme la souveraineté politique, suivant l'heureuse interprétation de M. Le Fur : une présomption pareille à la présomption de vérité qu'on reconnaît aux jugements des tribunaux... Aucune présomption ne s'attache aux dogmes définis par le magistère : ils sont la vérité. L'Eglise revient sur les lois qu'elle a portées; le droit canonique est exposé aux mêmes mouvements que tout autre système juridique, encore que ces mouvements n'obéissent pas aux mêmes influences; sur une définition dogmatique, on ne revient jamais. Analogie... à distance.

La formulation dogmatique est analogue à la formulation législative à un deuxième point de vue déjà relevé plus haut : son but et son tour pratique. Un concile n'est pas une académie de théologiens; c'est une assemblée de « témoins » qualifiés. La définition dogmatique passe outre à toutes les philosophies, à toutes les théologies, à toutes les controverses d'école;

elle impose un nouveau donné auquel il leur faudra s'ajuster. Elle parle un langage « direct » ; elle s'adresse à la foule des chrétiens ; elle s'incorporera à l'enseignement catéchistique, à la prédication populaire ; nul n'est tenu de prendre parti dans les débats que pourra soulever son élaboration scientifique, mais nul ne devra l'ignorer : c'est la loi ; nul n'est censé ignorer la loi... Le rapprochement juridique saute aux yeux...

La similitude est intéressante ; mais les deux situations ne sont pas égales. La formulation législative tend aux fins de l'ordre juridique, et l'ordre juridique est mouvant : l'ordre canonique comme tout autre ordre juridique... La supériorité de la formule promulguée, c'est sa stabilité ; mais la stabilisation juridique est toujours précaire par quelque bout ; la manière est donc moins parfaitement adaptée au droit qu'à l'expression de la vérité spéculative qui, elle, est immuable, et qu'elle protège à tout jamais contre la corruption ; la formulation dogmatique lui confère une capacité *maxima* de résistance au changement ; elle offre le *maximum* de garantie contre l'hérésie.

Comme la formule législative, la formule dogmatique est l'aboutissement d'une lente fermentation ; cette fermentation, elle la bloque, sauf à en susciter une nouvelle sur le terrain de l'interprétation. Est-il bon de bloquer ? Est-il possible de bloquer efficacement ? Sur le terrain juridique, c'est une pure question de prudence politique : le problème de la stabilisation ne se pose pas autrement en matière juridique qu'en matière monétaire ; et même s'il réussit parfois en cette dernière à bloquer, dans l'autre, le législateur n'aboutit jamais qu'à freiner : l'évolution du droit est incoercible ; la loi n'a pas les promesses de la vie éternelle. Elles sont réservées à l'Eglise — non certes au législateur canonique, mais à la société spirituelle et à la Vérité dont cette société a le dépôt : à la Vérité qui croît en elle et dont le magistère cueille les fruits à mesure qu'ils viennent à maturité.

c) *L'élaboration scientifique* est, dans les deux ordres de la théologie et du droit, ce que nous avons appelé le troisième étage : un troisième étage en communication continue avec le deuxième. Pour substituer à cette image un peu grosse des comparaisons juridiques, nous dirions volontiers qu'il y a là un phénomène de collaboration semblable à ceux que manifeste de plus en plus la vie politique entre les pouvoirs publics et l'entreprise privée, — car le maître en théologie comme le maître ès-sciences juridiques construit, écrit, enseigne sous sa propre responsabilité ; et, de part et d'autre, collaboration de parties inégales. Cette association éveille elle-même une deuxième comparaison : l'équilibre de l'autorité et de la liberté, tel que l'organisent les modes les mieux agencés de la séparation des pouvoirs ; celle-ci, en somme, se ramène toujours à l'équilibre du pouvoir de gouvernement et du pouvoir d'assentiment : il n'y a pas de gouvernement qui tienne sans quelque assentiment des gouvernés ; et l'assentiment n'est pas une simple assimilation : d'abord, il renseigne, il prévient, il suggère, il exhibe au gouvernement ses capacités, ses appétits, ses répugnances ; il éclaire sur les conditions d'une assimilation possible, aisée ou laborieuse ; il ne faut pas croire au gouvernement du caprice ; son compte est bientôt réglé...

Tel est à peu près le sens du concours de l'élaboration scientifique à l'action gouvernementale dans l'Eglise comme dans la société civile ; en effet, de l'un et l'autre côté, ce qui est pris en considération, c'est avant

tout l'unanimité, ou la quasi-unanimité des docteurs; le « lieu théologique », le « lieu juridique » n'est pas l'opinion de celui-ci ou de celui-là; le « système théologique », ou le « système juridique » n'accède à ce crédit qu'après une conquête plus ou moins lente de l'opinion générale; c'est alors qu'il représente « la science théologique », « la doctrine », soit la foi ou le droit diffus dans la conscience de la communauté; avec l'assentiment du corps des docteurs, il exprime l'assentiment du corps de l'Eglise ou de la nation.

Il reste toujours une grave différence : dans l'Eglise, et, touchant la foi, intervient un troisième collaborateur qui joue sur les deux claviers — magistère et croyance commune — et, infailliblement, les tient à l'unisson : toujours, l'« assistance »; le développement du dogme est homogène.

Ce n'est pas à dire que celui du droit soit hétérogène; mais la continuité de l'élaboration scientifique n'est pas garantie de la même manière ni au même degré. Plusieurs fois, au cours de l'histoire, elle a été réalisée par la mainmise gouvernementale sur la production scientifique; les empereurs romains distribuaient le *jus publice respondendi*; notre monarchie française eut ses légistes : c'est pour la science du droit, beaucoup d'honneur et beaucoup d'asservissement. De nos jours, la « doctrine » n'est plus qu'un pouvoir de fait, mais elle est libre; nous n'avons plus de jurisconsultes patentés; et pourtant, on continue à citer les auteurs en plaidant; la consultation est devenue un genre important de la littérature juridique; les gens d'affaires consultent; les administrations publiques consultent; les Etats consultent; les tribunaux reçoivent des dossiers bourrés de consultations; certaines signatures valent un argument... Ainsi, par la médiation des praticiens et de la jurisprudence, la doctrine apporte un concours effectif à l'interprétation progressive de la loi; nous avons signalé plus haut celui qu'elle fournit à l'élaboration législative.

La science théologique, du reste, est beaucoup plus dépendante du dogme que la science juridique ne l'est de la loi, et la conjonction des deux procédés d'élaboration du donné ne s'opère pas de la même façon. Collaboration inégale dans l'un et l'autre cas, sans doute, mais inégalement inégale. Sans faire état des droits et des devoirs de la science juridique vis-à-vis de la loi injuste, il suffit de constater que la systématisation juridique est en même temps une adaptation; tels articles du Code Napoléon ne signifient plus en 1937 ce qu'ils signifiaient en 1804; et cette nécessité d'adaptation mise à part, le juriste n'éprouve pas envers la loi la dévotion du théologien pour le dogme; autant que du respect de la loi, il a le souci du bien public; il ne l'envisage pas uniquement sous le prisme de la légalité; il en a la vision directe; et lorsque, sans verser à proprement parler dans l'injustice, la loi lui semble le compromettre, eh ! bien, il l'accommode; et, ce faisant, il a bien conscience de ne pas sortir de son métier. Le théologien doit au dogme un autre loyalisme; de son jugement personnel, il pratique une autre défiance; le magistère, à ses yeux, est autre chose qu'un législateur. Et puis le dogme est ce qu'il est; toutes les mentalités sont susceptibles de le penser, toutes les langues de le traduire; il se peut que diverses philosophies soient susceptibles de s'y accommoder; lui, il ne s'adapte pas; il ne vieillit pas...

Et quand aux canonistes, en stricte logique ils auraient peut-être droit à la libre manière des juristes; pourtant il ne faut pas oublier que le droit

canonique est le mode théologique du juridisme et que la loi canonique a, pour son interprète, quelque chose de la « respectabilité » de l'ordre supérieur dont elle porte le reflet.

Concluons : l'aboutissement de l'élaboration scientifique est, sur tous les terrains, une organisation conceptuelle : des définitions, des distinctions, des classifications, des théories, le tout assorti d'un vocabulaire approprié, — tout l'équipement de la science rationnelle.

Nulle part cet effort constructif n'a chance d'autant de succès que dans les sciences physiques.

Entre les sections de la science juridique, nulle n'y résiste moins que le droit privé; les relations qu'il gouverne se plient sans trop de peine à l'abstraction législative d'une part, à la réduction conceptuelle d'autre part: elles sont une terre d'élection pour l'élaboration de la méthode sous les deux faces.

Les rapports de droit public n'offrent pas la même docilité; leur individualité plus robuste répugne à l'enrôlement par genres et par espèces; leur étude ne relève pas de l'« esprit de géométrie »; civiliste, Hauriou n'aurait peut-être pas écrit l'œuvre de Fr. Geny; mais, publiciste, Fr. Geny n'aurait sûrement pas donné à *Science et Technique* la rigueur logique par laquelle son œuvre s'est imposée. Les rapports de droit public ne répugnent pas moins à la formulation législative: leur règlement exige un examen *in concreto* et, partant, un rattachement direct à la finalité de l'ordre.

Nulle matière juridique enfin n'est plus rebelle que les rapports inter-souverains des Etats ou de l'Eglise et des Etats. D'un bout à l'autre de l'ordre juridique, la méthode ne perd rien de sa valeur sur le domaine qu'elle régit, mais ce domaine va s'amincissant. La méthode est la grammaire du droit, et tout le droit s'y adosse comme toute la littérature à la grammaire; mais, aux sommets, la méthode et la grammaire éclatent: les poètes et les orateurs ont des libertés qui donnent le vertige aux grammairiens...

La théologie monte encore bien plus haut. De là la faible étendue de l'espace que recouvrent ses plus puissantes synthèses sur le vaste champ de la connaissance de Dieu! Toujours la science de Dieu déborde toutes les formulations populaires et toutes les canalisations rationnelles où l'intelligence humaine l'endigue que pour n'en être pas submergée: « Celui qui a vu Dieu, doit mourir »; devant Dieu, la théologie n'est qu'un témoignage de la misère du roi de l'Univers; telle fut la leçon tirée par le plus grand des théologiens de ses immenses travaux: « Réginald, répondait S. Thomas au frère qui le pressait de poursuivre, je ne puis plus; tout ce que j'ai écrit ne me paraît que de la paille... » Misère et grandeur du métier de théologien!

II. — La confrontation que nous venons d'instituer entre le droit et la théologie nous paraît jeter quelque lumière sur la position de celle des disciplines que nous avons appelée le mode théologique du juridisme; elle tient en deux termes:

A) Le droit canonique est essentiellement du droit, non un département décentralisé de la théologie; les particularités du droit canonique sont accidentelles; elles n'atteignent pas sa nature de droit, ni comme règle, ni comme science: simple coloration, non point dénaturation. Il n'est pas certain que la notion du droit canonique n'ait pas été l'objet de fluctuations au

cours de l'histoire de l'Eglise; nous n'entendons l'envisager que dans sa condition présente; or elle nous paraît claire : le droit canonique est un mode de juridisme, et s'il s'y rencontre des infiltrations théologiques, c'est pour la même raison qui rend compte des infiltrations canoniques en théologie : la vie de l'Eglise est une sous ses différents aspects, comme la vie humaine sous ses manifestations multiples.

B) Le droit canonique diffère des droits nationaux tout d'abord en ce que la société dont il règle la discipline est extra-territoriale : il suit ses sujets à travers les frontières des Etats et entre en concurrence avec le droit de chacun d'eux sur son propre territoire. L'ordre civil repose sur l'affinité de l'homme et du lieu — la nationalité et le domicile; tout homme doit ou doit avoir son « lieu », au sens grec du mot; la loi civile pourchasse les nomades comme la loi internationale pourchasse les pirates; si la loi nationale peut, en certaines matières, être invoquée devant les tribunaux étrangers, c'est toujours à raison d'un lien juridique subsistant, malgré la résidence à l'étranger, avec le territoire national. Cette considération est étrangère en droit canonique; du moins, se réduit-elle à la séparation de l'Orient et de l'Occident : le Code ne regarde que l'Eglise latine.

Par ce trait, le droit canonique se rapproche des systèmes juridiques qui, par la force des choses, se constituent en marge du droit d'Etat, au sein de toutes sortes de communautés, corporations, institutions : *ubi societas, ibi jus*; seulement, ce sont des droits subalternes par rapport à celui de l'Etat, et le droit canonique est le droit d'une société souveraine, — « parfaite » disent les théologiens; il revendique au *minimum* l'égalité avec le droit national. Le droit administratif, comme nous l'entendons en France, offrirait peut-être un terme de comparaison plus avantageux : il est autonome vis-à-vis du droit civil; il est le droit intérieur d'un corps privilégié dans l'Etat; mais s'il n'est subalterne par rapport au droit national, c'est parce qu'il n'en est qu'une section différenciée; le droit canonique ne fait pas partie du droit national; il en est aussi indépendant que le droit étranger, encore qu'il ne soit pas non plus un droit étranger.

Après tout, à quoi bon lui chercher un frère jumeau ? Le droit canonique n'est pas une espèce dans un genre : il est un mode analogique de la raison de droit.

Le législateur canonique n'est législateur qu'en conséquence d'une mission plus haute : le pouvoir législatif n'est que la seconde et la moindre partie du « pouvoir des clefs »; et il est encore quelque chose de plus : il est le magistère. Voilà pourquoi la loi canonique est dotée d'un prestige unique, pourquoi aussi la collaboration donnée par le canoniste au législateur est affectée d'un signe d'infériorité beaucoup plus accentué que celle du civiliste ou du publiciste; et cette infériorité est accrue par le *Motu proprio* du 15 septembre 1917, qui n'autorise l'adaptation du nouveau Code que par voie d'interprétation authentique.

Pareille restriction ne frappe-t-elle même pas la science du canoniste d'une marque qui l'exclut de la science juridique ? En présence de ce que son collègue sera tenté d'appeler une suspicion, le métier de canoniste est-il encore vraiment un métier de juriste ?... C'est la même question qu'on peut poser à propos de toutes les sciences auxiliaires de la science sacrée, la philosophie, l'histoire..., et elle doit se résoudre de la même manière. Chacune des sciences auxiliaires garde son caractère propre, ses exigences pro-

pres, sa méthode propre, ses responsabilités propres, au service de la théologie : le médecin est au service du malade, l'avocat ou l'architecte au service de leur client, mais ils ne leur demandent pas de les instruire de leur métier. La science des canonistes reste une science juridique, appareillée de toute la méthodologie juridique, mais avec une ouverture sur un mode supérieur, comme la loi canonique reste une loi juridique, encore que rehaussée à une sorte de surnature.

Ajoutons que, du droit canonique, l'équitable considération du droit positif rebondit sur l'ensemble de celui-ci. Les canonistes nous enseignent par leur exemple à ne pas prendre le droit positif à la légère sous prétexte d'exalter la philosophie du droit et le droit naturel qui, du reste, n'ont rien à gagner à ce dédain, car enfin si nos droits nationaux ne sont pas cautionnés par le « pouvoir des clefs », ils n'en forment pas moins la nervure d'un ordre légitime, dont les lois, jusqu'à l'injustice, obligent en conscience.

II

LE DROIT ISLAMIQUE

TYAN, *La condition juridique du Kádi ou juge musulman.*

SANHOURY, *Le Droit Musulman comme élément de refonte du Code Civil 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 dans le Tome II, Quatrième Partie, Titre Premier, « La Réception des Droits », Chapitre II, §§ 112 à 114).

LA CONDITION JURIDIQUE DU KADI OU JUGE MUSULMAN

Par EMILE TYAN

Conseiller à la Cour d'Appel de Beyrouth (Liban)

Chargé d'enseignement à l'Ecole française de Droit ⁽¹⁾

D'après la conception classique du droit musulman, telle qu'elle s'est formée sous l'influence des idées byzantines et persanes, le régime d'Etat est un régime purement autocratique. C'est le souverain qui possède en propre tous les pouvoirs, et, en particulier, la juridiction. Comme le dit le célèbre historien-philosophe, Ibn Haldún, le Calife représentant de Dieu, législateur suprême, est le chef temporel et spirituel du monde islamique et il concentre en sa personne tous les pouvoirs requis pour la direction de ce monde. Tous les fonctionnaires, à quelque catégorie qu'ils appartiennent, n'agissent qu'en vertu d'une délégation d'attributions à eux conférée par le Calife ou *Imam* ; délégation directe, quant aux fonctionnaires qui reçoivent immédiatement de l'Imam leur investiture, délégation indirecte, quant aux autres, suivant les degrés de la hiérarchie. Cette délégation est en même temps une *représentation*. Le fonctionnaire, à quelque échelon qu'il se trouve, est le délégué de son supérieur et il le représente ; et il en est ainsi jusqu'à ce qu'on arrive au sommet de la hiérarchie. On peut dire que toute la structure de l'Etat musulman est constituée par une cascade de délégations-représentations. C'est pourquoi cette idée de délégation-représentation est extrêmement féconde et nous semble devoir être une des idées maîtresses dans l'analyse du droit public musulman en général.

Nous n'avons à envisager cette notion de délégation-représentation, dans la présente étude, qu'au point de vue de la juridiction.

Le Kádi est essentiellement un *nâ'ib*, un « *lieutenant* » ou vicaire. Il n'a pas une situation propre et autonome. Il y a là une forme de justice retenue. A l'origine de l'institution, le Kádi a commencé par être le délégué-représentant du gouverneur. A cette époque primitive, en effet, l'Etat musulman, avec l'existence du pouvoir supérieur et actif d'un Calife, ne s'était

(1) Cette étude constitue l'un des chapitres d'un ouvrage d'ensemble sur *l'Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, qui paraîtra en 1938, dans la collection des *Annales de l'Université de Lyon*, Librairie du Recueil Sirey. On trouvera dans cette publication définitive la mention, qui n'a pas été faite ici, des nombreuses références aux Docteurs Musulmans, sur lesquels s'appuie l'auteur.

pas encore suffisamment affirmé. Le gouverneur de province, chef des forces conquérantes, puisait de sa seule qualité son pouvoir juridictionnel et il le transmettait d'office à des subalternes. Avec la constitution de l'autorité califale, il n'y eut, en réalité, qu'un déplacement, une superposition, d'autorité déléguante. Il faut bien remarquer que, dans le principe, tout Kádi n'est pas considéré comme le délégué direct et immédiat du gouverneur ou du calife. La formule exacte est celle-ci : le Kádi est le délégué de celui qui l'a institué. En effet, lorsque le Gouverneur ou le Calife instituait un Juge, celui-ci avait le pouvoir de subdéléguer, et celui qui était ainsi désigné pouvait à son tour déléguer un troisième et ainsi de suite. Or, chacun de ces Kádi n'était considéré que comme le délégué de celui qui l'avait désigné. Cette conception ressort nettement de la terminologie même qui sert à désigner les juges. Le Kádi d'un district est le *na'ib* du Kádi de la circonscription dont fait partie ce district. Lorsque le Kádi en chef — le Kádi al kudât — nommera aux postes de judicature des grandes provinces, il ne fera que pourvoir sa *lieutenance* d'un titulaire. Le célèbre Kádi al-kudât de Bagdad, *Ibn-Abi-Al-Sawârib*, désigne les kâdi du Caire « afin qu'ils le *représentent* » : c'est en ces termes que s'expriment les textes. Ainsi, entre beaucoup d'autres cas, Kindi, pour dire que Ibn al-Haddâd fut nommé Kádi d'Egypte (321/943) s'exprime ainsi « *Ibn Abi al Sawârib* envoya l'ordre à Ibn al-Haddâd de le représenter ». Lorsque *Ibn Jabr* est réintégré dans ses fonctions de Kádi d'Egypte en 324/946, les textes disent : « Ibn Jabr fut réintégré en tant que délégué-représentant de Ibn al-Sawârib ». A un échelon plus bas, lorsque le kâdi d'une région institue un kâdi, pour un ressort déterminé, c'est encore la même terminologie qui est employée, que nous retrouvons encore dans les modèles d'actes d'investiture que nous rapportent certains traités. Après le préambule d'usage, le passage essentiel de l'acte consiste en cette proposition : « Je l'ai pris pour *lieutenant* ». Une autre expression est aussi employée couramment dans le même sens ; ainsi, le kâdi d'Egypte en l'an 140/762, s'est substitué (*istah-lafa*) Yazid ibn Bilal ; Al-Kurayzi est le *Halifa* de Ibn Mukram, etc.

Ce principe de la délégation va permettre aux Kádi des grands ressorts de se faire substituer non seulement dans les centres éloignés de leur siège principal, mais aussi dans ce siège lui-même. La pratique devient même constante chez les kâdi des grands centres, comme le Caire ; ils ont presque toujours un ou deux « vicaires » dans la ville même, et, souvent, ayant obtenu leur nomination de Bagdad, avant même d'arriver au siège de leurs fonctions, ils envoient désigner leurs vicaires. Cette pratique donnera lieu à beaucoup d'abus, dont le moindre n'est pas celui de l'absentéisme. Pour rester auprès de leur maître, défendre leur situation et déjouer les intrigues qui peuvent se nouer contre eux, certains kâdi prennent l'habitude de continuer à séjourner dans la capitale, se contentant de déléguer un *na'ib* dans le ressort auquel ils sont affectés. Tel est le cas entre autres de ce Abdallah ibn al Walid qui, désigné pour le siège de Damas, y délégua son fils, en continuant lui-même à résider au Caire.

La doctrine finit par consacrer cette pratique abusive en admettant que le titulaire d'un poste peut, avant de s'y rendre, déléguer des « vicaires ».

Ce mandat-délégation est-il du type civil ordinaire ? En d'autres ter-

mes, est-il conditionné également par le consentement de l'une et de l'autre partie ? On peut répondre nettement par la négative. Tout comme pour le mandat du droit public romain, notre mandat-délégation est en même temps un *ordre*. C'est un acte d'investiture qui produit ses effets par le seul fait de son émission, sans que soit nécessaire le consentement du délégué ; tout au plus, est requise son adhésion.

Cette notion ressort en premier lieu de la règle théorique que citent tous les recueils et traités, d'après laquelle la nomination à un office de judicature ne doit pas être provoquée par une demande, des démarches, des sollicitations, mais provenir exclusivement de l'initiative de l'autorité. L'investiture doit apparaître comme acquise par le seul fait de l'acte de nomination.

La tradition nous rapporte que Ka'b ibn Dinna, ayant refusé d'accepter le poste de kâdi d'Egypte, que lui aurait conféré le Calife Umar ibn al Hattâb, n'en dut pas moins exercer ses fonctions deux mois jusqu'à l'arrivée d'une lettre de 'Umar le relevant de son poste. Lorsque le Calife Al-Mamûn, de passage au Caire, y trouva le poste de Kâdi sans titulaire, les textes nous disent qu'il « donna l'ordre » au grand juge de Bagdad, qui l'accompagnait, de rendre lui-même la justice au Caire.

De cette même notion procède la règle suivant laquelle l'autorité supérieure peut forcer une personne à accepter une fonction judiciaire et peut employer à cette fin des moyens de contrainte physique, tels que des corrections et l'emprisonnement. C'est à cette règle qu'il faut rattacher en partie les anecdotes rapportées au sujet de personnages qui, refusant un poste de judicature, auraient été contraints à l'accepter par l'emploi de sévices et de voies de fait. Lorsqu'un personnage veut décliner une nomination, ce n'est pas un refus qu'il oppose ; il se contente de faire valoir des excuses, son inexpérience, son incapacité.

La saine doctrine à ce sujet est exposée par Mawardi. Après avoir indiqué les termes qui doivent être employés dans les actes de nomination et les conditions requises pour que l'investiture soit accomplie, conditions qui émanent toutes de l'autorité supérieure, cet auteur enseigne que « le *consentement* » du candidat constitue simplement un élément de *perfection* de l'acte de nomination.

Une conséquence des plus importantes de cette notion du mandat-ordre consiste en ce que c'est la seule volonté de l'autorité commettante qui peut mettre fin au mandat. C'est pourquoi, elle peut discrétionnairement révoquer un kâdi, sauf la condition supplémentaire de la notification à l'intéressé. C'est pourquoi, aussi, la démission volontaire d'un kâdi ne produit son effet que si elle est acceptée par l'autorité commettante. Ainsi, nous dit un texte, le kâdi al-jama'a, de Cordoue, « Abd al Rahman al Ma'afiri » ne cessait de demander d'être déchargé de ses fonctions, jusqu'à ce que cette demande fut agréée par le Sultan qui alors « révoqua » ce kâdi. Le kâdi d'Egypte, Hayr ibn Na'im présenta sa démission au Gouverneur Abu'Awn, qui refusa de l'accepter.

Lorsque Al-Hârit ibn Miskin, kâdi d'Egypte, présenta sa démission au Gouverneur de cette province, celui-ci ne l'accepta qu'après l'avis conforme sollicité du Calife à Bagdad. Aussi bien, tous les textes qui rapportent des cas de cessation des fonctions par démission, ne manquent pas d'ajouter que cette démission a été acceptée.

Simple délégué, le kádi n'exerce qu'une justice retenue. C'est pourquoi le déléguant conserve le droit de rendre lui-même la justice.

Fait significatif, à cet égard : certains auteurs comme Abu Yusof, ne font mention que de « l'Imam » ou chef de la communauté musulmane, lorsqu'ils développent les règles de la procédure judiciaire.

C'est ce qui explique aussi la théorie à caractéristiques si particulières des recours contre les décisions des kádi ; c'est ce qui explique encore la fameuse procédure dite des « Mazalim » que nous aurons l'occasion d'exposer dans tous ses détails. De cette même idée procède le pouvoir du déléguant de donner des instructions à son vicaire quant à la réglementation de la procédure. C'est ainsi qu'au témoignage de Harasi, le kádi, Ibn Bistr, ayant décidé qu'en matière d'immeubles, le tribunal compétent était celui de la résidence du défendeur, « il envoya des instructions dans ce sens à ses kádi ». Ce caractère de justice retenue se retrouve à tous les échelons. De même que le Calife ou le Gouverneur conserve le droit d'exercer lui-même la justice, le kádi d'une circonscription ne perd pas le droit de juridiction dans toute l'étendue de son ressort par le fait d'y avoir institué des lieutenants ou *naib*.

Par ailleurs, la délégation peut affecter, quant à son étendue des modalités diverses, suivant la volonté du déléguant. Tout comme ce dernier peut donner mandat à un particulier ou à l'un de ses auxiliaires ou à un kádi déjà institué de connaître d'une espèce déterminée, il peut, lorsqu'il institue nouvellement un kádi, élargir ou restreindre sa compétence, quant au ressort, quant au genre de litiges, quant à la qualité des justiciables, etc. C'est ainsi, nous dit Mawardi, que les Gouverneurs de Basra avaient pris l'habitude d'instituer un kádi — sorte de juge de paix — tenant audience à la mosquée principale de la ville et qui avait compétence de connaître des litiges dont la valeur ne dépassait pas deux cents dirhems et vingt dinars. Ainsi, certains particuliers, reconnus pour leur science juridique, se trouvaient spécialement désignés à cet effet et étaient chargés régulièrement du jugement de certains litiges que les kádi leur renvoyaient. Lorsque, pour l'un de ces particuliers, ce renvoi se répétait d'une façon constante, le public finissait par lui donner même le titre de kádi.

Un kádi d'Egypte, de la fin du iv^e siècle, délègue à un *naib* la connaissance des litiges successoraux.

Cette notion de délégation-mandat prend une telle extension qu'on en arrive à en faire des applications exagérées et déformées. C'est ainsi que la désignation d'un expert, au cours d'instruction d'un procès, apparaîtra comme une délégation de juridiction.

Une autre conséquence de la notion de délégation-mandat, fondement de l'organisation judiciaire, consiste en ce qu'aucune séparation n'est envisagée entre les deux pouvoirs, judiciaire et exécutif. Ce qui aggravera encore les inconvénients de cet état de choses, c'est la dépendance du juge non seulement vis-à-vis de l'autorité exécutive centrale, mais encore vis-à-vis des diverses autorités régionales et des kádi vis-à-vis des autres kádi, leurs déléguants.

C'est pourquoi nous allons voir une évolution se produire dans le sens de l'établissement d'une autonomie relative des kádi à l'égard les uns des autres et à l'égard des autorités administratives régionales, et même, quoique dans une mesure très restreinte, du pouvoir central lui-même. En effet,

à partir d'une certaine époque, relativement tardive, la conception que l'on se faisait du statut du kádi délégué commence à se modifier. Le kádi du plus bas degré, le *na'ib* du plus petit district, n'est plus considéré, quant à son statut juridique, comme le préposé personnel de son déléguant, mais comme le lieutenant direct du Calife. Quoique institué par un kádi, le *na'ib* devient le « *na'ib du Sultan* » ou de « l'Imam », comme disent les textes. Dans le même ordre d'idées, deux notions plus intéressantes apparaissent. Le kádi de l'échelon inférieur devient le *halifa* ou *na'ib* du Prophète ou, même, de Dieu. Sur un terrain plus positif, le kádi est considéré comme le *na'ib*, non plus du Calife, personnellement, mais de la Société, en général. Cette nouvelle conception exercera son influence sur la situation du kádi-délégué. Il ne sera plus révocable par la révocation ou la mort du kádi, son déléguant. C'est ainsi que l'auteur du recueil « *Al-Fatawi al hundiya* », du XI^e siècle, tout en continuant à rapporter l'opinion traditionnelle, suivant laquelle les *na'ib* d'un kádi sont révocables par sa révocation ou sa mort, ne manque pas de spécifier que la pratique est cependant établie en sens contraire, et la raison qu'il en donne est précisément la considération que le *na'ib* est en réalité « le *na'ib* du Sultan ou de la Société ». C'est pourquoi, dit un autre auteur de la basse époque, le kádi ne peut pas, de par sa propre volonté, mettre fin à sa fonction ; il est le *na'ib* « du public » et le droit de ce « public » s'attache à cette fonction.

Une autre dégradation de la même idée consiste dans l'interdiction faite au kádi, quel que soit le degré auquel il se trouve, de déléguer lui-même ses pouvoirs et d'instituer des *na'ib*, sauf autorisation tacite ou expresse. Alors que, d'après Mawardi, qui écrivait son traité dans la première moitié du V^e siècle (XIII^e), le statut ordinaire du kádi comportait le pouvoir de se substituer des *na'ib* ou vicaires, les juristes de la fin du même siècle, comme Sarahsi, exigent, à cette fin, une autorisation spéciale.

Le traité « *Al Hidáya* » pose aussi la même condition. C'est pourquoi nous relevons dans tous les modèles d'actes de nomination de juges des grandes circonscriptions une clause spéciale conférant le pouvoir de subdélégation.

Mais l'autorisation peut être tacite et impliquée dans la nature du poste auquel on est nommé. Ainsi, la nomination au poste de Kádi-al-Kudât comporte, sans besoin de mention expresse, le droit du titulaire de désigner des *na'ib* ; car, disent les textes, le Kádi-al-Kudât est institué nécessairement pour être le chef de l'administration judiciaire, nommer et révoquer les magistrats.

La notion de délégation et de justice retenue implique, dans sa pureté originelle, le pouvoir du déléguant de se substituer à tout moment à son vicaire et la possibilité de tout plaideur de s'adresser *omisso medio* à ce déléguant. Mais, à partir d'une certaine époque — bien tardive, il est vrai — la pratique tendit à limiter la portée de ces conséquences, à fortifier la situation personnelle du délégué, en lui donnant plus d'indépendance. C'est ainsi que, quoique les traités de jurisprudence continuent à proclamer le principe absolu que tout plaideur peut s'adresser directement « à la Porte du Sultan » sans passer par l'intermédiaire du Kádi, ces mêmes traités n'omettent pas d'indiquer que la pratique s'est établie en sens contraire et qu'il est interdit au justiciable de s'adresser immédiatement au déléguant supérieur.

Un autre élément qui contribuera à établir une certaine séparation des pouvoirs ainsi qu'à assurer au Kádi une certaine autonomie nous semble être la constitution, à partir du deuxième siècle de l'Hégire, d'un corps général de droit. Le corps de droit s'interposera entre la volonté du déléguant et le délégué. Ce dernier devra appliquer une loi qui est distincte de la volonté du déléguant, et qui s'impose, en principe, aussi bien à ce dernier. Les liens de subordination en seront, dans la même mesure, affaiblis ; et le Kádi acquerra, en conséquence, un statut beaucoup plus indépendant. Cette évolution arrivera à un point tel que les juristes de la basse époque formuleront la règle d'après laquelle « l'ordre du Sultan (déléguant suprême du pouvoir de juridiction) ne doit être exécuté (par le kádi) que s'il est conforme aux règles du « Sar ».

D'ailleurs, l'incertitude qui a régné en matière législative avant la constitution définitive du Corpus juris musulman et, suivant l'expression consacrée, la fermeture de la porte de l'*igtlihád*, ainsi que, d'autre part, l'inexistence d'un organe de législation, devait avoir sa répercussion sur le statut juridique du kádi et contribuer, dans une très large mesure, à faire de lui, non pas simplement un applicateur de la loi, mais aussi un organe de création du droit. C'est de là, à notre avis, que procède l'organisation ou le perfectionnement, par la pratique judiciaire elle-même, d'institutions juridiques de la plus haute importance, telles que celles des *Suhûd*, des notaires, des *wakfs*, de la réglementation des biens des mineurs, des absents, etc.

Une caractéristique très frappante de la condition juridique du kádi, c'est que, contrairement à ce que le terme qui sert à le désigner pourrait faire croire, il n'est pas essentiellement un préposé dont la délégation se restreint à la fonction judiciaire. Le kádi n'apparaît pas comme un magistrat spécifiquement judiciaire. Dès les origines, et surtout, au cours du premier siècle de l'Hégire, presque tous les kádi se voient confier, en même temps et au même titre que la juridiction, des attributions plus ou moins apparentées à la juridiction, comme la police, soit tout à fait différentes, comme l'administration financière. C'est ainsi que, dans les annales de Kindi, les kádi exercent les fonctions de la *Surta* et du *Bayt-al-mâl*, sans que les attributions judiciaires aient un caractère de primauté et que les autres attributions apparaissent comme simplement accessoires.

L'évolution de l'institution en dégagera par la suite la véritable nature en spécialisant le kádi dans ces attributions judiciaires. Mais, par contre, quelques siècles plus tard, la tradition originale sera renouée et nous verrons les kádi cumuler des charges de nature toute différente des attributions juridictionnelles.

Un autre aspect important de la juridiction kádiale, c'est l'unité de juge. A la différence d'autres systèmes judiciaires où la juridiction ayant commencé par être confiée à un juge unique est passée avec le temps à des formations collégiales, le système judiciaire musulman, en général, est resté toujours fidèle au principe de l'unité de juge : l'Islam n'a pas connu le système des assemblées judiciaires. Les origines de ce principe sont logiques et naturelles. Le kádi étant le délégué-représentant du gouverneur, il devait être unique, comme ce gouverneur. A cela, il y a encore une autre raison. Les assemblées judiciaires procèdent d'une organisation démocratique de la cité, d'une conception de droit public, qui se retrouve aux origines de

beaucoup de sociétés et qui admet la participation du peuple à l'exercice du pouvoir, dans ses diverses manifestations. Or, l'Islam, par l'effet des influences byzantines et persanes qui l'ont saisi dès ses premières origines, s'est constitué sur le mode de la puissance personnelle autocratique.

Tout au plus, le système du juge unique admettra le correctif du *concilium*, d'un nombre plus ou moins restreint de juristes, assistant de leurs avis le juge, mais n'ayant aucune compétence délibérative.

L'unité de juridiction doit être envisagée aussi à un autre point de vue. On ne distingue pas en droit musulman des degrés séparés de juridictions. Sans doute, les divers échelons de délégation constituent autant de degrés de juridictions; mais, ces degrés ne sont pas séparés les uns des autres, et, dans la réalité des choses, ils ne sont que les émanations, les uns des autres, et ne constituent qu'un seul et même tout. Au contraire, dans le système moderne, la juridiction d'appel, par exemple, se détache nettement des deux autres, constituant chacune une formation judiciaire distincte. C'est pourquoi, le recours que l'on peut exercer, dans le système kádial, contre la décision d'un juge devant son déléguant ou devant le chef de l'Etat constitue un recours d'une nature toute particulière, qui est loin de ressembler aux voies de recours du système judiciaire moderne.

Un troisième aspect très important de l'unité de juridiction dans le système kádial, c'est son unité au point de vue de la qualité des justiciables et au point de vue des autorités supérieures.

En principe, toutes les catégories de sujets du monde musulman sont justiciables de la juridiction du kádi. Il ne se trouve pas, dans le système judiciaire musulman, des juridictions propres aux bourgeois des villes ou aux nobles ou aux roturiers. La tradition se complait à rapporter des anecdotes — vraies ou fausses — représentant le Calife suprême se soumettant volontairement à la juridiction du kádi. Le monde musulman n'ayant pas connu les organisations et franchises municipales autonomes, les bourgeois des villes ne songèrent pas davantage à se constituer des juridictions qui leur seraient propres. Quant aux nobles, seigneurs grands et petits, toute leur activité s'exerçait en vue de se rendre politiquement indépendants de leur suzerain : on ne voit pas qu'ils aient cherché à revendiquer le droit d'être jugés par le suzerain ou par leurs pairs. Nous ne parlons pas des clercs, l'Islam n'ayant pas de clergé. Tout au plus peut-on retenir la catégorie des personnes qui s'adonnaient spécialement à l'étude et à l'enseignement de la Loi, autrement dit, les juristes, fukâha, 'ulama. Mais ceux-là n'ont jamais constitué une véritable classe sociale, et en tout cas n'ont joui d'aucun privilège judiciaire.

D'autre part, la justice est partout la justice du chef de l'Etat : il n'y a pas d'autres justices distinctes : seigneuriales, municipales. Sans doute, les divers gouverneurs chercheront à s'immiscer dans l'administration judiciaire et spécialement dans la nomination des kádi, dans leurs provinces. Sans doute aussi, par suite des divisions politiques et de la constitution d'Etats musulmans indépendants, il se forma autant d'organisations judiciaires indépendantes. Mais c'est là le côté politique de la question. Au sein d'un même Etat, il n'y eût pas d'autre justice que la justice du Calife ou du Sultan. Cela tient, peut-être, à l'inexistence, en Islam, d'une organisation féodale, sur le mode de celle du moyen âge occidental.

L'unité de juridiction, en Islam, ne va pas plus loin que les limites que

nous venons d'indiquer. Cette juridiction n'est pas une, quant à la nature des conflits. Contrairement à ce que l'on soutient généralement, le kádi ne constitue pas l'unique autorité judiciaire vers laquelle affluent tous les litiges, de quelque ordre qu'ils soient. Ainsi, sans parler de certaines matières dévolues à des juridictions spéciales, qui sont pourtant nombreuses, la justice répressive a été dès le principe exercée par le Gouverneur, alors même qu'il déléguait ses autres attributions judiciaires au kádi; et, elle fut, depuis une certaine époque, du ressort d'un ordre spécial de fonctionnaires, appelé *Surta*. De même, il faut tenir compte à cet égard des institutions judiciaires indépendantes qui apparurent au cours de l'évolution historique et qui exercèrent un pouvoir juridictionnel concurrent en même temps que supérieur à celui du kádi. Ainsi en a-t-il été, par exemple, de l'institution du *Hajib* et de l'institution des *Mazálim*, juridictions d'un ordre tout différent de l'ordre kádial, statuant suivant la coutume et l'équité, dans des matières soumises en principe à la juridiction du kádi.

Avant de terminer cette étude sur la condition juridique du juge musulman, nous devons dire un mot de l'appellation qui lui est consacrée, à savoir, le terme de « kádi ». Ce terme n'était pas réservé exclusivement au juge musulman : traduction arabe du *judex* romain, on le rencontre appliqué aux juges des autres communautés non musulmanes. Mais, à l'époque classique, le sens du terme se spécialise et il n'est appliqué couramment qu'au juge chargé de l'application de la Loi musulmane ou *Sar*. Il est désigné par le nom de la ville à laquelle il est affecté. A l'origine, aux ^{1er} et ^{11^e} siècles, le kádi est désigné par le nom de la circonscription militaire où il exerce ses fonctions. C'est ainsi que *Yahya b. Maymun*, kádi du Caire, est appelé *kádi al-jund*. *Husani* nous apprend qu'en Andalousie, avant l'adoption du nom de kádi al-jamâ'a, sous le règne du premier Calife Umayyade, le juge principal de la communauté musulmane s'appelait kádi-al-jund.

Dans la terminologie technique et officielle, le titre de kádi était réservé, en Orient, aux juges de la capitale, tandis que les juges des provinces portaient le titre de *hákim*. Mais, dans le langage vulgaire et même dans le langage juridique courant, l'appellation de kádi est appliquée indifféremment aux uns et aux autres.

Mais les juges à compétence réduite, quant à la valeur des litiges, ou à compétence restreinte, quant aux matières qui leur sont dévolues, portent aussi le titre de kádi; tel ce juge de Basra, dont la compétence n'était pas supérieure à deux cents dirhems et qui, suivant le témoignage de *Mawardi*, s'appelait le kádi de la Mosquée. Le *'adl*, *Ibn Bakran*, à qui un juge d'Egypte de la première moitié du ^{xiv^e} siècle délègue l'administration et la juridiction en matière de biens wakfs avait le titre de kádi.

Par contre, en Occident, dans le Magreb, cette appellation est restée réservée même dans le langage courant aux juges des grands centres; les juges des petits ressorts portent le nom de *hákim*. De même, les juges à compétence limitée, qui « ne connaissent pas des litiges importants ». De même, les *náib* du kádi d'un grand centre. Cette fonction de *náib* s'appelle en Occident *hittat al-ahkám*. D'après *Makari*, ce juge inférieur portait le titre de *musaddid*. *Gaudefroy-Desmombynes* et *Platonos* ont tort de croire que le *hakim* était un magistrat « rendant la justice administrative, extra-coranique ». Le *hákim* ne différait du kádi que par l'étendue du ressort et de la compétence.

Les autres officiers publics, qui ont droit de juridiction, tels que les agents de la Surta, qui exercent la juridiction répressive, portent, suivant les pays, le nom de *hákim*, ou de *wali*, ou de *sahib-al-madina*, ou de *sahib-al-surta*.

Mais au Maghreb aussi, le titre de kádi perdra dans la suite de son ancienne portée. Les juges à compétence restreinte et spéciale prendront le nom de kádi; il y aura le « kádi des mariages », le « kádi des eaux ». Le juriste, simple particulier, qui sans être titulaire d'un poste officiel, est habituellement délégué par le kádi pour la connaissance de certains procès, est parfois appelé du nom de kádi. Même le fonctionnaire de la Surta — juge de répression — portera le nom de kádi-al-surta.

Le titre de kádi, une fois attribué à une personne, lui restait, tout au moins à partir du v^e siècle, définitivement acquis, et constituait en quelque sorte un signe d'honorariat. Lorsque Sarahsi fut révoqué de son poste de kádi d'Egypte, il continua à s'entendre appeler par son ancien titre. Aux personnes qui s'en étonnèrent, il répondit : « Ce titre ne nous quittera qu'au jour du Jugement ». C'est pourquoi il n'est pas surprenant de voir dans les chroniques d'histoire que les titulaires de beaucoup de charges qui ne sont en aucun rapport avec les fonctions judiciaires, comme la charge d'administrateur des revenus du Sultan, ou des dons et robes d'honneur, ou des dotations des années ou de Directeur des douanes, portent le titre de kádi. Très probablement, c'étaient des personnages qui avaient précédemment occupé des fonctions judiciaires.

III

DROIT JUIF

BALOGH, *L'influence de l'économie sociale sur l'évolution du Droit dans l'histoire comparative du Droit et dans l'ethnologie juridique.*

JOLOWICZ, *L'origine de la « laesio enormis ».*

(Ces contributions publiées ci-dessous, Chapitre III, Section II, §§ 16 et 15).

CHAPITRE III

LE DROIT ROMAIN

SECTION I

LE DROIT ROMAIN COMME CENTRE DE L'HISTOIRE COMPARATIVE DU DROIT

WENGER, *Sur le Droit Romain, le Droit Comparé et l'histoire des Droits Antiques.*

ARANGIO-RUIZ, *Les « gentes » et la cité.*

WESTRUP, *La propriété familiale.*

SUR LE DROIT ROMAIN, LE DROIT COMPARÉ ET L'HISTOIRE DES DROITS ANTIQUES

Par Léopold WENGER

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

Traduit par H. MANKIEWICZ

Secrétaire général de l'Institut de Droit Comparé de Lyon

Dans le vaste champ de travail, s'étendant presque à perte de vue, sur lequel Edouard Lambert en son jour de fête va avoir à jeter un coup d'œil rétrospectif avant de passer à de nouveaux travaux sur des domaines toujours nouveaux, le droit comparé tient la première place. Il y a peu de représentants de cette discipline qui soient, comme le jubilaire que nous fêtons aujourd'hui, capables d'embrasser d'un seul regard l'ensemble des problèmes de droit comparé et de servir de guide dans ce domaine comme partout ailleurs pour la marche vers le progrès. Sur ce terrain du droit comparé s'entrecroisent et s'entrelacent des questions de méthodologie, de dogmatique du droit, d'histoire du droit, de philosophie du droit, des questions théoriques et des questions pratiques, des questions de politique du droit, à côté de problèmes relatifs au passé des questions brûlantes du présent et d'autres concernant l'avenir de la vie en commun des peuples et des Etats.

Ce n'est que par un travail d'historien du droit, abordant d'une façon fragmentaire et rapide l'une des parties du problème de la fonction de l'histoire comparative des droits que je puis apporter au vénéré savant, ma contribution à ce Recueil pour le remercier de ce qu'il nous a offert d'enseignement, à moi et à tant d'autres. Ce n'est, je le sais, qu'une ἀντίδοσις ὀλίγη.

Les recherches de droit comparé, qu'elles se poursuivent dans le domaine de la jurisprudence actuelle ou dans le domaine de l'histoire du droit et de l'économie, ou encore dans le champ de la philosophie du droit, prennent toutes comme point de départ cette vérité, corroborée par l'expérience, que les systèmes juridiques positifs des peuples, Etats et autres groupements humains sont, tantôt similaires, tantôt dissemblables, et même parfois opposés les uns aux autres. Nous choisissons comme objet de notre brève étude les systèmes juridiques de l'antiquité, et plus particulièrement le système romain qui a étendu son emprise finalement à l'*orbis terrarum* entier. Ce n'est pas seulement entre les droits distincts qu'on rencontre des

différences et des ressemblances; l'historien suit, lui, l'évolution de l'ordre juridique d'un même groupement avec une attention toute particulière précisément si cette évolution a passé par des stades, non seulement peu semblables, mais même souvent entièrement opposés les uns aux autres. Il est naturel que ce soient surtout les oppositions qui sautent aux yeux dans la comparaison historique des droits, soit qu'elle porte sur des droits différents, soit même qu'il s'agisse des différents stades de l'évolution d'un même système juridique. Ce sont ces oppositions qui sont le premier objet du rassemblement des matériaux. Mais il convient de faire remarquer, dès maintenant, que l'uniformité et les similitudes des phénomènes ont au moins la même, sinon une plus grande valeur, pour l'appréciation définitive des problèmes.

Pour l'appréciation historique et critique des divers droits du monde des Etats méditerranéens, égyptiens et de l'Asie Mineure, nous dépendons évidemment de la possibilité de connaître l'état des sources.

Il s'ensuit que celui qui étudie ces droits est tout de suite frappé de la position prédominante qu'occupe le droit romain, et plus particulièrement le *Corpus Juris* de Justinien et qui, d'ailleurs, est due pour une large part à l'application effective du *Corpus Juris* et du droit des « pandectes » qui est sorti de celui-là. Cette prépondérance pratique du droit romain est naturellement indépendante de l'antipathie ou de la sympathie qui, de temps à autre, pour telle ou telle raison, se dégage dans nos systèmes juridiques modernes pour ou contre le *Corpus Juris*.

Mais il y a aussi d'autres éléments à envisager pour définir exactement la situation du droit comparé par rapport au droit romain et la situation du droit romain par rapport aux autres droits de l'antiquité. Même la simple comparaison par le point de vue de l'histoire du droit des systèmes juridiques de l'antiquité doit naturellement tenir la considération, qu'elle donne au droit romain, en dehors de la sympathie ou de l'antipathie que lui inspire ce système. Car même dans le monde antique, le droit romain, — par comparaison avec la sphère d'application qu'ont eue les autres droits, — a reposé sur une base incomparablement plus large. Il était, en effet, devenu le droit de l'Empire dont la fonction dans l'histoire mondiale a été, d'après une conception à la fois religieuse et politique, de dominer les autres peuples. C'est cette conception évidente pour les Romains, que le poète Virgile a enrobée dans les mots célèbres : *Tu regere imperio populos, Romane, memento*. Mais cette idée de la nation désignée pour dominer les autres nations n'est pas née seulement depuis le moment où la domination du monde par Rome est devenue une réalité saisissable; car sans cette conviction la ville campagnarde de l'Italie centrale n'aurait pas pu devenir la maîtresse du monde.

D'après la conception romaine et — autant que nous puissions le savoir — d'après la conception de tous les droits antiques, le droit d'un peuple était une affaire purement nationale; c'était la même idée que ces hommes se faisaient de la religion, qui était si fortement liée au droit. Cette conception du droit si naïve et si instinctive, si près d'un peuple fortement conscient de lui-même, apparaît aussi à travers du vers précité. Si nous avons pris spécialement comme exemple la conception romaine, cette conception se manifeste aussi notamment dans la primatie absolue du *Kosmos* de la communauté des nobles de Sparte.

Lorsque plusieurs Etats ayant cette méthode étatique se heurtaient dans une même sphère d'influence, il ne pouvait y avoir d'autre solution que soit la soumission de l'un d'eux par le moyen brutal de la guerre, ou — quand cette entreprise échouait — un *bellum omnium contra omnes* permanent. Le droit positif d'un Etat est indépendant du droit des autres Etats, ou au moins il croit l'être. Tant que persistait cette conception, les systèmes juridiques étaient en hostilité durable entre eux, tout comme les systèmes étatiques. Et de cet exclusivisme des conceptions juridiques nationales il résultait que les Etats et peuples soumis ne pouvaient jamais participer, ni à l'Etat, ni au droit du peuple vainqueur. Ils restaient pour toujours exclus de la communauté juridique et étatique du peuple vainqueur. Les populations soumises étaient éternellement des *Helotes*, ainsi que ce fut le cas dans le *Kosmos* de Sparte. Rome a aussi connu, pendant longtemps, cette étroitesse de cœur, mais elle a su en triompher, d'abord en élargissant, puis en attribuant à tous, la *civitas romana*.

Quant à la possibilité d'une comparaison des droits antiques ou — ce qui revient au même — quant à la question de savoir si le droit et l'Etat romains ont traversé l'histoire avec une fière inaccessibilité, il découle des courtes indications qui précèdent cette conclusion : Si les Romains étaient restés sur leur position du début et avaient formé leur droit dans un splendide isolement, et si le droit et l'Etat des Romains n'avaient, ni subi l'influence des autres, ni fait sentir leur influence sur les autres, la comparaison du droit romain avec d'autres droits du monde antique serait une entreprise peu réjouissante qui ne pourrait que décrire la structure de ce seul Etat isolé et de son droit, et mentionner, à titre de rappel, qu'il y a eu aussi d'autres droits de l'autre côté de cette muraille de Chine. Qu'on rencontre parfois une pareille *hybris* chez les Romains eux-mêmes, c'est ce que prouvent les mots d'un écrivain aussi célèbre que Cicéron qui disait (de orat. I, 44, 197) : « *omne ius civile praeter nostrum inconditum ac paene ridiculum* », tout en jugeant utile de citer des législateurs tels que Lykurgue, Drakon et Solon. Mais tel n'a point été le point de vue durable dans les écrits de Cicéron — qu'on pense seulement à ses travaux de philosophie politique de l'Etat —, pas plus qu'il n'a été le point de vue des juristes romains, ni des *veteres*, ni des classiques, ni enfin des professeurs de Béryste et de la commission législative de Justinien. Pour nous autres romanistes modernes, les *papyri* et les inscriptions cunéiformes — pour ne citer que ces sources-là — ont créé des possibilités inappréciables de comparaison des droits sur le territoire même de l'ancien *Imperium Romanum*. Et c'est ainsi que le romaniste de métier est non seulement autorisé, mais encore obligé à faire des recherches de droit comparé.

Ces recherches ont été poursuivies, il y a plusieurs décades, sur un domaine beaucoup moins sûr, avec une intensité à laquelle on ne rend justice que de nos jours. On a entrepris en effet la reconstruction de l'histoire du droit graeco-italique et, par delà de celle-ci, celle de l'histoire du droit aryen en général. Ces essais de reconstruction prenaient comme point de départ l'idée, fort juste, que les institutions juridiques qu'on ne rencontre chez l'un des peuples aryens que dans un état rudimentaire peuvent être reconstituées à l'aide des institutions parallèles qu'on rencontre chez un peuple aryen frère. Mais l'état des sources littéraires ne permettait à cette comparaison des droits que l'utilisation des sources qui, ou bien ra-

contaient la préhistoire ou les débuts de l'histoire romaine et grecque, ou bien émanaient des écrivains de l'antiquité. Ce ne furent que les recherches préhistoriques qui fournirent d'autres matériaux juridiques. En tout cas nous pouvons marquer comme résultat de ces études de la préhistoire et des débuts de l'histoire que les Romains étaient un peuple indo-germanique qui émigra du Nord, ou bien de l'Est, en Italie et qui soumit victorieusement une population plus ancienne. En Italie même il y eut ensuite des guerres sérieuses parmi lesquelles les guerres avec les Etrusques revêtirent une importance particulière pour l'histoire romaine, étant donné surtout qu'elles ont mis les Romains en contact avec un peuple d'une autre race qui à un certain moment domina Rome. Ce fut l'époque de la domination des rois étrusques. Quelques-unes des institutions juridiques que nous ne rencontrons pas dans d'autres systèmes juridiques aryens peuvent avoir, je pense, une origine étrusque. Et tel peut être précisément le cas de certaines institutions juridiques qui ont été décisives pour l'établissement de la puissance romaine. C'est ainsi que l'*imperium* romain, la puissance de commandement illimitée des magistrats, ne cadre absolument pas avec les systèmes étatiques que nous trouvons chez les autres peuples indo-germaniques, tels que les Grecs et les Germains. Mais, bien que des considérations positives et négatives et les connaissances que nous devons à l'histoire comparative des droits nous amènent ainsi à considérer l'*imperium* romain comme un élément de droit public romain non indo-germanique, mais plutôt étrusque, et, partant, comme un élément venu de l'Orient, tout ce qui concerne les Etrusques reste cependant purement hypothétique, tant que subsiste l'énigme étrusque, et que nous sommes incapables de comprendre la langue de ce peuple, autrefois si puissant.

Quand nous tournons notre regard vers les époques éclairées par l'histoire, ce sont surtout les influences grecques qu'il faut rechercher pour pouvoir répondre à la question : quels sont dans le droit de Rome les éléments d'origine romaine et quels sont ceux qui ont été importés de l'étranger ? Nous ne portons pas atteinte à l'estime que nous éprouvons pour les éléments du droit romain qui sont d'origine purement romaine, quand nous constatons que quelques parties du droit, par exemple du droit prétorien, ont été façonnés d'après des modèles grecs ou que — dans notre langage juridique moderne — ils ont été isolément « reçus » des Grecs. Si le droit comparé arrive à faire de pareilles constatations, il contribue, par là aussi à faire prendre une juste appréciation du droit grec.

Ainsi que je l'ai déjà fait pressentir, ce sont plus particulièrement les *papyri* d'Égypte, se rapportant à une multitude de faits isolés, qui nous permettent d'observer la vie, dans les provinces romaines, de droits autres que le droit dominant des Romains. Il était conforme à la politique si intelligente des Romains de laisser subsister — dans la mesure où les intérêts de leur Etat n'étaient pas en jeu — non seulement l'ancienne culture, mais aussi l'ancien droit, familial et commercial, des parties soumises ou affiliées à leur Empire mondial. Ce n'était là qu'une application, au domaine du droit, du principe de gouvernement si souvent loué auquel le poète a donné expression dans ces deux mots : *parcere subjectis*. C'est ainsi que les *papyri* de l'Égypte, devenue province romaine, contiennent côte à côte du droit égyptien, du droit hellénique et du droit romain. La tâche fort laborieuse — et qui ne donne souvent que des résultats bien peu sûrs — d'étude

juridique des *papyri* est de distinguer les éléments d'origine différente dans chaque cas particulier. Les conclusions, auxquelles aboutit ce travail, offrent dans leur ensemble un tableau unique — fondé sur des documents — de la vie en commun de plusieurs droits dans l'intérieur d'un même Etat — vie en commun qui constitue l'un des problèmes fondamentaux du droit comparé. Bien que le principe de la personnalité des lois rende sensiblement plus facile de distinguer les champs d'application respectifs des divers droits, il ne faut cependant pas oublier que ce ne sont pas toujours des personnes appartenant à une même nation ou à un même système de droit qui entrent en commerce juridique et que, d'autre part, on rencontre des indices très nets de l'application du principe de la territorialité des lois. D'ailleurs, le comparatiste ne se contentera évidemment pas d'enregistrer purement et simplement les cas où l'on appliquait respectivement le droit romain, le droit national égyptien, ou encore le droit persan ou juif; mais il se demandera si ces divers droits exerçaient de l'influence — au delà des limites tracées par la personnalité du sujet de droit — sur les autres droits avec lesquels ils entraient en contact. Ainsi se pose, dans toute son ampleur, le problème de la *réception des droits étrangers en Egypte*.

Ce n'est qu'en se basant sur l'étude comparative des droits qu'on pourra mesurer pleinement l'étendue et la portée d'une *réception*. Les recherches faites à tâtons pour remonter jusqu'à une histoire du droit indo-germanique, se sont assignées comme tâche fondamentale de retrouver, au travers des institutions juridiques identiques ou similaires des Romains, Grecs, Germains, Hindous et d'autres peuples-fils, sortis d'une préhistoire commune indo-européenne, le droit commun présumé par elles et d'expliquer par là l'identité ou la similitude des phénomènes juridiques rencontrés dans les droits des peuples-fils. L'étude des réceptions vise, au contraire, à dégager les influences que les divers droits ont exercées réciproquement l'un sur l'autre, et elle relègue au deuxième plan — ou au moins elle ne fait pas rentrer dans son champ de recherches — la question de savoir si, dans un passé nébuleux, il a existé une communauté originaire des droits comparés par elle. Quiconque parle de la réception du droit romain en Allemagne, pense aux phénomènes de date relativement récente qui ont contribué à l'introduction et à la victoire finale du droit romain comme un droit étranger en Allemagne; mais il ne lui vient guère à l'esprit que le droit romain révèle aussi que par ses origines il découle d'un passé aryen commun avec le droit allemand qu'il a supplanté. Nous rencontrons des processus de réception chez tous les peuples et en tout temps. Le processus de réception qu'étudie l'historien des droits antiques est — comme je viens de le dire — celui qui s'est déroulé sur le sol du droit romain depuis l'époque des rois jusqu'au *Corpus Juris*. Et, dans cette longue période, on peut compter parmi les éléments les plus marquants de l'histoire de la réception des droits étrangers sur le terrain du droit public romain d'abord la formation du *Principat*, et surtout la réception de l'administration hellénistique dans les provinces devenues romaines et, enfin, la création de la monarchie absolue et la divinisation de l'empereur. Cette histoire de la *réception* se concentre plus spécialement sur l'époque, — objet de tant d'études et dont la signification historique a soulevé tant de discussions —, que nous appelons l'époque byzantine, — par opposition à la période de la jurisprudence classique qui la précède, — en d'autres termes, l'époque du *Dominat*.

En donnant ces indications nous pensons notamment à la réception d'idées juridiques grecques et hellénistiques dans les territoires soumis au droit romain, donc à un processus où les rôles des parties en cause se trouvent renversés par rapport au processus, qui nous est familier, de la réception du droit romain en Europe centrale. Chez nous, c'est le droit romain qui a été la partie dominante et dont l'influence sur les éléments antérieurs de l'évolution du droit national a engendré l'*Usus Modernus Pandectarum*. En revanche, en ce qui concerne les réceptions de droits antiques intéressant le droit romain, la question est de savoir, non pas — ou tout au moins pas en première ligne — où le droit romain s'est installé à titre de droit de la nation dominante, mais, au contraire, où et dans quelle mesure le droit de la population soumise a exercé une influence sur la transformation du droit romain. Si nous rencontrons dans la période du *Principat* ou du *Dominat* une institution juridique qui appartient au droit grec et qui est étrangère au vieux droit romain, il est facile de conclure que le droit romain a été influencé par des idées juridiques grecques. Mais il ne faut cependant pas oublier qu'il peut y avoir une autre explication qu'il n'est pas inutile de rappeler toujours de nouveau aux comparatistes : il est en effet possible qu'une institution juridique évolue spontanément, en dehors de toute influence étrangère, à la suite de modifications de l'ancien état des choses et dans une direction qui n'a pas été prévisible. Dans ce cas, il s'agit d'une évolution purement nationale, alors même que le résultat auquel elle a abouti cadre avec les données correspondantes du droit hellénistique. Au surplus, il ne faut pas non plus négliger les deux faits suivants : 1° Dans le droit romain lui-même, en face de la tendance de base conservatrice qui s'exprimait dans le *ius civile*, il y a eu aussi une autre tendance, qui a été toujours en croissant à s'ouvrir à l'admission de tout progrès. C'est la tendance — qui se manifesta dans le droit prétorien — à suppléer aux lacunes du droit civil, et à remplacer par du nouveau ce qui n'était plus utilisable. 2° Le *ius gentium* qui, au point de vue formel, n'était qu'une partie du droit romain s'appliquant plus largement que le *ius civile*, mais qui, au point de vue de son contenu, s'inspirait des idées du commerce international, a pris, par l'intermédiaire de ces idées, ses racines dans les usages commerciaux méditerranéens.

Les institutions juridiques que nous trouvons formulées dans le *Corpus Iuris* et qui se sont développées en opposition avec le droit des classiques, sont-elles, dans leur substance, des institutions encore romaines, ou ont-elles été si fortement transformées que nous devons appeler ce nouveau droit un droit hellénistique ou peut-être un droit oriental ? Autour de ce problème central de la signification du droit du *Corpus Iuris* et aussi de la qualification du droit qui a été à la base de la réception — se déroule actuellement une discussion entre les romanistes qui est d'importance capitale, mais de nature quelque peu irritante. Tandis que les uns défendent la *Romanité* même de la dernière phase dans laquelle le droit romain nous a été légué, d'autres se refusent de reconnaître le droit déformé par le *Corpus Iuris* comme étant encore du droit romain. Pour ces derniers, la forme du droit classique telle qu'on peut facilement la dégager par la recherche des interpolations représente la dernière expression du vieil esprit juridique romain. Ceux-là estiment par contre que cet esprit de droit romain a été capable d'exercer son influence jusque dans le *Corpus*

Iuris et que, dès lors, l'œuvre législative de Justinien peut à juste titre être appelée droit romain. Bien que j'incline personnellement vers cette dernière conception, je ne puis ici qu'indiquer comment se pose le problème. Je me borne donc à dire ceci : Ce qui se présente comme *Interpretatio Romana* dans l'histoire de la religion romaine, ne saurait être autrement apprécié dans l'histoire du droit. Le grand art des Romains, — qui entre les peuples se sont distingués à un haut degré par leurs dons juridiques, — a été précisément de recevoir les apports juridiques étrangers, tout en les adaptant, dès leur réception, à leur propre patrimoine juridique. Grâce à cette vocation intellectuelle particulière des Romains, il est arrivé de plus en plus que l'esprit a imprimé sa marque à la matière, même sur celle qui — avouons-le sans gêne — a été trouvée ailleurs. Quand on voit un gouverneur romain en Egypte utiliser pour des buts de droit privé l'enregistrement des propriétés foncières déjà prescrit dans ce pays pour des buts de droit public et formuler à cet égard avec clarté des vues qui font penser au droit de notre livre foncier moderne, on a déjà un exemple bien connu de cet art des Romains. On peut se disputer sur la question de savoir qui, dans cette synthèse magnifique du monde politique et culturel de l'antiquité, a été le vainqueur et qui le vaincu. La forme dans laquelle l'ensemble du patrimoine juridique de l'*orbis terrarum* antique nous a été légué n'en est pas moins — dans la partie qui reste pour nous la partie essentielle — latino-romaine. C'est en tout cas au droit comparé que nous devons la faculté de pénétrer l'évolution du droit romain.

Le but de l'*histoire des droits antiques* est de faire une synthèse des histoires des droits des peuples autrefois dominants dans les régions méditerranéennes et l'Asie Mineure, en partant de Rome et en examinant tous ces droits du point de vue de l'*Imperium Romanum* qui leur a fait des emprunts au moins d'une façon extérieure et qui les a finalement englobés tous. C'est ainsi que l'histoire des droits antiques veut contribuer au moins pour une partie — à savoir dans le domaine du droit — à l'établissement de l'*histoire universelle de l'antiquité* — tâche que s'est assignée par exemple la Cambridge Ancient History. Mais la comparaison des droits dans le domaine des droits antiques n'entend pas aboutir uniquement à une juxtaposition des dispositions des droits romain, grec et autres — par exemple des dispositions relatives à la vente. Nous aspirons à dégager, d'une part, les rapports des différents systèmes juridiques entre eux et, de l'autre, l'individualité de chacun d'eux en vue de pénétrer ainsi plus en plus profondément dans le processus de la formation des idées juridiques qui inspirent les institutions du droit public et privé, ainsi que dans celui de la formation de l'idée du droit elle-même. Dans ses parties descriptives et comparatives, l'histoire des droits antiques montre d'abord jusqu'à quel point les systèmes juridiques des peuples du monde antique, y compris celui de Rome, contiennent des éléments communs à côté et au-dessus de leurs différences et de ce qui les sépare, et aussi combien souvent et comment des tendances d'apparence antagoniste peuvent s'amalgamer et les oppositions se concilier. Mais l'histoire des droits antiques montre aussi combien fréquemment le dominateur reçoit des leçons de celui qu'il domine, et elle prouve ainsi que le problème de la formation du droit à la suite du heurt de droits différents ne doit aucunement être envisagé comme étant toujours un problème de puissance, mais qu'assez souvent, le droit de qualité meilleure du

vaincu a su triompher du droit de qualité ou d'utilité moindre du vainqueur.

L'histoire des droits antiques de son côté est, non pas un tout hermétiquement fermé, mais l'un des domaines importants de l'*histoire universelle du droit de l'humanité* qui, à son tour, est un vaste et important domaine de l'histoire de la culture humaine universelle. L'établissement de cette histoire n'est sans doute encore qu'un idéal d'avenir de la recherche humaine; but qui ne peut être atteint que dans un lointain avenir et dont les uns diront qu'il est irréalisable, tandis que d'autres rejetteront la position même du problème. En effet, qui pourrait nier que des questions de conception du monde y jouent un rôle important, et, ce qui est plus, conditionnent cette entreprise? Il s'agit en effet de la question fondamentale de l'existence d'un *ius naturae* qui plane au-dessus des droits des hommes et auquel tous les droits de tous les temps et de tous les peuples, — ainsi que tous les droits nationaux et étatiques, que nous rencontrons comme données positives dans l'histoire du droit humain, — doivent se subordonner sous peine de disparaître sans laisser des traces sur cette terre. Nous ne pouvons naturellement pas aborder ici l'étude de ce problème dans toute son ampleur, et nous devons nous borner à avouer que nous croyons à une progression commune des droits de l'humanité et que nous avons l'espérance qu'une communauté de plus en plus grande entre les droits positifs apportera une contribution essentielle à la réconciliation de l'humanité. Quand il nous montre que la lutte de tous les droits positifs contre tous les droits positifs n'est pas le dernier mot de notre connaissance des choses, le droit comparé remplit aussi un but qui le fait s'élever au-dessus de son rôle scientifique. Car la science, elle aussi, n'existe pas pour elle-même, mais pour l'humanité.

LES " GENTES " ET LA CITE

Par Vincenzo ARANGIO-RUIZ

Professeur aux Facultés de Droit des Universités de Naples et de Guizeh

Traduit par Pierre GARRAUD,

Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Lyon

Au seuil de l'histoire constitutionnelle grecque et romaine, il arrive aux historiens et aux juristes de se poser un problème redoutable relatif aux origines. Que l'Etat citadin soit l'organisme fondamental sur lequel pivote le droit public grec et romain, chacun le sait : mais comment et d'où sortit la Cité-Etat ?

Qui pose la question en ces termes a coutume de répondre ainsi : la citée est née de la fédération de groupes antérieurs distincts bien qu'homogènes, dont chacun était organisé comme une unité politique fermée, et se trouvait aggloméré par les liens du sang.

Au commencement était la famille : ou plutôt il y avait, dans des ter-

(1) J'accepte bien volontiers la proposition, que le Comité du Jubilé Lambert me fait, de republier ce discours dans le Recueil dédié au plus éminent des Maîtres du droit comparé; d'autant plus que l'Annuaire de l'Université de Messine, 1913-14, où il a été publié la première fois, n'est pas facilement accessible, et que j'ai épuisé depuis longtemps les tirages à part. Il faut pourtant que le lecteur n'oublie pas que ce petit ouvrage date de 1913 : si mes idées essentielles n'ont pas changé, il y a eu en revanche dans ce délai de 24 ans, nombre de discussions et contributions nouvelles, dont un ouvrage moderne sur le sujet ne saurait ne pas tenir compte ; d'autre part, certaines affirmations qui avaient alors une certaine empreinte d'originalité sont devenues à l'heure actuelle des notions courantes. Il m'a paru, malgré cela, que cette mise au point n'a pas perdu son utilité, et que, d'autre part, elle perdrait beaucoup de son efficacité si je m'attardais à discuter les différentes opinions qui ont été émises par la suite : c'est pourquoi je me borne à citer l'article du regretté Bonfante, *Teorie vecchie e nuove sulle origini della famiglia*, republié dans ses « Scritti giuridici », I, Turin 1915, p. 18 sgg.; G.-I. Luzzatto, *Per un' ipotesi sulle origini delle obbligazioni romane*, Milan 1934; et, en dernier lieu, l'étude de M. L. Zancan, *La teoria gentilizia e il concetto della cittadinanza romana*, dans les « Atti R. Istit. Veneto », 95, 1935-36, p. 2 a 321 sVv.

L'édition présente, qui reproduit fidèlement (sauf des petites retouches formelles) l'ancien texte, ne comporte pas, pour des raisons d'espace évidentes, les quatre Appendices qui y étaient respectivement consacrées à la bibliographie des différentes théories sur les *gentes*, à l'étendue de l'idée romaine de l'obligation, aux concepts de famille et de testament, aux origines de la plèbe. Ce sont des problèmes que l'on ne saurait reprendre que dans une révision totale de l'ancien droit romain; ce que j'ai fait, d'ailleurs, pour le droit privé, dans mes *Istituzioni di diritto romano* (3^e édit., Naples 1934), et, pour le droit public, dans la toute récente *Storia del diritto romano* (Naples 1937).

ritoires voisins, des familles différentes, identiques de race, de mentalité et de coutumes, mais dégagées de tout lien qui vienne les associer. Toute famille vivait ramassée en elle-même et sur elle-même; elle célébrait le culte de son fondateur, de la tombe qui renfermait ses restes mortels, du feu toujours allumé, où la perpétuité du groupe trouvait son symbole; et l'ainé de chaque génération, ou celui qui avait été désigné par son prédécesseur, de même qu'il était le prêtre du groupe dans les cultes domestiques, en était aussi le chef suprême. Chef suprême sans aucun contrôle : ses descendants, les membres collatéraux, leurs épouses, les clients (étrangers ou individus dispersés qui se sont mis sous sa protection) étaient soumis à son pouvoir absolu : et ceux qui se trouvaient en dehors de ces catégories ne pouvaient appartenir qu'à un autre groupe familial, sans possibilité autre que les relations de paix ou de guerre, d'alliance et de représailles, qui peuvent surgir entre des Etats indépendants.

Les vicissitudes des descendance et des luttes fréquentes entre les familles ou avec les éléments de la nature, tandis qu'elles détruisaient ou dispersaient certains groupes, donnaient aux autres un développement assez vaste pour faire apparaître comme trop maigrement efficace l'autorité de la puissance unique et concentrée du *pater familia*. D'où la nouvelle règle, d'après laquelle la famille, à la mort du père, se désagrègeait en autant de familles qu'il y avait de ses descendants immédiats, et chacun d'eux était revêtu d'un pouvoir quasi souverain. *Quasi* souverain, désormais, parce que les petits groupes ainsi formés n'étaient plus entièrement autonomes, mais restaient soumis, par de très grands intérêts communs, au pouvoir central de celui qui aurait été le chef de la famille dans sa conception primitive. Ainsi existe-t-il un organisme politique plus vaste, la *gens* (γένος, *gens*), gouvernée par le *pater gentis*, professant, par son intermédiaire, les anciens cultes, opposée dans son unité aux *gentes* étrangères; au sein de l'organisme supérieur de la *gens*, la famille apparaît comme un groupe dépendant, dans lequel les pouvoirs ont leur origine dans une autolimitation du pouvoir central. Née et constituée ainsi, la *gens* peut atteindre, par la richesse de son développement démographique et avec l'incorporation de clients, une extension numérique importante : les 4.000 de la *gens* sabine des Clausus, ou Claudes, reçue à Rome dans la période royale, les 306 Fabius morts glorieusement sur la Créméra. A cette extension numérique correspond la souveraineté territoriale : l'*heredium* domestique est remplacé par le *pagus*, dont les limites ont pu, par la suite, apparaître suffisamment larges pour que corresponde, à chacun d'eux, une tribu rustique.

Mais les conditions naturelles ou sociales de la vie ne furent point également favorables pour toutes les *gentes* : et, à l'inverse, il arriva que, pour résister aux prétentions à l'expansion de *gentes* plus fortes, ou pour mieux pourvoir à des besoins économiques, beaucoup de *gentes* sentirent le besoin de se fédérer. De là cette institution que les Grecs dénomment phratrie, les Romains curie; institution dénommée encore chez les premiers sur la base d'un lien de fraternité qui persistait quelquefois dans de lointaines traditions, et qui, plus souvent, se créa fictivement; tirant à l'inverse, chez les Romains, son nom de la lance, symbole d'une activité belliqueuse, en vue de laquelle principalement les *gentes* marquaient l'intention de se confédérer. Et, pour la nouvelle communauté complexe, l'institution de nouveaux cultes, de nouveaux prêtres fut nécessaire.

Des phratries ou des curies naquit, par un processus analogue, le dème ou la tribu, et des tribus la cité; et, de même que les tribus n'avaient pas éliminé les curies, ni les curies les *gentes*, ni les *gentes* les familles, la cité ne détruisit pas la cohésion interne des tribus. Au contraire, dans le droit de la Cité-Etat, tous les groupes mineurs persistèrent : les tribus et les curies comme circonscriptions territoriales et personnelles, avec des fonctions d'administration et de culte propres; les *gentes* et les familles comme des sujets, ou plutôt comme les seuls sujets du droit privé.

Mais, tandis que les tribus et les curies s'étaient adaptées facilement à leur nouvelle situation politique et juridique (elles avaient surgi artificiellement, pour accomplir les buts que remplissait maintenant l'Etat, et il était juste qu'elles se dissolvent dans un organisme plus fort et plus achevé), le moment vint où les *gentes* opposèrent au contraire une résistance séculaire. Leur cohésion enracinée dans une antique communauté de culte et de sang, trouvait, pour s'affirmer, un stimulant dans la position des clients. Placés sous la protection de la *gens*, les clients avaient été la principale source de sa richesse; ils avaient été ses paysans et ses soldats. Or, la cité prévalant sur les *gentes*, le roi sur les *patres*, les diverses clientèles des différentes *gentes* ressentirent la diminution des pouvoirs des groupes familiaux particuliers, et commencèrent à se considérer comme les clients non plus des *gentes*, mais de la cité, comme les protégés non plus des *patres*, mais du roi. Et, à l'encontre de ces prétentions, l'identification, dans l'étroit organisme gentilice, de l'intérêt économique des individus avec l'intérêt du groupe était évidente.

D'où les révolutions à travers lesquelles passèrent, avec des différences de comportement plus formelles que substantielles, les cités antiques. Contre le roi, qui tend à établir la sujétion directe des clients à l'Etat, et à niveller les diverses couches de la population, éclate la révolution des *gentes*; celle-ci conduit quelquefois à la rupture de la fédération en quoi consistait la cité, c'est-à-dire à la restauration de la désagrégation primitive, tantôt (et plus souvent) à des compromis qui, tout en maintenant fermement l'organisme de la cité, faisaient toutefois une plus large place à l'autonomie des *gentes* et à leur autorité sur les clients. De là la lutte des classes qui remplit ce qui a été appelé le Moyen Age grec et trouve son développement le mieux connu dans l'opposition de la plèbe romaine au patriciat. C'est seulement avec le triomphe de la plèbe que la constitution gentilice s'est définitivement écroulée; les peu nombreux signes de vie que la *gens* conserve encore dans les institutions de droit privé de l'époque historique sont le pâle reflet d'une organisation disparue.

Telle est l'hypothèse gentilice, telle qu'elle a été développée, avec la haute autorité du talent, par les auteurs qui se proposent de reconstruire la vie antique; je rappellerai (et ce rappel ne sera point inutile pour la détermination de la véritable nature de ces hypothèses) Jean-Baptiste Vico et Fustel de Coulanges; mais je pourrais en rappeler cent autres, de Dicearque à Pietro Bonfante, de Sir Henry Sumner-Maine à Silvio Perozzi. Entre les diverses attitudes, que de nombreux détails font ressortir, de l'un à l'autre penseur, j'ai choisi celles qui me paraissent correspondre à la vraisemblance; j'ai évité avant tout de rapporter la position extrême de la théorie patriarcale, d'après laquelle il n'aurait jamais existé de fédérations, mais toujours et seulement des élargissements et des différenciations

successives de l'unique groupe primitif; ce serait toujours la même famille, qui, en s'élargissant dans une première période jusqu'à devenir une *gens*, serait devenue ensuite phratrie et curie et cité. Les recherches plus récentes n'ont pu maintenir cette position; ou plutôt elles se sont adaptées aux exigences de la pensée moderne, en supposant dès l'origine une pluralité de familles, grâce à laquelle, en renonçant partiellement à la fascination esthétique de l'hypothèse, on s'est efforcé de conserver à celle-ci une certaine vitalité. Vitalité artificielle, comme nous le verrons : car la nouvelle position a sa base dans un compromis, et non pas dans un examen nouveau et indépendant des données historiques et sociologiques.

La portée des hypothèses gentilices n'est pas pour autant plus grande dans le champ de ce qu'on appelle l'histoire civile. L'historien des paix et des guerres, du développement économique et politique, peut facilement saisir, dans les éléments que tout moment historique lui apporte vivants et actifs, les données essentielles à la solution de ses problèmes : quelle que soit l'hypothèse d'où il part, en ce qui concerne les origines de la vie de la cité, bien vite il lui arrive de l'abandonner pour suivre librement sa route. Mais il en est tout autrement pour l'historien du droit et des institutions : dans la vie du droit, et particulièrement du droit privé, il est plus que jamais vrai que tout moment historique résume en soi tous ceux qui l'ont précédé, et que dans le présent est contenu tout le passé.

Ne nous étonnons donc pas si, parmi les juristes, l'hypothèse gentilice a rencontré le plus grand succès. Les noms que nous avons rappelés plus haut le manifestent clairement : plus caractéristique encore est, peut-être, l'exemple de Mommsen, qui, bien qu'il n'ait pas donné de place aux *gentes* dans l'histoire de Rome, les a prises comme point de départ de sa prodigieuse reconstruction du droit public romain.

Il arrive aussi que pour le droit privé l'on raisonne de la même manière. Si l'organisation gentilice a précédé l'organisation de la cité, nous ne pouvons limiter aux institutions peu nombreuses, qui ont survécu encore dans la loi décemvirale, l'influence des *gentes* dans la vie juridique; nous devons bien plutôt considérer les rapports de la vie, antérieurement à la cité, à l'intérieur des *gentes*, ou entre celles-ci, comme le premier fondement de l'évolution du droit romain. Nous parlons de Rome, en laissant de côté la Grèce, non pas parce qu'à celle-ci ne seraient pas applicables, avec une égale facilité, les mêmes déductions, mais, en premier lieu, parce que c'est justement pour le droit romain que ce critère méthodique a été le plus vigoureusement affirmé, et, en second lieu, parce que la large diffusion des hypothèses gentilices et de leurs corollaires est particulière aux romanistes, diffusion qui oblige le plus modeste d'entre eux à prendre parti à ce sujet.

On comprend comment, étant admise l'exactitude de l'hypothèse gentilice, on en tire la solution du problème que pose à la pensée moderne la famille romaine. La concentration de toute propriété et de tout pouvoir dans la personne du *paterfamilias*, l'incapacité absolue des enfants relativement aux questions patrimoniales et personnelles, semble précisément rappeler un temps où la famille aurait été un petit Etat fermé et rigide-ment monarchique.

Il est facile également de faire appel à l'hypothèse gentilice pour expliquer les caractères les plus marqués du testament romain. Le principe d'après lequel la désignation des héritiers est le fondement de l'acquisition

des biens, et non pas simplement une façon d'exprimer l'étendue de leur droit, l'incompatibilité entre la succession testamentaire et la succession légitime, la règle *semel heres semper heres* n'ont pas de rapport direct avec la fonction, essentielle pour le testament de l'époque avancée, de déterminer le sort du patrimoine après la mort de son titulaire. Pour les partisans de l'hypothèse gentilice, cette discordance entre la structure et la fonction de l'institution s'explique facilement : le testament primitif n'aurait pas été, suivant ce courant doctrinal, un acte de disposition du patrimoine, mais la désignation du successeur dans la souveraineté sur le groupe familial ; les caractères qui dérivent de cette conception en seraient restés imprégnés dans le testament même par la suite.

Ce n'est pas d'autre manière que, dans le camp des partisans de l'hypothèse gentilice, l'on explique la superposition, après le premier élargissement du groupe, de la propriété gentilice à la propriété familiale. Les biens dont le *paterfamilias* pouvait disposer par testament ou qui, en l'absence d'un testament, passaient aux descendants ou aux parents les plus proches, se limitaient aux biens non soumis à la propriété souveraine de la *gens*. Celle-ci, tout en laissant aux familles qui s'étaient constituées dans son sein la pleine disponibilité des biens d'usage et de consommation personnels et domestiques, a maintenu sous sa dépendance directe le territoire gentilice et tout le capital animal et humain destiné à sa culture. C'est pour cette raison que le testament du *paterfamilias* a été limité dans son efficacité aux biens strictement familiaux (*familia pecuniaque*), et également que l'agnat et le gentilice étaient autorisés par la Loi des XII Tables à s'approprier seulement la *familia* du défunt. Mais plus tard, quand cette restriction avait été depuis longtemps écartée, la distinction a persisté encore entre les choses qui, originairement, avaient été de la *gens*, et celles qui avaient toujours été de la famille ; les premières (fonds, esclaves, bêtes de joug et de somme), qui, à l'origine, ne pouvaient s'échanger sinon de *gens* à *gens* et au moyen d'un traité, furent transmissibles seulement, à l'époque historique, au moyen de la *mancipatio* solennelle ; les secondes, qui avaient été l'objet de fréquents et libres échanges à l'intérieur de la *gens*, continuèrent à être transmises moyennant la simple livraison (*traditio*).

De même qu'elle prétend expliquer les divers phénomènes déjà examinés, l'hypothèse gentilice se croit également en mesure de donner la raison des singularités de la catégorie romaine des obligations. La caractéristique distinguant l'obligation des devoirs juridiques qui n'en portent pas le nom est déjà assez difficile à saisir dans notre droit, élaboré sur le droit romain de Justinien ; mais sa détermination est encore plus difficile pour qui veut reconstituer le droit classique, parce qu'à des devoirs strictement analogues, les juristes donnent ou refusent, d'une manière en apparence purement capricieuse, le nom d'obligations ; ainsi, par exemple, le devoir de réparer le dommage causé corporellement constitue une obligation, et n'en constitue pas une le devoir de réparer le dommage causé en jetant un objet par la fenêtre ; ou encore, pour prendre un autre exemple, constituent des obligations les devoirs juridiques mutuels de l'acheteur et du vendeur, n'en constituent pas ceux de l'emprunteur à usage et du dépositaire. Ces problèmes très graves peuvent être éliminés, à ce qu'on prétend, en remontant à la vie antérieure à la cité. Dans cette forme d'existence, une *gens* pouvait nouer avec une autre *gens* un accord qui comportait l'engagement

à une prestation déterminée ; ou bien elle pouvait accomplir contre une autre *gens* un acte d'inimitié (guerre ou razzia). Contre l'acte dommageable ainsi accompli, ou contre la violation de la promesse qui avait été faite, se dressait le sentiment de vengeance ; ce sentiment poussait la *gens* offensée, ou à qui satisfaction n'avait pas été donnée, à se dédommager sur l'autre. Tout d'abord l'évaluation des offenses et l'usage des moyens de rétorsion furent laissés à l'arbitraire de chaque *gens*, mais, par la suite, se forma entre les *gentes* une opinion commune sur le juste et sur l'injuste, qu'on peut appeler un droit intergentilice, si on y met la même dose de bonne volonté grâce à laquelle on parle de droit international. En relation avec cette opinion commune, la *gens* qui avait commis l'offense pouvait être considérée comme tenue à fournir réparation, et par suite limitée dans sa liberté naturelle, ou plutôt asservie, liée, *obligata*. La cité, à peine constituée, offrit la protection juridique aux types variés de relations entre *gentes*, nés de la coutume antérieure à l'organisation en cité. A ces types de relations, et à eux seulement, s'applique le nom d'obligations ; tous les types de rapports juridiques, qui, bien qu'analogues dans leur structure, étaient restés originellement enfermés dans le cercle de chaque *gens*, et, à plus forte raison, ceux qui surgirent pour la première fois dans le milieu de la cité, n'eurent point le nom d'obligations.

Je ne m'obstine pas à relever toutes les applications les plus minutieuses que l'hypothèse gentilice a trouvées auprès de ses auteurs ; les exemples que j'ai rappelés suffiront à faire comprendre aux juristes de quel développement cette hypothèse s'est montrée susceptible, et combien est profonde la trace par elle imprimée aux recherches de droit romain.

Nous croyons néanmoins qu'on ne peut pas prétendre intervertir les arguments jusqu'ici rapportés, dans le sens de déduire la vérité de l'hypothèse gentilice de la solution qu'elle offre à l'égard de divers problèmes du droit privé ; en réalité, si les auteurs de l'hypothèse gentilice ont résolu ces problèmes en partant de la vie autonome des *gentes*, il est aisé de voir que chacun d'eux peut fort bien être résolu d'une autre manière. Bien mieux, nous pensons qu'en écartant l'hypothèse gentilice, on aura des solutions beaucoup plus simples et beaucoup plus conformes aux enseignements du droit comparé.

Ainsi pour la distinction entre les *res Mancipi* et les *res nec Mancipi*. Leur nom est celui de l'acte solennel, *Mancipium* ou *Mancipatio*, qui était ou n'était pas requis pour leur transmission. Or, les formes de cet acte n'ont rien en soi de primitif ; ni la présence des cinq témoins, parce qu'ils représentent — à ce qu'il semble — les cinq classes de la constitution attribuée à Servius Tullius ; ni le fait de peser les monnaies servant au paiement, parce que l'adoption du bronze brut comme commune mesure des échanges ne remonte pas très haut au cours des âges ; ni enfin le formulaire, qui, commençant par l'affirmation de la propriété de l'acquéreur, rend manifeste que la *Mancipatio* n'a pas été une institution originaire, mais un dérivé de l'action en revendication. Même en admettant que le cérémonial originaire ait été un peu différent, il n'en demeure pas moins vrai : 1° qu'une distinction entre les choses de plus grande ou de moindre valeur sociale « trouve sa place dans tout système juridique » primitif ou progressif, ancien ou moderne ; 2° que la plus grande valeur sociale appartient, dans le monde romain, aux choses de l'agriculture ; 3° que cette plus grande valeur

trouve toujours son expression dans une solennité et une complexité plus grandes des modes juridiques de transmission.

Cependant, ce n'est pas dans le cas des *res Mancipi* que les procédés des partisans de la théorie gentilice sont les plus arbitraires. Lorsqu'on reporte à la préhistoire la distinction entre *res Mancipi* et *nec Mancipi*, on ajoute une justification postérieure à un phénomène qui est déjà suffisamment justifié par une nécessité toujours vivante à l'époque historique ; par là on fait une hypothèse scientifiquement inutile, mais du moins on n'affirme pas l'absurde. Mais lorsqu'on cherche dans la vie antérieure à la cité, et seulement dans cette vie, l'explication d'un phénomène social et juridique comme l'obligation, on représente par là même toute la jurisprudence romaine comme un conventicule ésotérique de fétichistes. D'ailleurs, si l'obligation ne se distingue pas, dans son concept, c'est-à-dire par des caractères univoques et universels, des innombrables devoirs juridiques de dénominations différentes qui pèsent sur les habitants de la cité, ce phénomène n'est pas particulier à l'obligation, mais il est commun à toutes les catégories juridiques ; d'ailleurs, la somme des critères externes et évidents par lesquels se différencie l'obligation est pour nous de caractère intuitif. Il est vrai que, dans l'application de ces critères empiriques, les jurisconsultes romains paraissent à nos yeux hésitants ; mais cela vient seulement de ce que nous négligeons l'opposition fondamentale entre les rapports du droit civil et les rapports de fait sur lesquels a porté la tutelle du prêteur. En effet le prêteur, qui n'avait pas un pouvoir législatif, ne pouvait point constituer de véritables rapports juridiques, tels que les obligations ; de même qu'il n'a pas créé une véritable propriété, mais un *in bonis habere* ; de même qu'il n'a pas créé une véritable hérédité, mais une *bonorum possessio* ; de même il n'a pas créé des obligations, mais seulement organisé une protection juridictionnelle pour des faits qui, d'après l'opinion juridique commune, en paraissaient dignes.

Ces observations n'entendent pas nier la prédominance déjà indiquée de la famille sur l'individu pour tout ce qui regarde le droit privé romain. Non seulement on ne peut contester la structure patriarcale de la famille, mais encore on ne peut nier que la *gens* ne soit clairement représentée dans les rares vestiges du droit patricien, que renferment les XII Tables. Mais l'histoire qui fournit ces enseignements donne aussi les éléments de leur explication.

Ainsi, pour ce qui regarde la famille, quelle que soit la force démontrée par ce groupe, cette force reste toujours renfermée dans le champ des rapports de puissance personnelle et de propriété. Et ces rapports ne peuvent constituer un fondement pour admettre à une époque antérieure des rapports de nature différente. Pour y arriver, on s'est servi d'une formule d'après laquelle la famille romaine était un organisme politique. C'est là une déclaration un peu vague, qui peut, en un certain sens, sembler l'expression sommaire de ce qu'a été la famille romaine par nous connue, mais, avec un déplacement opportun de sa signification, peut être employée pour montrer ce que la famille aurait été, à ce qu'on prétend, à son origine. Or nous ne nous opposons pas à ce que ceux qui le désirent continuent à user de cette phrase « la famille romaine est un organisme politique » ; mais nous voudrions que l'on détermine clairement ce que l'on veut exprimer par ces termes. Si l'on veut appeler politique un groupe de personnes qui

se propose non pas une fin déterminée, mais un vaste ensemble de fins ; ou encore tout groupe qui agit avec une pleine autonomie dans sa sphère de liberté (quelle qu'elle soit) ; ou bien tout groupe de personnes dont la cohésion est considérée comme essentielle pour la société ; — dans l'une quelconque de ces significations, il sera toujours légitime d'appeler la famille un groupe politique, et non seulement la famille romaine, mais encore la nôtre. Mais si l'on veut donner au terme *politique* son sens étymologique, qui exprime un caractère étatique, on ne pourra pas dire que le groupe familial est un groupe politique ; il est notoire que, en ce qui concerne le droit public, les Romains connaissent seulement l'individu et non la famille, et que le *filius familias*, incapable pour le droit privé, est capable pour le droit public. Il ne peut y avoir d'argument plus décisif contre la doctrine qui fait de la cité une fédération de familles ; dans une cité qui serait une société de familles, les *patres* seuls devraient avoir le droit de vote dans les comices et être éligibles aux charges publiques, tandis que le *jus commercii* devrait pouvoir exister entre les sujets de chaque groupe familial ; aussi bien à Rome qu'en Grèce, il est arrivé précisément le contraire, c'est-à-dire la pleine égalité entre *patres* et *filii familiarum* en droit public, la pleine dépendance des *filii* par rapport aux *patres* en droit privé.

Ainsi, du seul phénomène historique constaté, à savoir que le *pater familias* est le seul sujet reconnu par le droit privé, l'hypothèse gentilice ne peut donner l'explication. Au contraire, la plus simple observation de la structure économique de la société antique la fournit. Dans un milieu exclusivement agricole, la concentration de la propriété aux mains de celui qui a hérité de la terre, c'est-à-dire aux mains du *pater*, est un fait, avant d'être un principe juridique ; la soumission des fils au père, qui est par là même absolue en ce qui concerne les rapports patrimoniaux, ne peut ne pas se répercuter avec autant d'énergie dans les rapports personnels ; le caractère fermé de la famille, dans laquelle le cycle économique de la production, de la distribution et de la consommation s'accomplit sans recours à des étrangers, est un effet de cet état de choses et, en même temps, une cause de sa durée. Il n'est pas nécessaire de se représenter un monde disparu pour se rendre compte de tout cela ; la propriété foncière tend, partout et en tout temps, à prôner l'union la plus stricte des forces actives, l'autorité la plus illimitée du père propriétaire, l'hostilité la plus résolue à la désagrégation de la famille, qui est la désagrégation même de la propriété. Le Code civil n'est pas fait pour les paysans. Chacun d'entre nous, s'il veut se représenter la constitution démographique d'une société industrielle ou commerciale, tiendra compte des individus ; mais, s'il veut dénombrer les paysans, subitement c'est la famille qui se présentera à ses yeux comme l'unité. On a dit maintes fois que la loi des XII Tables a été écrite pour une communauté agricole, et on a tiré argument de ses dispositions sur la propriété, sur les contrats, sur les délits et les peines ; nous croyons que les dispositions les plus décisives en ce sens sont celles qui réglementent les rapports familiaux.

A la conception de la famille considérée comme groupe politique s'oppose du reste, d'une manière plus absolue, le principe bien connu, d'après lequel, à la mort du *pater*, la famille se scinde en autant de groupes qu'il y a de descendants immédiats (*sui heredes*) du défunt. Les

sources romaines et grecques ne conservent pas la moindre trace d'un principe différent à l'époque antique, et c'est le motif le plus sérieux pour rendre inadmissible l'hypothèse de Bonfante, pour qui le testament romain aurait été à l'origine une désignation du successeur à la souveraineté sur le groupe familial. Le groupe familial est individualisé par le *pater* actuel, et meurt avec lui ; une succession dans les rapports de puissance est complètement ignorée du droit romain.

L'institution du *consortium*, c'est-à-dire de l'indivision volontaire entre les frères, rendit service aux besoins de l'agriculture, qui requièrent la persistance de la communauté entre les agnats ; mais cette indivision fut toujours une forme de copropriété, c'est-à-dire qu'elle présuppose la capacité juridique, pleine et indépendante, de chacun des copropriétaires.

La structure de la *gens* semble, à première vue, beaucoup plus problématique. Les traces qu'il y en a à l'époque historique la présentent comme une survivance et incitent à en rechercher la véritable vie dans la préhistoire. Et bien, ces signes attestent qu'en réalité, cette vie fut assez intense aux origines de Rome.

Le souvenir est fréquent dans les textes de décrets gentilices créant des devoirs juridiques mutuels entre les membres d'une même *gens* ; si l'on peut raisonnablement douter de l'existence d'un *pater* et d'un conseil de la *gens* à l'époque historique, du moins faut-il voir dans ces délibérations communes le signe d'une intime cohésion du groupe. Il est probable, en outre, qu'à l'origine de semblables délibérations réglementaient une sphère beaucoup plus vaste que celle dont le souvenir est resté. Il est encore certain que les premiers tombeaux n'ont pas été familiaux, mais gentilices, et que les clients s'agrégeaient à la *gens*, et non point à la famille.

Les dispositions de la loi des XII Tables qui, en l'absence de parents directs, appellent à la succession et à la tutelle les membres de la *gens* du défunt et de l'impubère, sont encore très connues. Et il n'y a pas lieu d'écarter l'hypothèse d'après laquelle ces dispositions rappelleraient une coutume antérieure, selon laquelle la propriété foncière aurait été exclusivement gentilice ; cependant il ne reste aucune trace certaine de cette coutume.

L'influence que le principe gentilice a exercée sur la lutte entre le patriciat et la plèbe est encore un signe (le plus tangible, peut-être) de l'énergie vitale que les gentes ont manifestée à l'aube de l'histoire. Les deux classes de la population étaient fermées, l'une vis-à-vis de l'autre, non seulement au point de vue de la vie publique, mais encore en ce qui concerne les mariages entre patriciens et plébéiens. Vingt ans après, lorsque la *rogatio Canuleia* a proposé de les admettre, le plus grand obstacle que lui opposèrent les patriciens fut l'absence des *gentes* dans l'organisation des parentèles plébéiennes.

Cette objection, rapportée par Tite-Live, ne peut provenir de remarques tardives des écrivains du III^e ou du II^e siècle av. J.-C., parce que, déjà à cette époque, pareille objection aurait rencontré une incompréhension générale : ce « *gentes non habent* » doit pour cette raison avoir été puisé aux sources les plus pures de la tradition populaire. Certes, l'affirmation n'avait pas une valeur absolue : l'histoire mentionne également, à côté des *gentes* patriciennes, quelques *gentes* plébéiennes, et il n'est pas concevable que ces *gentes* se soient constituées après la *rogatio Canuleia*, alors que déjà les

organismes gentilices du patriciat s'étaient réduits à de simples survivances. Mais les sources historiques donnent pour certain ce fait : tandis que tous les patriciens étaient organisés en *gentes*, parmi les plébéiens, les *gentes* constituaient seulement une petite aristocratie. Au commencement encore de l'époque impériale, nous apprenons par la *laudatio Thuriæ* que les dispositions de la Loi des XII Tables sur la tutelle gentilice trouvaient application seulement dans les cas où la parenté était juridiquement reconnue comme une *gens* — c'est-à-dire uniquement entre les descendants des *gentes* anciennes.

Ces divers éléments sembleraient donner quelque fondement à la construction qui, depuis Mommsen, a dominé jusqu'à présent l'étude de l'histoire, et notamment l'étude de l'histoire du droit. Seules à l'origine les *gentes* patriciennes auraient été installées sur le territoire romain ; au fur et à mesure que s'y agrégèrent les individus provenant des territoires limitrophes, ces foules de clients seraient restées asservies tout d'abord aux *gentes* qui les prenaient sous leur protection ; par la suite, elles auraient été affranchies, et seraient devenues la masse, vaste et turbulente, de la plèbe. Dans cet ordre d'idées, les rares *gentes* plébéiennes ne seraient que des familles de clients, qui s'étant libérées du lien avec leurs patrons, auraient atteint une haute situation économique, et, comme les « parvenus » de tous les temps, se seraient hâtés d'imiter les coutumes de la classe dirigeante.

Mais il faut dire que la préexistence des *gentes* par rapport à la cité n'est pas essentielle pour cette construction acceptée aujourd'hui presque universellement ; en d'autres termes, la doctrine de Mommsen ne perdrait rien de son prestige si l'on envisageait les *gentes* comme des groupes patriarcaux formés à l'intérieur de la cité et maintenus par la pratique de l'indivision. Mommsen lui-même tient compte de cette possibilité. En effet, bien qu'il ait aimé souvent à remonter, dans un but de systématisation juridique, à l'hypothèse gentilice, il tint cependant à déclarer que la doctrine de la préexistence des *gentes* à la cité est seulement une abstraction destinée à expliquer deux institutions, dont l'une ne peut subsister sans l'autre. La déclaration est précieuse parce qu'elle montre comment le plus grand parmi les historiens de Rome a su nettement distinguer la position de l'historien de celle du juriste systématique ; mais elle contient aussi la confession implicite de l'impossibilité de démontrer scientifiquement la préexistence des *gentes* à la cité. Les juristes, qui, d'une abstraction reconnue pour telle, ont fait leur point de départ pour l'étude historique du droit, n'ont construit que sur du sable.

En réalité, admettre que, sur le territoire romain, pouvaient, au commencement du dernier millénaire avant le Christ, vivre des *gentes* non agrégées les unes aux autres et autonomes, peut sembler légitime à celui-là seulement qui, en dehors du monde de l'histoire, s'enferme dans un édifice rationnel. L'admission peut se soutenir uniquement si l'on suppose que les familles primitives, dont serait parti le développement de l'humanité, ont été créées chacune sur un territoire donné, et y sont demeurées enfermées en elles-mêmes, sans contact avec le reste de l'humanité, tout le temps qu'il leur a fallu pour concevoir la nécessité de se réunir en fédérations de plus en plus vastes, les phratries, les tribus, les cités. Cette foi robuste fut en réalité vive et agissante chez les premiers défenseurs de l'hy-

pothèse gentilice : la famille mère de chaque cité ou nation fut mise en un étroit rapport avec la divinité, et les généalogies des héros furent des intermédiaires entre les généalogies divines et les généalogies humaines. Ainsi a pu naître d'Isis la race égyptienne, d'Adam et d'Eve la race juive, de Deucalion et de Pyrrha la race grecque.

Mais à qui veut jeter seulement un coup d'œil sur le peu de données certaines recueillies par les spécialistes de la préhistoire, l'humanité apparaît avoir été établie sur la terre, avant la naissance des Empires et des Cités dont s'occupe l'histoire, pendant une longue succession de millénaires. Et, si les premières traces de l'humanité sont trop vagues et trop imprécises pour qu'on puisse en tirer des lumières sur les conditions primitives de la vie, déjà du moins les traces de la civilisation néolithique en Italie sont des traces de vie étatique, et non de vie gentilice. Il suffit, à côté des *nuraghis* nombreux et isolés, dont la Sardaigne est parsemée (et dont la destination, au demeurant, n'est pas sûre), de considérer les véritables cités nuragiques, avec leurs innombrables cabanes adossées les unes aux autres, et communiquant entre elles, avec un château central érigé en vue de la résidence du chef, et en vue de la défense de la communauté, pour voir le caractère arbitraire d'une construction qui considère encore les travailleurs du Latium comme divisés et éparpillés au huitième siècle avant le Christ. Et ce que nous disent pour la Sardaigne les *nuraghis*, les « *terremare* », et les constructions de la civilisation de Villanova le répètent, les nécropoles de Bologne le confirment, tous monuments de loin préromains, et pourtant toujours élevés par des groupes humains nombreux.

Plus encore. Pour admettre que les populations du Latium, divisées en groupes étroits de consanguins, ne se soient pas fédérées en Etats antérieurement à la formation de la monarchie romaine, on a besoin de les supposer autochtones, comme le faisaient logiquement les auteurs de l'antiquité. Les migrations de peuples dont l'Italie, comme tout autre pays de l'Europe, fut le théâtre, s'attaquèrent au contraire certainement aussi au territoire de Rome, dont la population historique naquit d'une fusion de la race méditerranéenne avec la race aryenne et avec la race étrusque. Nous ne pouvons pas savoir de manière précise comment procédaient les peuples migrants, et nous ne devons certainement pas supposer qu'ils se déplaçaient ordonnés en grandes armées de centaines de milliers d'hommes ; il est beaucoup plus probable qu'ils émigraient en petits groupes, que chacun de ces groupes, lorsqu'il avait trouvé un lieu d'habitat plus convenable, s'y installait, et que l'exemple des premiers arrivés attirait peu à peu sur les territoires voisins d'autres groupes qui étaient demeurés tout d'abord dans leurs premiers cantonnements. Mais par là même nous ne pouvons en aucune manière nous représenter ces petits groupes comme des groupes familiaux et gentilices : au contraire, le coût considérable des transports, les difficultés naturelles à vaincre dans la migration, ainsi que dans l'adaptation aux nouvelles conditions de vie, la nécessité de lutter contre les précédents habitants nous obligent à supposer, dans chaque groupement d'émigrants, un fort contingent d'hommes aptes aux armes et, entre les divers groupes provenant d'un même peuple, une cohésion politique profonde. Par là nous sommes conduits à considérer comme s'installant dans de nouveaux territoires des groupes politiques qui, non seulement excèdent de

beaucoup l'extension la plus vaste possible d'un groupe gentilice, mais encore dépassent le contingent démographique des cités primitives.

La science politique des Anciens, tout entière fondée sur l'organisation classique de la *πόλις* et de la *civitas*, ne doit pas nous empêcher de nous demander si la cité elle-même n'aurait pas été par hasard une organisation relativement tardive, qui se serait formée au sein de plus vastes groupements politiques. Edouard Meyer n'a pas hésité à poser ce problème en ce qui concerne l'antiquité grecque, ni à répondre affirmativement. En effet, si le développement des constructions et de l'industrie mycéniennes démontre déjà par lui-même l'existence d'un grand Etat, les grandes routes commerciales et militaires qui parcouraient l'Argolide avant la naissance des Cités ne pouvaient avoir de raison d'être que pour un vaste et solide groupement étatique. D'autre part, les plus anciennes sagas de l'Iliade, qui placent Agamemnon, le Roi des Rois, à la tête d'un essaim de roitelets vassaux, prouvent l'existence d'un grand royaume d'Argos, qui était en train de se transformer en un groupe de petits Etats sujets, à la ressemblance de l'Empire romain de Charlemagne. La tradition même, tout en interposant un réseau de légendes poétiques autour des origines des cités, les présente pourtant toujours comme s'étant différenciées à l'intérieur de groupes ethniques plus importants. Enfin la conscience d'appartenir à des ensembles nationaux déterminés n'aurait pu être chez les Anciens aussi vivace si ces ensembles n'avaient pas été, en même temps qu'ethniques, encore et surtout politiques.

Nous n'avancons point une nouveauté en observant que, dans l'ancien monde italique, les souvenirs de fortes agglomérations précédant l'organisation des cités sont également vivaces et également décisifs. Les plus anciennes guerres de Rome ne sont pas menées contre telle ou telle cité, mais contre des populations déterminées au point de vue ethnique : contre les Volsques, les Eques, les Latins, les Samnites. Sur ces peuples, la tradition rapporte quelquefois qu'ils avaient leur siège dans des cités ; plus fréquemment on se tait complètement sur les cités, et les cas ne manquent pas où les annalistes romains eurent à exprimer leur étonnement vis-à-vis de l'inexistence de groupements citadins et de la dispersion de populations nombreuses en une multitude de villages. Se représenter ces villages comme les premières formes d'organisation sociale signifierait renoncer à donner de l'histoire une explication rationnelle : il faudrait supposer que les Samnites se seraient trouvés à l'état de nature, et qu'un pareil ramassis d'hommes aurait pu trouver dans une alliance momentanée la cohésion morale et militaire qui mit en danger l'existence même de Rome. Quiconque sait lire l'histoire des guerres samnites ne peut pas ne pas voir dans l'ennemi de Rome un Etat national.

Seulement cet Etat national et les autres Etats qui lui ressemblent étaient minés par une décentralisation excessive ; et c'est ce qui empêchait les Romains, forts de leur parfaite cohésion étatique, de reconnaître dans ces vastes associations des *res publicæ*. L'agriculture extensive avait éparpillé les habitants sur tout le territoire ; et, dès que la culture intensive prévalut, le resserrement des installations humaines groupait les habitants en villages, tendant toujours davantage à l'autonomie dans les rapports internes. Nous ne pouvons pas savoir quelles résistances a opposées le pouvoir central, quelles concessions il a faites ; le lien unitaire alla certai-

nement en se relâchant toujours davantage jusqu'à se réduire uniquement aux rapports avec les populations étrangères et à la célébration de l'unité ethnique au moyen des rites religieux. Le village devint toujours plus absorbant. Tandis que l'intensification de l'agriculture progresse, la nécessité de résister aux incursions des voisins contraint les villages à se fortifier, à se réunir quand ils sont trop faibles, à se constituer une organisation militaire propre, à se créer finalement de nouvelles formes constitutionnelles : le village se transforme en cité.

En somme, nous croyons que l'idée d'établir une théorie générale concernant l'origine des Etats est trop ambitieuse pour qu'on puisse s'y arrêter ; et quant à la cité nous n'y voyons qu'une étape très avancée de l'évolution sociale, un nouveau point de repère qui a remplacé des groupements ethniques plus importants que la décentralisation rendait de plus en plus impuissants. En effet, l'histoire des pays grecs et italiques nous présente un grand nombre de fédérations, qui, au point de vue théorique seulement, sont conçues comme le résultat d'une alliance entre des cités originellement souveraines, tandis qu'en fait il s'agit de vastes Etats territoriaux à l'intérieur desquels les cités se sont formées. C'est le cas, par exemple, des Acarnaniens et des Etoliens, qui habitaient l'occident de la Grèce ; mais c'est aussi le cas des Latins. La construction juridique romaine, qui parle d'une ligue latine, d'un *fœdus Latinum*, n'indique que la phase ultime de l'évolution ; mais dans la vie internationale des VI^e et V^e siècles avant le Christ, la ligue se présente toujours, dans les rapports avec Rome et avec d'autres Etats, comme une personnalité unique, et la communauté des cultes et de l'armée rend manifeste qu'il n'y eut pas plusieurs cités pour constituer la ligue, mais qu'au contraire ce fut l'Etat national latin qui finit par se désagréger en une multitude de cités fédérées.

Ce processus, qui, de l'Etat national, conduit à la cité, dut être tantôt accéléré, tantôt retardé ou compliqué par des circonstances extérieures. Quelle influence a exercée pour le promouvoir, l'exemple des cités grecques, qui certainement fut conservé et transmis par l'Etrurie, il est difficile de le dire ; mais, d'une manière plus décisive, la colonisation et la conquête de la part de races qui, parmi les premières, s'étaient enfermées en une cité, ont dû avoir de l'influence.

Pour celui qui se pose en ces termes le problème des origines des cités, la question qui paraissait essentielle (à savoir si, en premier lieu, ont existé les *gentes* ou la cité), perd son apparente signification sociologique et juridique. Le fait que le gros des populations gréco-italiques fut et resta toujours en dehors des cadres gentilices, empêche de voir dans les *gentes* une formation antérieure au processus de différenciation et d'isolement d'où surgirent les groupements citadins ; il nous faut plutôt voir dans la formation des *gentes* une conséquence de l'intensification de la culture, de la stabilisation des habitats, et d'une différenciation successive des diverses couches de la population. Cette dernière a pu se faire spontanément, par effet de la constitution pareillement spontanée d'une aristocratie propriétaire des terres ; ailleurs, elle est sortie de la superposition d'un peuple conquérant à un peuple conquis, et de la réduction de ces derniers à la condition de clients des premiers. Ceci établi, la question de savoir si le processus de formation des *gentes* commence avant ou après que s'est affirmé complètement l'isolement citadin, est une question qui peut être posée cas

par cas, et dont la réponse peut être cherchée seulement dans l'histoire de chaque cité et de ses institutions publiques et privées.

Nous estimons que c'est dans cet ordre d'idées qu'il faut rechercher l'origine des *gentes* romaines. Le problème central de l'histoire de la Rome monarchique est représenté par la position qu'y eurent les Etrusques : le chauvinisme des historiens, qui a fait des Tarquins étrusques les rois, au moins au début élus, d'une Rome latine, qui a fait expulser cette dynastie par la fureur patricienne, qui a présenté Porsenna, roi de Clusium, comme renonçant à dominer Rome après l'avoir conquise, n'a pu éviter, que, dans ces traditions elles-mêmes, et plus encore dans les détails de l'organisation juridique et sacrale de la cité et des *gentes*, la trace de la souveraineté étrusque restât vivante. Si toutefois la Rome de l'âge historique apparaît, dans la langue et dans le sentiment, essentiellement latine, cela dérive précisément de ce que les Etrusques se sont superposés à une population latine primitive, éparse parmi les villages du *Septimontium*. La lutte entre les patriciens et les plébéiens, par la manière dont elle se déclare et se développe, par la nature des conquêtes de la plèbe, par la différence irréductible des cultes, se révèle comme fondée sur un dualisme de nationalité : la victoire définitive de la classe sujette a été la victoire de l'élément latin sur l'élément étrusque, et le point de départ dans l'œuvre titanique de la latinisation du monde.

Les études historiques les plus récentes posent précisément ainsi le problème de la plèbe. Des conquérants, qui occupèrent les territoires déjà habités par des peuples de civilisation inférieure, ne détruisirent pas et n'expulsèrent pas les premiers habitants ; au contraire, ils les laissèrent dans leurs habitats en les assujettissant politiquement et économiquement aux vainqueurs. Les terres cultivables furent partagées entre les conquérants ; mais ceux qui les cultivaient antérieurement furent annexés à chaque terre, non plus comme propriétaires, mais comme possesseurs précaires, obligés à la prestation d'un pourcentage déterminé de la récolte. Les conquérants formèrent la classe dominante, ils furent les seuls citoyens de plein droit, les seuls titulaires de la propriété foncière. Par la marche du temps, par les affranchissements des clients de la part de maîtres devenus pauvres, par l'extinction naturelle d'autres familles aristocratiques, des hommes de la population conquise sortirent de la foule des clients, se constituèrent une fortune par l'épargne ou par les entreprises commerciales, imitèrent les coutumes de la classe dominante et devinrent ainsi des intermédiaires entre les seigneurs et les sujets, ils frayèrent la route à travers laquelle la foule servile demanda, sous peine de se reconstituer en communauté autonome, l'égalité des deux ordres de la population.

Nous pouvons aussi, nous autres juristes, nous contenter de cette explication. Entre les organisations de famille et de parenté des conquérants et des conquis, dut nécessairement s'établir une différence propre à justifier les affirmations orgueilleuses des patriciens opposés à la *rogatio Canuleia*. Scientifiquement, il n'est pas correct d'interpréter la déclaration plus haut rappelée, d'après laquelle les plébéiens *gentes non habent*, dans le sens d'une organisation matriarcale antithétique à l'organisation patriarcale, parce que, quelle qu'ait été l'organisation familiale des Latins avant la conquête étrusque, elle avait dû perdre son importance sociale comme incompatible avec l'état de clientèle auquel était réduite la population conquise. Le but

d'une meilleure exploitation du sol fut atteint par la classe dominante en proportionnant à la tâche d'un père de famille (avec épouse et descendants) des champs qui étaient concédés à titre précaire. Au contraire, il est évident que les grandes familles du patriciat (*gentes*) devaient chercher à conserver intacte leur cohésion, même dans la succession des générations. La richesse dérivant de l'agriculture paraissait moins sujette au risque de se briser, quand l'indivision primitive se conservait entre les frères et les cousins, réunissant la famille en un faisceau vis-à-vis des revendications possibles des clients. Emiettement des familles des colons, élargissement des familles patriciennes, telle fut la politique des patriciens conquérants. A cette double intention, poursuivie avec ténacité, servit précisément l'idée de la *gens*, ce lien moral, religieux, économique qu'on voulut maintenir entre les descendants de la même souche. Les plébéiens, tant qu'ils furent des clients, n'appartinrent pas et ne purent être organisés en *gentes* ; seulement ceux qui, comme nous l'avons dit, s'affranchirent rapidement du lien de sujétion et parvinrent à une solide situation économique, imitèrent le patriciat dans son organisation gentilice. Quand la servitude de la glèbe fut détruite, et que les colons furent affranchis, sa fonction vint à manquer à l'organisation gentilice : les *gentes* qui s'étaient constituées demeurèrent en vie, et conservèrent les faibles traces de cohésion que l'histoire rapporte, puis ces traces même disparurent par désuétude, les anciens groupes gentilices se confondant dans la nouvelle *nobilitas* républicaine.

Nous touchons, en passant, à des doctrines fondamentales, discutables et discutées entre tous ceux qui étudient l'antiquité : le vaste champ exige que les historiens, les archéologues, les philologues, les juristes travaillent longtemps et d'accord à le défricher ; avant tout les juristes qui, de par la nature même de leur science, sentent plus vivement la nécessité de pénétrer à fond dans le développement des institutions politiques de l'antiquité. Mais il est nécessaire qu'ils se lavent préalablement des péchés d'école, et particulièrement du rationalisme dominant, père légitime de cette hypothèse anti-historique qui est la théorie patriarcale.

Le rationalisme, c'est-à-dire la tendance constructive et géométrique de l'intelligence, considère la société humaine comme un problème à résoudre ; et, en partant du type de société que ses adeptes ont sous les yeux, il veut en donner une explication rationnelle, en recherchant la voie par laquelle on peut logiquement passer de l'homme isolé à l'homme social. On tend à se la représenter comme une union volontaire, comme un contrat, dans le sens le plus large du mot ; et c'est ainsi que se le figurèrent déjà les Grecs, de Platon à Aristote et Dicéarque. Or rien n'est plus facile que de transposer en une suite chronologique les concepts que nous nous représentons dans une succession idéale ; et c'est ainsi que l'on arrive à se représenter les hommes vivant à l'état de nature, isolés, et se réunissant plus tard en assemblée pour organiser une vie sociale. Pour éliminer le hiatus incommensurable existant entre la vie des prétendus individus dispersés et la société politique, il n'existe pas de moyen plus commode que de construire des groupes successifs, à travers lesquels le passage de l'une à l'autre forme de vie se serait opéré.

Ce procédé, qui tire d'une déduction de caractère juridico-philosophique la base pour la construction d'un développement historique est encore involontaire et inconscient dans la Politique d'Aristote ; il est vrai que le phi-

losophe parle d'une société entre l'homme et la femme, d'une seconde et plus vaste société entre les descendants d'une même souche, d'une troisième et définitive société de *gentes* qui constitue la πόλις ; mais, s'il affirme que la caractéristique essentielle de l'homme est d'être un animal politique, il ne semble pas donner à cette suite idéale le sens d'une succession chronologique. Peut-être que la première affirmation de la théorie gentilice comme doctrine historique dérive d'une interprétation erronée de Dicéarque de Messine, lequel, paraphrasant l'œuvre de son maître, pose énergiquement la nécessité que la suite des Κοινωνίαι d'Aristote se soit réalisée dans une succession historique.

Parmi les doctrines des Anciens, aucune n'eut une pareille fortune. Non seulement elle domina toute la tradition philosophique hellénistique et romaine, mais elle sembla recevoir une base plus solide des récits de la Genèse sur Adam et Eve et sur la famille de Noé survivant au déluge. Il ne nous appartient pas de décrire la grande force qui fut attribuée au mythe de l'homme isolé dans le champ de la philosophie politique ; c'est de ce mythe que provient la doctrine du contrat social, invoquée d'abord pour légitimer la lutte de la monarchie contre les barons, puis pour justifier la lutte menée par le tiers-état contre la monarchie et contre les barons en même temps. D'ailleurs, cette doctrine a été abandonnée depuis longtemps. Tout au contraire, la doctrine plus spécialement gentilice, qui semble faire abstraction de la vie isolée des hommes pour les placer dès le commencement dans des groupements de consanguins, est bien vivante dans les écoles philosophiques et juridiques, et personne ne paraît reconnaître les liens indéniables qui la rattachent au contractualisme.

En réalité, on n'arrive pas à se libérer du contrat social ; au contraire, les défenseurs classiques de la priorité des familles et des *gentes* sur toute organisation proprement politique parlent un langage qui, en substance, ne diffère pas de celui de Hobbes et de Rousseau. Le « divagamento ferino » que Giambattista Vico attribuait aux anciens hommes dispersés, leur grossière bestialité, ne les portant pas encore à des groupements politiques ou familiaux, l'occasion voulue par la Divine Providence qui les poussa à s'assurer des femmes et des terres bien à eux, et à fonder les premiers pouvoirs privés souverains, toutes ces idées contiennent de précieux éléments de la doctrine de Hobbes. Et il ne serait pas difficile de citer des passages inspirés de Sumner Maine et de Fustel de Coulanges, qui témoignent de la même tournure d'esprit.

Pourtant, la doctrine des juristes modernes, qui est d'une implacable sévérité envers la théorie du contrat social, conserve le fétichisme ancien envers l'hypothèse gentilice : et elle ne s'aperçoit pas que, les noms et les formes étant changés, elle continue de raconter la même fable qu'elle rejette. Elle ne s'en aperçoit pas, parce que l'hypothèse gentilice a l'air de satisfaire un des besoins de l'historien juriste. Dans la reconstruction de la vie sociale des peuples anciens, le juriste ne peut moins faire que de se reporter aussi haut que possible dans la série des événements. Or il est fatal que, lorsqu'il est remonté jusqu'à un certain point, les données lui manquent pour aller plus loin. Mais l'impatience pousse l'historien à la limite, le désir de savoir n'est pas encore assouvi et l'on ne veut pas proclamer son insuffisance. C'est pourquoi, là où fait défaut l'histoire, on la remplace par le mythe : un mythe qui peut être loca-

lisé de diverses manières dans le temps, mais qui pourtant doit être choisi de façon que tout l'horizon s'y trouve embrassé, comme la demeure de Poseidon que les Grecs placèrent à l'extrême limite occidentale de l'horizon, et qu'ils portèrent toujours plus à l'ouest suivant la fortune des navigateurs audacieux. Rien de mieux que les *gentes* primordiales pour servir à ce but ; les petits événements que l'on peut supposer s'être déroulés dans les *gentes* et entre les *gentes*, sont aux yeux de tout le monde tels qu'il ne vaut pas la peine d'en rechercher les modalités et les développements ; mais le seul fait admettre l'existence des *gentes* fait coïncider l'origine de l'Etat, fondement de toute histoire politique digne d'étude, avec les débuts de l'époque dont nos moyens d'investigation nous permettent de prendre connaissance.

C'est ainsi que la science moderne dessine ses cosmogonies, qui coïncident dans leurs lignes fondamentales avec les cosmogonies religieuses. Οὐ θεογονία, dirait Socrate ; parce que la racine commune se trouve dans le rationalisme aveugle.

Un éminent auteur de droit public allemand, Georg Jellinek, a retracé dans une admirable dissertation, la survivance du mythe d'Adam dans les doctrines de l'Etat. Mais il croyait prononcer l'oraison funèbre du premier parent, en soulignant la décadence de son incarnation contractuelle, et il ne s'est pas aperçu que son ombre s'étend encore aujourd'hui sur les écoles de droit au travers de la théorie gentilice. Notre dissertation ne veut être qu'un modeste complément de celle, désormais classique, du grand juriste disparu.

LA PROPRIETE FAMILIALE

Principes fondamentaux et lignes de son évolution

Par le Docteur C.-W. WESTRUP,
de l'Université de Copenhague

I. — La notion de droit de propriété, dans un sens juridique technique, le *dominium* des Romains, le droit subjectif à la maîtrise sur une chose, ne s'est dégagé que lentement de la simple possession de fait. Le droit de propriété sur les choses, *dominium verum*, tel que l'entendaient les juriconsultes romains classiques, tire son origine de la « possession naturelle » (*ex naturali possessione coepisse*). Ceci est démontré par l'importance qui, dans les transferts de propriété, est attribuée, partout, même très tard dans la période historique, à un élément tangible extérieur qui n'est que progressivement remplacé par des formes symboliques.

La conception primitive de la propriété exprime simplement le fait qu'une chose *appartient* à une personne. Cela est vrai que la chose possédée soit l'équipement personnel, la *maison* et son enclos ou bien la terre, et que le possesseur soit un individu ou un groupe d'individus (famille, race, tribu). A l'origine, il semble que la chose n'a été considérée par son propriétaire — et en général par tout le monde — que comme quelque chose qu'il a pour *lui-même*, quelque chose qui lui est *propre* (*proprium, eigen*).

Cette domination purement extérieure n'a jamais dû être un fait *nu*, c'est-à-dire un simple état de fait sans portée juridique (effets juridiques). La possession directe doit, par une conséquence naturelle et pratique, avoir donné au possédant, individu ou unité sociale, un certain droit prétendu, un droit *naturel*, si l'on veut, reconnu par la société, à user de la chose et à jouir de ses fruits, droit qui, à l'origine, devait être seulement protégé par les propres forces du possédant (justice privée).

Ce n'a été qu'après une longue évolution du progrès matériel et intellectuel, que cet exercice primitif, extrêmement limité, d'une maîtrise socialement sanctionnée, sur la chose possédée, a fait naître l'idée d'un droit subjectif, d'un droit *intérieur*, à la maîtrise sur la chose. Il n'est pas improbable que ce soit la cessation même de la possession par suite d'une attaque arbitraire du dehors (*furtum*) qui fit apparaître le premier sentiment d'un droit intérieur et *abstrait*, à disposer de la chose indépendamment du fait concret de la possession. Dans une phase très ancienne déjà, la pensée juridique primitive a dû concevoir que le droit du propriétaire

de disposer de la chose ne peut avoir été définitivement interrompu par la rupture illégitime de l'état effectif de la possession.

Mais si, comme nous l'avons vu, la notion moderne de propriété (essentiellement créée par la jurisprudence romaine), si l'idée d'un droit subjectif intérieur était étrangère à la pensée juridique primitive, la conception primitive des rapports entre la chose possédée et le propriétaire était, d'autre part, dominée par un sens particulier très fortement développé de propriété. Ce sentiment primitif de propriétaire et les idées qui en découlent se manifestèrent le plus puissamment, et, par suite, avec les conséquences les plus claires, dans le cas où la chose faisait partie des biens qui sont devenus le plus tôt l'objet d'une idée de propriété, les objets d'usage personnel à l'individu (instruments de chasse, outils, armes, ornements, vêtements).

Ces objets que, normalement, le propriétaire avait faits lui-même ou reçus en cadeaux ou conquis et qui, de ce fait, étaient sentis et conçus comme une sorte de manifestation de sa personnalité, étaient considérés comme si étroitement liés à leur maître que — en tant qu'objets les plus personnels — ils devaient le suivre dans la mort. (En ce cas nous pourrions aussi, bien que dans un sens différent, dans un sens spirituel, parler d'un droit *intérieur* à posséder).

Il est probable que, à l'origine, ce caractère absolu et tout particulier du droit primitif de propriété personnelle était aussi associé, d'une façon propre, à la conception des rapports entre les choses considérées comme appartenant collectivement à la famille, le bien familial, le *patrimoine*, et son propriétaire ⁽¹⁾.

Le principe fondamental était le même. C'était seulement la manière, suivant laquelle le principe évoluait, qui allait varier, essentiellement selon la nature différente de la chose ou plutôt selon le but auquel elle était destinée : équipement personnel, maison et son enclos. L'équipement personnel était, au sens primitif, la propriété de l'individu; par conséquent, au sens matériel et moderne du mot, il suivait, à l'origine, le mort dans la tombe; de même aussi le patrimoine *suivait* immédiatement la famille, la famille vivante, se perpétuant toujours de génération en génération.

Mais, encore, cet aspect de la conception primitive d'un droit de propriété *absolu*, qui se manifestait à l'égard de la propriété personnelle par l'idée d'un lien personnel, on pourrait dire d'un lien spirituellement indissoluble, entre la chose et son propriétaire, doit, pouvons-nous admettre, avoir exercé une influence propre sur la notion primitive de *copropriété*, et doit avoir fait concevoir l'existence d'un droit intégral, complet et indivis, au profit de chaque copropriétaire sur la chose commune. Chaque propriétaire conjoint est considéré comme propriétaire du *tout* ⁽²⁾. L'idée de divi-

(1) Voir mon article: Propriété primitive devant l'histoire comparative, *Revue historique du droit*, 1933, p. 227 et *Introduction to Early Roman Law* II, pp. 157 et ss. Dernièrement cf. Georges Cornil, *Bull. Acad. Royale de Belgique. Classe des Lettres*, 5^e XVII.

(2) On rencontre, dans le très ancien droit romain ainsi que dans d'autres droits anciens, des survivances de notions analogues ; également dans la conception de la succession matérielle des *sui heredes* — de son essence une simple *continuatio domini* — comme une succession à la totalité d'un « héritage », c'est-à-dire, une succession universelle intégrale. *Introduction*, II, p. 76 et ss.

sibilité abstraite d'une chose qui, naturellement, n'est pas divisée a dû être, sans doute, étrangère à la conception primitive de la propriété.

II. — Dans le système familial, créé par les conditions sociales des anciens temps — la *joint undivided family* qui vivait en commun, dans une maison commune, et qui travaillait en commun —, tout ce qui était nécessaire à l'entretien matériel et spirituel de la *maison* (*domus*) a nécessairement dû devenir une sorte de propriété familiale collective ⁽³⁾. Le fait que, outre les objets purement personnels, certaines choses pouvaient appartenir à un membre déterminé de la famille — notamment au chef de la famille — à raison de leur origine particulière ou des fins particulières auxquelles elles servaient, n'était pas, en soi, incompatible avec l'existence de la copropriété familiale primitive de ceux qui vivaient au même foyer. Seuls les biens qui étaient nécessaires à l'entretien de la *maison* devaient nécessairement devenir une sorte de propriété commune de la famille. Mais ce n'était pas la *propriété* de la famille au sens du droit romain classique et d'aujourd'hui. La famille n'avait que le droit de se servir, d'user des biens et d'en tirer les fruits : en principe, elle ne pouvait pas plus que ne l'aurait pu le père de famille, l'aliéner. Elle n'avait en réalité qu'un droit d'*usage*; le titulaire ou le sujet de ce droit étant les générations successives considérées comme formant une unité, la famille au sens large, la race.

Autant que nous pouvons conjecturer, c'est seulement par une série d'étapes, que cette communauté économique archaïque, qui, à l'origine, n'était qu'une communauté d'usage, se transforme en une véritable copropriété, c'est-à-dire en une propriété conjointe, reposant sur une notion de propriété divisible par la pensée et divisée en parts abstraites. La propriété familiale comme une totalité est considérée comme appartenant aux membres individuels (agnatiques) de la famille en commun. Chacun a la propriété complète sur le *tout* (en droit romain : *in solidum*). Normalement la gestion du patrimoine est confiée au chef religieux et judiciaire de la maison, au patriarche, pour le compte de la communauté. Chargé de la responsabilité du culte des ancêtres et, par suite, de la perpétuation de la race, chargé, par conséquent, du soin de conserver les biens de la *maison* de façon à ce qu'elle puisse perpétuellement servir de support à l'existence matérielle et spirituelle de la famille, le père de famille — qui, seul, avait pouvoir pour représenter la famille dans ses relations avec l'extérieur — doit aussi avoir dans ses mains la direction économique de la *maison*. De même qu'il avait pouvoir pour répartir le travail et pour décider de l'utilisation de ses fruits, il avait aussi à décider souverainement quelles mesures devaient être prises dans l'intérêt d'une bonne administration, à l'égard du bien familial, le patrimoine ⁽⁴⁾.

Et cette *potestas* économique du père de famille — qui doit sûrement

(3) Cf. *Introduction* II, p. 21 et ss.

(4) On en trouve des exemples caractéristiques dans la vente de l'opulence (lat. *opes*) de la *maison* (*Introduction* : II, 58; *opes et patrimonius*) et dans l'achat des animaux domestiques pour le renouvellement du bétail. En principe, la propriété familiale était, sans doute, inaliénable, mais cette inaliénabilité n'était certainement pas incompatible avec le droit de disposition sur les choses individuelles faisant partie de la *familia*, qu'exige une bonne administration. Cf. *Introduction* II, 96 ss. (*res Mancipi[i] et Mancipium*).

être comprise comme ayant impliqué une *fides* illimitée de la part des autres copropriétaires, à raison de la conception archaïque de la propriété collective comme constituant un droit entier et indivis, reposant sur chacun des associés, à la propriété dans sa totalité — était, pouvons-nous supposer encore, en principe « juridiquement » illimitée. Cette conclusion est impliquée dans l'idée primitive de la propriété solidaire, l'idée d'une propriété conjointe, fondée sur le droit de propriété d'un pour tous et de tous pour un, droit de propriété dans lequel la tendance naturelle, sans doute, pousse au développement de l'autorité du père de famille.

Cette particulière propriété conjointe des associés doit sûrement avoir entraîné le droit d'utiliser normalement la propriété commune, c'est-à-dire le droit d'en tirer tout usage ne lésant point les droits des autres copropriétaires. Etant donné la conception dominante de la propriété — et le caractère même de la communauté économique, de sa nature une communauté d'usage — il semblerait cependant que, en principe et logiquement, chacun des copropriétaires doit avoir eu d'autres pouvoirs conjoints, concurrents du pouvoir de disposition du père de famille, sans que ces pouvoirs, toutefois, aient pu atteindre l'autre très ancien principe aryen, le principe fondamental d'*autorité*, sur lequel reposaient tous les pouvoirs du père de famille. Il semblerait que, en vertu de son droit de propriété, complet et indivis, chaque copropriétaire devrait avoir eu compétence pour accomplir, pour le compte de la communauté, tous les actes qui pouvaient servir à l'entretien des biens ou à l'amélioration du patrimoine commun. Mais, dans cette communauté primitive de propriété, la conception archaïque de la propriété conjointe, qui dérivait d'un droit de propriété de tous pour un et de un pour tous, a-t-elle pu entraîner, au profit de chacun des propriétaires, encore un autre droit conjoint à participer à la gérance des biens communs, un droit certain à avoir part à l'*administration* même ? En particulier, est-ce que cette conception a pu faire naître un droit, juridiquement conçu et formulé, à s'opposer aux actes de disposition accomplis, ou plutôt sur le point d'être accomplis, par le père de famille au détriment de la communauté ? En l'absence de véritables preuves historiques, lorsque la recherche tend à la découverte d'autre chose que des principes généraux fondamentaux, des conclusions purement logiques ne lui fournissent aucune base pour une solution, même simplement vraisemblable. On ne peut qu'avancer de très vagues conjectures.

Logiquement, il est possible que la même idée qui a conduit à la conception de la propriété basée sur la propriété *in solidum*, ait aussi conduit, quant à l'administration du patrimoine, à la reconnaissance, en principe, d'un droit corollaire au profit de chaque individu, de disposer *in solidum* de la propriété conjointe dans l'intérêt commun de la famille. Pourvu que ce droit s'exerçât à l'intérieur des limites imposées par la nature particulière d'un patrimoine commun qui était destiné à l'*usage* commun et pourvu — devons-nous supposer — qu'aucun autre copropriétaire n'ait élevé d'objections, présentées à temps, en vertu de son droit de propriété. Cependant, la conception suivant laquelle chaque propriétaire a la propriété intégrale du tout, ne doit pas être considérée comme l'expression d'un véritable principe juridique, duquel on puisse, avec une certitude logique, tirer des conclusions juridiques pratiques, mais plutôt comme la manifestation d'une conception, si l'on veut de l'esprit. Le fait que cha-

que copropriétaire était considéré comme propriétaire de la totalité du patrimoine, ne signifie pas nécessairement que, en vertu de son droit de propriété intégral, l'individu devait être considéré comme revêtu des droits normaux d'un propriétaire à disposer en pratique de la propriété commune. A la vérité, il se peut que, dans la primitive communauté économique, la communauté d'usage, l'administration effective du patrimoine ait été complètement dominée par cet autre principe: le principe d'autorité, en vertu duquel le père de famille, chef religieux et laïque de la *maison*, bien qu'il put, il est vrai, voir sa *bonorum administratio* entravée par un droit d'usage et de contrôle, exercé par les autres copropriétaires, avait *seul*, lorsqu'il traitait avec le monde extérieur, la capacité et l'autorité pour *agir*, pour exercer un pouvoir, *potestas*, pour le compte de la communauté ⁽⁵⁾. En tout cas, des déductions logiques ne permettent pas d'établir qu'il ait existé autre chose qu'un droit à une utilisation normale et à une participation aux fruits ⁽⁶⁾.

Et encore, autant que nous le sachions, il n'est pas la plus légère trace directe, dans aucun des anciens systèmes juridiques, de semblables conséquences juridiques pratiques. L'héritage en commun des frères, particulier au droit romain (*mortuo patre familias*, la *societas fratrum*), que présume les nouveaux fragments de Gaius, montre cependant que le droit romain avait connu une réglementation similaire du droit de disposer de l'héritage commun indivis. Dans ce cas, il semblerait possible que cette réglementation particulière puisse être une reminiscence de cette *bonorum administratio* qui, à un moment donné, dominait — *vivo patre* — la propriété commune primitive entre le père de famille et les fils de la *maison* (*domus*) les *sui*. ⁽⁷⁾.

(5) Sur le droit romain cf. ma *Family Property and Patria Potestas*, 1936, p. 24.

(6) Parallèlement au système patriarcal de la famille, gouvernée par une *patria potestas* en principe sans limites, on pourrait aussi concevoir qu'un système « fratriarcal », gouverné par une « *fratria potestas* » soit organiquement né de l'archaïque communauté de propriété, du droit *égal* de propriété du père de famille et des membres de la *maison*, par un déplacement de la direction de la famille, résultant d'une certaine tendance « monocratique » qui accordait la supériorité à l'un des fils, les frères puînés étant sous la « *fratria potestas* » de l'aîné. Le droit comparé et particulièrement le droit cunéiforme, semblerait le confirmer. (Cf. notamment Paul Koschaker : *Fratriarchat, Hausgemeinschaft und Mutterschaft* dans *Keilschriftrechten, Zeitschrift für Assyriologie*, N. F. VII, 68 s. Voir en outre Partsch dans *Sethe-Par'sch : Demotische Urkunden zum ägypt. Bürgschaftsrecht*, Abh. der sächs. Akad. XXXII, 690. Arangio-Ruiz ; *Persona e Famiglia nel dir dei papiri* (1930) p. 50). A cet égard les variations particulières du patriarcat chez les Sabéens, qui pratiquaient la polyandrie (*Strabon* XVI-4,25), doivent aussi être mentionnées. « La propriété appartient en commun à tous les membres de la famille, mais le frère aîné est le gérant de la propriété. » (Le patriarcat était-il à l'origine lié à la polyandrie ?) Ed. Meyer, *Gesch. des Altertums* I, 1 (1921) 27. Droit allemand : *Gierke, Deutsches Privatrecht* I 686. Autant que nous sachions, il n'y a pas de traces d'un tel fratriarcat qui dans ses origines doit être supposé plus ancien que le système patriarcal, dans l'ancien droit aryen. Sur patriarcat et matriarcat voir *Introduction I (Community of Cult)*.

(7) Pietro Bonfante, antérieurement déjà à la découverte des nouveaux fragments de Gaius, dans *Scritti giuridici* III 376 (Cf. Corso, II, 2, p. 39; cf. Scialoja : *Teoria della proprietà* I, 1928, p. 425), pensait que, dans certaines règles juridiques touchant au *condominium* classique, il avait découvert des restes d'un état archaïque du droit, parent du système économique primitif ci-dessus esquissé, en vertu duquel chaque copropriétaire doit avoir la propriété intégrale et par conséquent le pouvoir d'exercer librement et intégralement tout le droit de disposition sur la chose commune; système semblable

III. — L'idée que la propriété familiale, le patrimoine, est propriété commune de la famille, ne prend que progressivement forme de principe juridique ⁽⁸⁾. Du droit collectif naturel des descendants à user et à jouir de la propriété commune, naît un pouvoir de contrôle sur le *mauvais* gérant, conçu « juridiquement » et formulé par le droit. Dans le but de préserver l'intégrité du patrimoine familial, les fils étaient considérés comme investis d'une sorte de *jus prohibendi*. Il n'est pas improbable que ce fut l'*abus* même de l'autorité fiduciaire du père de famille pour administrer le patrimoine collectif dans l'intérêt de la famille qui, tout d'abord, créa la conception d'un droit véritable de propriété au profit de chacun des associés et donna naissance à la notion de copropriété au sens juridique technique. Puis, à partir de là, s'est développé un certain droit général, formulé juridiquement, à participer directement aux décisions. Incidemment paraît naître l'idée que chaque membre (agnatique) de la *maison* reçoit une part indépendante du patrimoine par le seul fait de sa naissance.

Parallèlement aux développements postérieurs de la propriété individuelle dans d'autres domaines (propriété personnelle) les descendants sont considérés comme copropriétaires du patrimoine, avec des parts abstraites *équivalentes*. Les fils et les petits-fils, conjointement avec le père de famille, ont des droits de propriété coexistant sur la propriété familiale, droits qui sont limités par les droits concurrents des autres copropriétaires, et qui, par conséquent, sont accrus d'autant par la disparition d'un des copropriétaires. A un stade postérieur, ce droit collectif des fils peut se manifester sous la forme d'un droit pour chacun des copropriétaires de demander à la mort du père de famille la *division* en parts égales et par conséquent la dissolution de la communauté. L'évolution tend à l'abolition de la *joint family* et de la copropriété familiale.

En principe, le patrimoine demeure inaliénable. Même alors, la famille tout entière ne peut aliéner le patrimoine familial, pas plus que ne l'aurait pu antérieurement le père de famille. Mais la propriété familiale, qui, dans son essence, était uniquement destinée à l'usage commun — avec le père de famille comme administrateur de la propriété familiale, investi du droit de disposer de la propriété commune pour le compte de la communauté — est en train de se transformer en un droit de propriété conjointe conçu juridiquement, une copropriété au sens juridique technique, comportant de la part du père de la famille une *potestas*, juridiquement limitée par les droits conjoints des descendants. Dans ce système de copropriété coexistante, les droits de propriété conjoints des fils (et des petits-fils) peuvent cependant évoluer de façon si indépendante, leur droit conjoint de décision peut prendre une telle importance, ou le veto accordé à chacun des copropriétaires en vertu de son *jus prohibendi* peut être si décisif, que le père de famille — comme il arrivera plus tard dans le droit

à la souveraineté commune et à la collégialité des magistrats romains. Il a ainsi assurément contribué à attirer l'attention sur la possibilité que le droit romain le plus ancien ait aussi connu les conceptions primitives de propriété. Cependant je ne pense pas que, par l'application en ce point de sa méthode organique ou « naturalistique », l'éminent romaniste italien ait été parfaitement autorisé à tirer une inférence historique dans le passé du fait de certaines survivances dans le droit classique, d'un système juridique antérieur primitif (Cf. mon *Family Property and Patria Potestas*, pp. 42 et ss.).

(8) *Introduction* II, p. 29.

indien ou irlando-celtique, et comme de nos jours chez les Slaves du Sud — devient en réalité un simple gérant, responsable du patrimoine familial, tenu de rendre comptes. Tous les actes les plus importants de disposition touchant au patrimoine doivent être accomplis — dans un conseil — par tous les membres adultes de la famille (*communi manu*) ⁽⁹⁾. L'évolution tend vers une équivalence de droits pour tous les membres mâles de la *maison*, vers une communauté semblable à celle du droit germanique, la « *Gemeinderschaft zur gesamten Hand* ».

De cette copropriété, demeurant encore matériellement indivisible en principe — et parallèlement au système économique dans lequel les fils (et les petits-fils) ont un certain droit *actuel* de propriété conjointe — il peut — dans la famille individuelle, comme dans l'ancien droit grec, au cours du développement historique postérieur vers ce *solum dominium* du père de famille, qui est caractéristique de la famille individuelle complètement développée — être sortie une sorte de propriété conjointe successive, dans laquelle les fils sont considérés comme ayant un droit *latent* de propriété conjointe, droit qui devient effectif à la mort du propriétaire actuel, le *pater familias*, et qui, durant la vie du père de famille, peut se manifester particulièrement par l'obligation d'obtenir le *consentement* des fils pour les actes de disposition les plus importants sur la propriété conjointe entre père et fils que nous trouvons dans l'ancien droit romain — sous une forme particulièrement romaine — dans l'indication de Sabinus, transmise par Paul, suivant laquelle, autrefois (*olim*), « les fils de la maison » (*sui*) étaient, *etiam vivo patre*, considérés comme des « sortes de propriétaires » (*quodammodo domini*) du patrimoine familial ⁽¹⁰⁾. Une copropriété de cette espèce, ainsi que la communauté de propriété coexistante dans la *joint family*, peut apparaître au cours de son développement postérieur, sous des formes de transition diverses, pour tendre graduellement vers un *solum dominium* juridique formel. Que nous appelions cette propriété familiale, sous les formes affaiblies qu'elle revêt dans les stages postérieurs de son évolution, une propriété conjointe du père et des fils, avec le chef de la *maison* comme administrateur du patrimoine, ou que nous préférions dire que le *pater familias* était actuellement *de jure* le *solus dominus*, mais que, à certains égards, très importants, ses pouvoirs étaient limités par les droits conjoints latents des fils dans l'exercice de sa *potestas* économique, cela ne constitue en vérité qu'une différence de terminologie.

Si l'ancienne conception de la famille, la *maison*, en tant qu'unité sociale, politique et économique, successivement concentrée dans la *main* (*manus*) du père de famille, survit sans affaiblissement, en dépit du développement de l'individualisme et des progrès concomitants du droit individuel de propriété, la *potestas* primitive du patriarche fondée sur une *fides* illimitée pour administrer pour le compte de la maison et dans l'intérêt commun de la famille la propriété familiale, en vertu d'une tendance sociale et politique parallèle vers la monocratie, elle tend à évoluer dans la direction d'un *solum dominium* illimité *de jure*, confié au *pater familias*.

(9) Comparer la *communio* du droit romain de la période historique.

(10) Sabinus dans *Paul Dig.* XXVIII, 2, II. Cf. mon *Family Property and Patria Potestas*, p. 42.

C'est cette évolution que nous constatons dans le *bolisaja semija* russe d'une période plus avancée et qui doit avoir — à travers bien des phases d'évolution — influencé surtout le plus ancien droit national romain, suivant des procédés particulièrement romains.

IV. — La propriété collective archaïque, implique sûrement déjà la conception que les membres individuels (agnatiques) de la famille sont propriétaires du bien commun. La propriété familiale était, il est vrai, considérée comme appartenant à la famille, la famille vivante, aussi bien qu'aux générations à venir. Mais le patrimoine ne peut avoir été considéré comme appartenant à la famille, la *maison* comme telle, comme si elle constituait un sujet de droit indépendant, distinct des membres individuels. L'idée que ce qui appartenait à la famille en tant qu'unité collective ne pouvait pas appartenir — au sens primitif — aux associés individuels de la *maison* impliquerait un pouvoir d'abstraction juridique qui était sans doute étranger à la pensée juridique primitive. Si l'idée primitive de propriété conjointe, autant que nous pouvons le conjecturer, se manifestait originairement par la conception que chaque co-propriétaire avait la propriété intégrale du *tout*, ce principe juridique archaïque exprimait précisément, en même temps — et, par-dessus tout — d'une façon très saisissante, l'idée de *communauté*, la forte solidarité économique de la famille : chacun pour tous et tous pour chacun, les membres de la *maison* sont propriétaires du patrimoine commun.

La conception de chacun des membres de la *maison* en tant propriétaires en commun du bien familial ne devient l'expression d'un droit de propriété réel, c'est-à-dire un droit *indépendant* pour chaque copropriétaire, que lorsque, dans la copropriété coexistante de l'époque historique, la conception primitive de l'indivisibilité du droit de propriété a été remplacée par l'idée de divisibilité abstraite, lorsque la conception archaïque de propriété *in solidum*, avec droit de disposition intégral au profit de chaque co-propriétaire, a été remplacée par la notion d'un droit de propriété *pro partibus indivisis*, au profit des associés individuels, sur toute la chose, avec un droit concomitant de disposition par quote-parts. Dans le droit de l'Inde et dans d'autres systèmes juridiques aryens anciens, nous constatons, à un stade très ancien, cette évolution juridique de la conception de propriété collective. D'un autre côté, dans le droit romain une telle évolution ne s'est évidemment produite que sous l'influence des spéculations philosophiques d'une période postérieure sur la divisibilité de toute chose. Dans l'ancien droit romain, en tout cas jusqu'au temps de la loi des XII tables, l'idée d'un droit de propriété abstrait sur des quote-parts d'une chose matériellement non divisée doit être restée étrangère, ainsi que semblent le prouver les nouveaux fragments de Gaius ⁽¹¹⁾. Il faut remarquer que, dans le droit romain, alors que, à raison du sens profond de la solidarité mutuelle dans l'ancienne famille romaine, la conception de propriété commune, fondée sur un droit de propriété *in solidum* au profit de chaque co-propriétaire du bien commun, a persisté plus longtemps qu'ailleurs, la notion de propriété conjointe comme une co-propriété *pro partibus [utique] indivisis*, une fois qu'elle eut pris pied dans la pensée juridique et

(11) Voir mon *Family Property and Patria Potestas*, p. 63.

dans la jurisprudence pratique, prédomina si exclusivement, fût si complètement considérée comme une vérité évidente, que l'idée d'un *in solidum condominium* a été déclarée par des jurisconsultes romains, ignorants de l'évolution historique, une impossibilité (*esse non posse*) ⁽¹²⁾.

Cependant le développement même de la notion de copropriété contenait déjà le germe de l'extinction de l'idée primitive de communauté — et par suite de la dissolution de l'idée même de propriété conjointe. La reconnaissance d'un droit réel, c'est-à-dire indépendant, de propriété par quote-parts, au profit des co-propriétaires individuels pour disposer de la propriété commune, devait nécessairement conduire à la reconnaissance comme corollaire d'un droit conjoint sur sa part. Mais au cours du développement économique une semblable réglementation de la gestion du patrimoine, entraînant tôt ou tard des conflits ou des difficultés (*mater rixarum*), doit avoir été sentie et reconnue comme un obstacle à une *bonne* gestion rationnelle. Et ceci ne se produisait pas seulement lorsque le système concret exigeait le consentement de tous, mais aussi lorsque, en vertu du *jus prohibendi*, un veto absolu était admis. Une tendance monocratique, due à des causes sociales, s'affirme de plus en plus en faveur du *pater familias*. Et en même temps la vie quotidienne demande une utilisation plus libérale du droit, juridiquement formulé, des copropriétaires à participer directement à la disposition. Le droit de propriété conjoint actuel, par quote-parts, des descendants passe à l'arrière-plan, sous la forme d'un droit de disposition conjoint *vivo patre familias*, plus indéfini, et cède la place au *dominium* du *pater familias*. En échange, chaque copropriétaire acquiert le droit de demander, à la mort du père de famille, le partage de la propriété conjointe. Avec le développement de la famille individuelle le droit de copropriété coexistant du père et des fils est remplacé par un droit *latent* de propriété conjointe, au profit des descendants. Le droit de disposer de la propriété commune appartient, durant sa vie, au père de famille (Lat. *libera bonorum administratio*). Mais comme nous le voyons dans le droit grec, la *potestas* du père de famille peut, à certains égards, être limitée ou restreinte — de diverses façons — par certains droits conjoints des descendants.

Cependant ce système ne satisfait plus aux exigences de la vie pratique. Le droit conjoint des descendants est définitivement remplacé par le *solum dominium* du père de famille.

Avec le développement de la famille individuelle, juridiquement indépendante, le strict principe primitif de la famille comme unité économique est assurément brisé. La propriété conjointe de la famille est graduellement remplacée par un droit de propriété individuel. Le *pater familias* devient *de jure* le *solus dominus* de la propriété familiale, mais il reste longtemps, dans les formes nouvelles créées par l'organisation nouvelle de la famille, des survivances des vieilles conceptions du patrimoine comme appartenant à la famille.

Un stage particulier dans l'évolution vers le *solum dominium* du père de famille qui est caractéristique de la famille juridiquement indépendante, se trouve dans la *succession* conjointe des frères qui se produit encore dans le droit grec, germanique et celtique à l'époque historique, aussi bien que

(12) *Celsus in Ulp. Dig. XIII 6, 5, § 15.*

dans l'ancien droit romain. A la mort du père de famille les fils (frères) continuent de vivre ensemble sans diviser le patrimoine paternel. Cette copropriété qui plus tard, comme le *consortium inter fratres* romain de l'époque historique, a été sans doute basée sur la libre volonté des parties (*consortium voluntarium*) était certainement obligatoire à l'origine ⁽¹³⁾. Mais de la réglementation primitive de l'administration de l'héritage conjoint indivis seules les sources germaniques donnent des informations certaines, encore qu'incomplètes, lorsqu'elles parlent de la « *Gemeinschaft zur gesamten Hand* » ⁽¹⁴⁾.

(13) *Introduction* II, 39, 64.

(14) Sur la *societas fratrum*, impliquée par les nouveaux fragments de Gaius III 154 et sur l'imitation artificielle postérieure qu'est la *societas* des *agnati*, formée *ad exemplum fratrum suorum*, sur les fondements et la dissolution de ces deux formes de *consortium* et l'organisation de l'administration, voir ma *Family Property and Patria Potestas*, p. 57 et dernièrement H. Lévy-Bruhl, *Le consortium artificiel du nouveau Gaius*. Estratto degli atti del IV congresso internazionale di Papirologia. Firenze, Aprile-Maggio 1935. XIII.

SECTION II

LES RAPPORTS DU DROIT ROMAIN AVEC LES AUTRES DROITS DE L'ANTIQUITE

KUEBLER, *Les degrés de faute dans les systèmes juridiques de l'antiquité.*

JOLOWICZ, *L'origine de la « laesio enormis ».*

BALOGH, *L'influence de l'économie sociale sur l'évolution du Droit dans l'histoire comparative du Droit et dans l'ethnologie juridique.*

RICCA-BARBERIS, *Le droit d'agir dans la tradition germanique et dans la tradition latine. Klage et actio.*

(Cette contribution publiée dans le Tome II, Troisième Partie, Titre II, Chapitre XIII, « Le Droit des Procédures », § 108).

LES DEGRES DE FAUTE DANS LES SYSTEMES JURIDIQUES DE L'ANTIQUITE

Par Bernhard KUEBLER,

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

Traduit par H. MANKIEWICZ,

Secrétaire général de l'Institut de Droit comparé de Lyon

La science du droit international privé est une conquête des temps modernes. Mais un droit international privé a existé déjà dans l'antiquité. Chaque Etat, si petit fût-il, avait son propre système juridique qui, cependant, ne s'appliquait qu'aux citoyens, et non aux étrangers (ξένοι *peregrini*). Ces derniers n'avaient, en principe, aucun droit ⁽¹⁾. Mais ce principe n'existait que dans la théorie seulement ⁽²⁾. On ouvrait aussi à l'étranger l'accès au droit et à la procédure, et on créait des institutions appelées à concilier les différends entre les citoyens d'Etats différents ⁽³⁾. Le *ius gentium* romain était un droit international privé. Il était un droit qui, d'après Gaius, était valable chez tous les peuples : *apud omnes gentes peraeque custoditur*. Si l'on prenait cette affirmation à la lettre, on devrait conclure que la décision des litiges entre des citoyens de différents Etats ne présentait aucune difficulté, et la comparaison des droits antiques offrirait alors peu d'intérêt. Mais la réalité était toute autre. Depuis que les inscriptions cunéiformes et les papyri nous ont rendu accessible la connaissance de droits dont on ne savait autrefois presque rien, l'étude des droits antiques s'est développée d'une façon tout à fait inattendue. Wenger a été le premier à réclamer une science de l'histoire des droits de l'antiquité, et il ne s'est jamais lassé de réitérer cette réclamation. Aujourd'hui l'on enseigne dans les Universités allemandes, non plus l'histoire du droit romain, mais l'histoire des droits de l'antiquité. La tâche des représentants de cette branche de l'enseignement est de démontrer l'évolution du droit depuis ses

(1) Pauly-Wissowa, *Realenzyklopädie des klassischen Altertums*, IV^e volume de supplément, mot *Fremdenrecht* (Weiss).

(2) Hitzig dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung*, tome XXVIII, p. 212.

(3) Egon Weiss, *Griechisches Privatrecht*, p. 171. Les traités de ce genre s'appelaient σύμβολα.

débuts dans la vallée de l'Euphrate vers l'an 3000 avant J.-C. jusqu'à son apogée dans la Codification de Justinien. Qu'est-ce que l'évolution ? Quand on rencontre chez deux peuples des usages juridiques identiques ou analogues, peut-on avec sécurité affirmer qu'ils ont été transplantés de l'un de ces peuples à l'autre ?

On ne saurait répondre à cette question par une affirmation de portée générale. Pour chaque règle de droit, pour chaque notion, chaque institution juridique il faut chercher une réponse particulière. Nous aiguillerons donc notre attention vers la seule réglementation de la faute dans les droits antiques.

Que chacun doive expier la violation, par lui, d'un bien juridique d'autrui, c'est une règle de droit qui a été valable dans tous les systèmes juridiques de l'antiquité. Dans les droits primitifs — c'est du moins ce qu'on enseigne en général — il importait peu que la violation eût été volontaire ou involontaire (ἐξῶν, ἄκων). Cette distinction a été le produit de la pensée de peuples d'une civilisation plus avancée. L'acte involontaire pouvait être la conséquence d'une négligence; mais il était aussi possible qu'il se fut produit sans qu'il y eût une faute de celui qui l'avait commis. Ainsi se sont dégagés trois degrés : dol, négligence, cas fortuit, que le droit romain supposait universellement connus et qu'il désignait par les mots de *dolus*, *culpa* et *casus*. Karl Binding, le grand Maître du droit pénal, les considérait comme une découverte des Romains qualifiée par lui de « brillante » (4). Mais, ainsi que je l'ai prouvé antérieurement (5), Aristote connaissait déjà ces trois degrés. Il les a expliqués dans sa *Rhétorique*, I, 13, p. 1.374 b et dans son *Ethique à Nicomaque*, V, 10 (8), p. 1.135 b, et désignés par les termes respectivement d'ἁδίκημα, ἀμαρτημα, et ἀπογρημα. Quant à l'acte intentionnel, l'ἁδίκημα, il sous-distinguait dans son *Ethique* entre l'acte émotionnel et l'acte commis de sang-froid. Il désignait ce dernier par le terme de πολυθηρία, et appelait son auteur ἁδικοῦς, πονηρὸς, πολυθηρὸς. Binding professait qu'il était impossible que les Romains n'aient pas fait la même distinction. Il estimait qu'ils avaient désigné l'acte intentionnel par *dolus*, et l'acte de témérité ou d'impétuosité par *culpa lata* (6). Mais son opinion se fondait sur une interprétation complètement erronée de la doctrine romaine de la faute, ainsi que Lenel l'a démontré d'une façon persuasive (7). L'orateur Themistius présentait encore au IV^e siècle les trois notions aristotéliques comme des connaissances indispensables à tout juge et qu'on devait au grand philosophe de Stagire (8). Aristote en est-il vraiment l'inventeur ? La division tripartite se trouve déjà en termes identiques dans la *Rhétorique ad Alexandrum*, qu'on considère comme plus ancienne que la *Rhétorique* d'Aristote (9) et que Pietro Vittorio attribue à Anaximène; cf. c. 4 de la *Rhétorique ad Alexandrum* (éd. Spengel, p. 24) : ἁδικίαν καὶ ἀμαρτημα καὶ ἀπογρημα ὥδε διόριζε. Concurrément avec les

(4) *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung*, t. XXXIX, 9; 20.

(5) *Rechtsidee und Staatsgedanke, Festschrift für Julius Binder*, édité par Larenz, 1930, p. 63 et ss.

(6) *Normen*, II, 2, 76, 724, 725, 733.

(7) *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung*, XXXVIII, p. 263 et ss.

(8) *Or.* I, p. 17, 13; VII, p. 111, 17; IX, p. 143, 3; éd. Dindorff, 1832.

(9) Grenfell-Hunt, *Hibeh Papyri*, p. 115 contre Susemihl, *Geschichte der Alexandrinischen Litteratur*, tome II, p. 451.

mots ἀδικία et ἀτυχία, Anaximene emploie aussi les mots ἀδίκημα et ἀτύχημα. D'après Wendland ⁽¹⁰⁾, la *Rhétorique* d'Anaximène a été composée vers l'an 340. Dans le *Discours sur la Couronne*, Démosthène écrit en 330 (§ 274) :

παρὰ μὲν τοίνυν τοῖς ἄλλοις ἔγωγ' ὁρῶ πᾶσιν ἀνθρώποις διωρισμένα καὶ σταγμένα πῶς τὰ τοιαῦτα . ἀδικεῖ τις ἐκὼν . ὀργήν καὶ τιμωρίαν κατὰ τοῦτου . ἐξήμαρτέ τις ἄκων . συγγώμην ἀντὶ τῆς τιμωρίας τοῦτω . οὐτ' ἀδικῶν τις οὐτ' ἐξαμαρτάνων εἰς τὰ πᾶσι δοκοῦντα συμφέρειν ἑαυτὸν δοῦς οὐ κατώρθωσεν μεθ' ἅπαντων . οὐκ ὀνειδίζειν οὐδὲ λοιδορεῖσθαι τῷ τοιούτῳ δίκαιον , ἀλλὰ συνάχθεσθαι .

Ainsi, Démosthène, lui aussi, connaît les trois degrés : ἀδίκημα, ἁμάρτημα et ἀτύχημα. Il dit que cette distinction est familière à tous les hommes, à l'exception d'Eschine, son adversaire détesté. Cependant, il se peut qu'il l'ait apprise à l'école de la rhétorique, peut-être de son Maître Isée. Il n'est pas, non plus, impossible qu'il l'ait tirée de la *Rhétorique* d'Anaximene; cf. διωρισμένα et διόριζε.

Cette distinction se trouve aussi dans les papyri égyptiens du temps des Lagides. Le Pap. Tebt. 5 contient un décret d'amnistie de Ptolomée Euergete de 118 a. J.-C. Le roi et la reine libèrent tous leurs sujets ἀγνοημάτων ἁμαρτημάτων [ἐγκλημάτων καταγνωσμάτων] αἰτιῶν πασῶν ⁽¹¹⁾. Sont exclues de l'amnistie les personnes coupables de meurtres et de larcin dans les temples (πλὴν τῶν φόνοις ἐχουσίαις καὶ ἱεροσυλίαις ἐνεχομένων). Taubenschlag ⁽¹²⁾ et Preisigke ⁽¹³⁾ entendent par ἀγνόημα le délit commis par ignorance de la loi. Plus juste est l'interprétation donnée par Wenger ⁽¹⁴⁾ qui comprend par ἀγνόημα « le délit commis par erreur, *error*, par ignorance, *ignorantia*, donc *sine dolo*, c'est-à-dire le délit commis fautivement (*kulpos*) ». Cette interprétation correspond exactement à la doctrine d'Aristote d'après qui la négligence repose sur l'erreur ou l'ignorance, non pas sur l'*error iuris*, mais sur l'*ignorantia facti* (*Eth. Nikom.*, V, 10, p. 1.135 b, 12; cf. aussi *Rhétor. ad Alexandrum*, c. 4 : τὸ δὲ δι' ἄγνοιαν βλαβερόν τι πράττειν ἁμαρτίαν εἶναι φατέον). Mais Wenger se trompe lorsqu'il pense que l'ἁμάρτημα est « le délit commis non pas par erreur ou ignorance, mais dans une intention mauvaise, *dolo malo*, c'est-à-dire le délit dolosif ». L'acte contraire au droit commis intentionnellement, avec *dolus*, c'est l'ἀδίκημα, et c'est ainsi qu'il est appelé dans le décret d'Euergete L. 258. En revanche, l'ἁμάρτημα est toujours le délit commis par négligence. Or, puisqu'il est évident que dans le décret d'Euergete ἁμάρτημα désigne nécessairement autre chose qu'ἀγνόημα, il ne reste que deux possibilités d'interprétation. Ou bien l'ἁμάρτημα est l'acte commis négligemment, sans que la négligence soit alors la conséquence de l'ignorance, ou bien c'est l'acte prémédité, mais commis sans mauvaise intention, donc l'acte qu'Aristote décrit dans son *Ethique* à Nicomaque V, 10, p. 1.135 b, 19 et ss. par la phrase suivante : ὅταν δὲ εἰδὼς μὲν , μὴ προβουλεύσας δέ , ἀδίκημα , οἷον ὅσα τε διὰ θυμὸν καὶ ἄλλα

(10) Gercke-Norden, *Einleitung in die Altertumswissenschaft*, tome I, p. 341, p. 446.

(11) Les passages entre parenthèses sont extraits d'une seconde copie du décret.

(12) *Strafrecht im Rechte der Papyri*, p. 67.

(13) *Archiv für Papyrusforschung*, tome V, p. 303.

(14) *Archiv für Papyrusforschung*, tome II, p. 484.

πάθη, ὅσα ἀναγκαῖα ἢ φυσικὰ συμβαίνει τοῖς ἀνθρώποις (ταῦτα γὰρ βλάπτοντες καὶ ἀμαρτάνοντες ἀδικοῦσι μὲν καὶ ἀδικήματά ἐστιν, οὐ μέντοι πῶς ἀδικοὶ διὰ ταῦτα οὐδὲ πονηροί. οὐ γὰρ διὰ μοχθηρίαν ἢ βλάβην). L'assemblage d' ἀγνοήματα et d' ἀμαρτήματα se retrouve à plusieurs reprises dans les papyri du temps des Ptolomées; par exemple dans le deuxième décret d'amnistie du roi Euergete II, Pap. Tebt. 124, 24 : ἐγλημάτων ἀγνοημάτων ἀγνοημάτων καταγνωσμάτων αἰτιῶν. A l'endroit où le mot ἀγνοημάτων revient pour la deuxième fois, les lettres γνο ne sont pas bien lisibles. Il n'est donc pas exclu que le papyrus porté en réalité ἀμαρτημάτων. Sinon, le scribe a commis une faute de transcription. Mais il n'est pas douteux que le brouillon du décret portait ἀγνοημάτων ἀμαρτημάτων. En outre, on lit dans un décret de Ptolomée Philométor, Pap. Paris. 63 X : τοὺς ἐνεσχημένους ἐν τισιν ἀγνοήμασιν ἢ ἀμαρτήμασιν, et, enfin, on rencontre le même assemblage à la fin du temps des Ptolomées dans un décret d'amnistie BGU 1.185, I, 7 : [ἀγνοημ] αίων ἀμαρτημάτων καταγνωσμάτων. On voit donc à quel point il s'était enraciné dans la chancellerie royale d'Alexandrie. Le secrétaire chargé d'établir les textes des décrets a probablement reçu sa formation au *Museion* qui était sûrement influencé par les écrits d'Aristote.

Mais Aristote n'avait pas été le premier à saisir la différence entre la négligence et le dol (intention). Nous rencontrons cette distinction cent ans avant lui chez Antiphon qui a été mis à mort en l'an 411 a. J.-C. A Richard Maschke revient le mérite de l'avoir découvert. Dans son étude, publiée après sa mort par Latte, intitulée *Die Willenslehre im griechischen Recht*, 1926, p. 71, il dit : « Antiphon a été le premier parmi les Grecs qui soit arrivé à dégager la catégorie de la négligence de la masse du non-dolosif et à l'encadrer de conséquences juridiques ». Dans les discours d'Antiphon qui nous ont été conservés, les trois Tétralogies occupent une place particulière ⁽¹⁵⁾. Il s'agit là de discours d'école destinés à l'enseignement de la rhétorique et traitant des cas fictifs. Chacune des tétralogies se compose de quatre discours, à raison de deux réquisitoires et de deux plaidoyers, ordonnés de sorte que les réquisitoires alternent avec les plaidoyers. L'accusateur et le défenseur ont chacun deux fois la parole. La première tétralogie traite d'un meurtre prémédité, la deuxième d'un homicide involontaire commis par négligence, la troisième de blessures volontaires, mais non contraires au droit, ayant entraîné la mort. Nous y avons donc les trois cas d' ἀδικημα, d' ἀμαρτημα et d' ἀτύχημα. Et, en effet, ces trois termes reviennent dans les discours. Dans la première tétralogie l'acte est désigné comme ἀδικημα (2, 4), dans la deuxième comme ἀμαρτημα ou ἀμαρτία (2, 6; 3, 8; 4, 7; 8; cf. aussi 2, 11), dans la troisième comme ἀτύχια (3, 4; 4, 8; 9). Mais ce serait faire trop d'honneur à Antiphon, ou à celui qui a été le véritable auteur des tétralogies, que de supposer qu'il ait été l'inventeur de cette distinction. Elle était donnée par la structure même de l'administration juridique d'Athènes. Chacun des trois délits d'homicide relevait d'un tribunal spécial, à savoir le meurtre prémédité (ἐκ προνοίας) de l'Aréopage, l'homicide par imprudence du Palladion et l'homicide permis par les lois du

(15) L'authenticité n'est pas contestée. Wendland, *Einleitung in die Altertumswissenschaft*, tome I, p. 338, estime qu'Antiphon n'en est pas l'auteur. Mais on ne doute pas qu'elle date de son époque.

Delphinium⁽¹⁶⁾. Mais il est bien possible qu'Antiphon ait imaginé les termes de tort, d'infraction et de malheur. C'est possible, mais non pas sûr. Il se peut aussi qu'il les ait tirés d'un manuel de rhétorique. Toutefois, le mérite qui lui reste c'est celui d'avoir procédé à une analyse subtile et un examen psychologique des trois concepts. La seconde tétralogie traite le cas où un garçon, s'entraînant au jet de la lance, frappe et tue un autre garçon qui passe entre lui et le but juste au moment de la projection de la lance. Le garçon, défendu par son père, est accusé d'homicide, commis involontairement, mais par négligence (imprudence), par le père du garçon tué. L'accusateur et le défendeur distinguent, tous les deux, le vouloir du mouvement du corps (θέλειν) du résultat voulu βούλεσθαι, ce que les Romains appelaient *animus*, par opposition à la *voluntas*⁽¹⁷⁾. Maschke déclare (*loc. cit.*, p. 77) qu'Antiphon, par cette découverte qui ne perd rien par cela qu'elle nous paraît aujourd'hui évidente, se classe parmi les grands juristes de tous les temps. Nous rapprochons cette affirmation d'un autre passage du même auteur. A la page 170 Maschke déclare que Théophrast, l'élève d'Aristote et son successeur à la direction de l'école, a été peut-être le juriste le plus génial produit par la Grèce; car il a appliqué les doctrines de son maître sur les vices de la volonté (Willensmängel) au contrat de vente, ce qui, en d'autres termes veut dire qu'il les a transplantées du domaine du droit pénal dans celui des obligations. Nous constatons avec plaisir que Maschke appelle l'orateur Antiphon et le philosophe Théophrast des grands juristes, et nous nous rappelons le mot d'Ulpien (ou de Tribonien⁽¹⁸⁾), Dig. I, 1, 1, 1, que la tâche des juristes est de faire de la *vera philosophia, non simulata*.

Quand nous nous représentons le mécanisme compliqué de la juridiction athénienne et le grand nombre des lois et décisions populaires, nous nous demandons : où les avocats, les greffiers et les juges acquéraient-ils les connaissances indispensables pour l'exercice de leur profession ? Certes, puisque tout était public, on apprenait beaucoup par l'expérience de tous les jours. Mais les plaidoyers des orateurs attiques sont si bien garnis de fines remarques juridiques qu'ils ne peuvent pas ne pas être le produit d'une instruction spéciale. Puisqu'on ne nous parle pas d'écoles de droit, il faut supposer que certaines connaissances juridiques furent enseignées dans les écoles de philosophie et de rhétorique. Tel était le cas de la connaissance des lois qu'on apprenait à l'aide de recueils de lois⁽¹⁹⁾. Les juges n'avaient pas besoin de connaître les lois; la règle *iura novit curia* ne s'appliquait pas encore. C'était l'affaire des avocats de procurer aux juges la connaissance des lois dont ils faisaient état. Ils s'acquittaient de cette tâche en faisant lire les passages des lois auxquels ils se référaient. Eux-mêmes devaient donc être familiarisés avec les lois en vigueur. Dans le dix-neuvième discours de Lysias, § 2, l'orateur parle de son manque d'expérience et en appelle à l'indulgence des juges. Ces réflexions sont susceptibles de nous éclairer sur la signification et le rôle des tétralogies d'Antiphon. Les trois

(16) Aristote, L'Etat des Athéniens, p. 57. Harpocraton ἐπὶ παλλαδίῳ, ἐπὶ Δελφινίῳ, Pollux VIII, 90.

(17) Euripide, Iphigénie en Aulide 338 : τῷ δοκεῖν μὲν οὐχὶ χρήζων, τῷ δὲ βούλεσθαι θέλων.

(18) Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, tome IV, p. 232.

(19) Egon Weiss, *Griechisches Privatrecht*, tome I, p. 123.

cas avaient été choisis d'après un plan. Ils étaient discutés dans l'école et faisaient l'objet des travaux écrits par les élèves. En leur sortant après coup son propre travail, le maître montrait à ses élèves comment il fallait s'y prendre.

La rhétorique grecque trouva accès à Rome, mais non sans difficultés ⁽²⁰⁾. La rhétorique romaine n'a pas poussé sur le sol romain; elle avait été importée de la Grèce. Dans le sillage de la méthode, son contenu, le patrimoine d'idées, s'infiltra dans l'atmosphère intellectuelle de l'aristocratie romaine et, partant, des juristes romains ⁽²¹⁾. Il est possible que ce fût ainsi que l'échelle *dolus, culpa, casus*, devint une partie intégrante de la science juridique romaine. Mais, vu leurs dons juridiques, il n'est pas exclu que les Romains ne l'aient découverte eux-mêmes au moment de la pénétration, chez eux, de la rhétorique et de la philosophie grecques. Quoi qu'il en soit, sa transplantation dans le système des obligations, la réglementation de l'étendue des divers degrés de responsabilité pour chaque *contractus* particulier, les devoirs de diligence et de *custodia*, la distinction entre *culpa lata* et *culpa levis*, le concept de *diligentia quam suis* — tout cela c'est l'œuvre propre des Romains. Les Grecs ne pouvaient pas leur servir de modèles dans ces matières par cela même qu'ils n'avaient élaboré aucun système des obligations ⁽²²⁾. Est encore purement romaine la distinction des *iudicia stricti iuris* des *iudicia bonae fidei*. Mais, en ce qui concerne le principe de l'*aequitas*, introduit dans le droit romain par Servius Sulpicius, il n'est pas impossible qu'il soit dû à l'influence de l'*Ethique à Nicomaque* d'Aristote ⁽²³⁾.

Mais les Grecs ont-ils été les premiers à reconnaître qu'il convenait de distinguer entre l'acte volontaire et l'acte involontaire, de traiter différemment l'acte intentionnel et l'acte dû à la négligence et d'établir, dès lors, aussi bien pour le droit pénal que pour le droit des obligations, trois degrés, à savoir dol, négligence et cas fortuit? Ou est-ce qu'ils ont « reçu » ces connaissances des peuples d'Orient de civilisation plus ancienne, comme ils avaient reçu d'eux l'alphabet, l'art, la mesure, le poids et la monnaie métallique? Dans la recherche d'une réponse à cette question nous pouvons nous confier à la direction de Fritz Schulz qui a publié des études fondamentales sur ce sujet ⁽²⁴⁾. Fritz Schulz étudie l'ancien droit indien, la loi de Chammurabi et les droits juif, syrien et grusine. Il en ressort que le

(20) Dans l'an 161 av. J.-C. une décision du Sénat expulsa tous les orateurs et philosophes de l'Italie. En 92 av. J.-C. les écoles de rhétorique furent fermées par un édit des censeurs. Suetone, de rhét., c. 1; Gellius, XV, 11, 2.

(21) Stroux, *Summum ius summa iniuria*, 1926. Mon article *Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen Ende der republicanischen Zeit* dans *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano*, Rome, 1934, vol. I, p. 81 ss.

(22) Opinion contraire chez Kunkel, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung*, tome XLV, p. 266; Wieacker dans la même revue, tome LIV, p. 35 et ss. Cf. aussi Kunkel, *Römisches Privatrecht*, p. 179.

(23) Pringsheim croit aussi à l'influence d'Aristote, mais seulement en ce qui concerne l'*aequitas* de l'époque post-classique qu'il distingue de celle de l'époque classique. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, tome XLII, p. 644, et *Conferenze* de Milan, p. 199, ainsi qu'*Acta Congressus Juridici Internationalis*, 1934, tome I, p. 199 et ss.

(24) *Rechtsvergleichende Forschungen über die Zufallshaftung in Vertragsverhältnissen* dans *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, tome XXV, p. 459 et ss., tome XXVII, p. 145 et ss.

débiteur est partout responsable du cas fortuit y compris la force majeure, mais qu'on incline à restreindre sa responsabilité au simple cas fortuit. C'est donc le principe de la responsabilité pour le résultat, sans égard à la faute. Mais, si on constate que la notion de faute des droits primitifs a un contenu autre, voir plus rude, que la notion de faute du droit romain évolué et aménagé et des droits modernes, et que les droits primitifs ne distinguent pas entre droit pénal et droit privé, on trouvera cependant peut-être dans les vieux systèmes juridiques des amorces de nuancement. Dans plusieurs droits, en effet, le dépositaire, bien que responsable du cas fortuit, n'est pas responsable de la force majeure (Indes, Chammurabi ?, droit mosaïque) ⁽²⁵⁾, tandis que l'emprunteur répond de la perte et la destruction de la chose empruntée même dans le cas de force majeure (droit mosaïque Talmud). Ce sont là, comme l'a déjà remarqué Schulz, des traces du principe de l'utilité, qui détermine le degré de responsabilité d'après le profit que l'intéressé tire de l'affaire. Il se rencontre sous sa forme la plus pure dans le Talmud, où se trouve la doctrine des quatre gardiens. Cette doctrine distingue les quatre gardiens suivants : le gardien non rémunéré, l'emprunteur, le gardien salarié et le locataire. Le berger est qualifié de gardien salarié. Il répond du vol et du simple cas fortuit, mais non pas de la force majeure ⁽²⁶⁾. On rencontre la même disposition dans la loi de Moïse (Exode, 22, 9 à 12). Le déchirement de bêtes par des animaux sauvages est considéré comme un cas de force majeure. Mais le berger doit défendre sa bête et en exhiber les restes pour prouver qu'il a fait son devoir (Exode, 9, 13). Or, dans Genèse, 31, 39, Jacob dit à Laban :

« Ce que les bêtes sauvages mettaient en pièces, je ne te le rapportais pas, je devais le payer; tu l'exigeais de ma main que le vol ait eu lieu le jour ou la nuit. »

Schulz explique cette contradiction ⁽²⁷⁾ en admettant que Jacob n'a pas pu exhiber des restes des bêtes déchirées et que, dès lors, il a dû réparer tout le préjudice subi. Mais cette explication tire du passage précité quelque chose qui ne s'y trouve pas ⁽²⁸⁾. Il aurait été plus simple de dire que l'histoire de Jacob et Laban est antérieure à la législation de Moïse. Mais, en réalité, Jacob n'était point le berger de Laban. Il était son associé, participant à ses affaires avec obligation de rester, παραμονή ⁽²⁹⁾. C'est ce qui résulte de l'histoire de sa fuite. Présenter un contrat d'obligation sous la forme d'une société, c'est un procédé aussi fréquent dans le droit oriental antique que l'obligation du débiteur de rester.

En ce qui concerne le contrat de dépôt, on retrouve dans les droits antiques avec une générale et remarquable concordance, la règle que le dépositaire non rémunéré répond du vol, du larcin et de la détérioration au cas où seules les choses déposées ont été volées ou perdues, et qu'il est

(25) Nous n'entrons pas dans les détails.

(26) Fritz Schulz, dans *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, t. XXVII, p. 165.

(27) *Loc. cit.*, p. 156, note 29.

(28) « Legt ihr nicht aus, so legt ihr unter », Méphisto dans le *Faust* de Goethe.

(29) Cf. à ce propos, Koschaker, *Abhandlungen der sächsischen Akademie der Wissenschaften*, tome XLII, p. 9 et ss. Sur l'association cf. Eilers, *Gesellschaftsformen im altbabylonischen Recht*, 1931, p. 38 et ss. et Lautner dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung*, tome LIII, p. 557 et ss.

libère de toute responsabilité si ses propres choses ont été volées ou perdues en même temps que les choses déposées. Cette règle existait dans les anciens droits indien et allemand, ainsi que dans le droit grusine. La disposition correspondante du Code syro-romain est obscure. En revanche, le Codex Chammurabi prévoit dans son paragraphe 125 une réglementation différente présentant de grandes difficultés d'interprétation qui n'ont pas encore pu être résolues d'une manière satisfaisante. Voici le texte de cette disposition ⁽³⁰⁾ :

« Quand un citoyen a donné en dépôt une chose lui appartenant et quand là où il a donné (cette chose), la chose qui lui appartient se perd avec (en même temps que) une chose du propriétaire de la maison, soit par suite de vol avec effraction, soit par suite d'un vol avec escalade, alors le propriétaire de la maison remplace, s'il a été négligent, tout ce qu'il (l'autre) lui a donné en dépôt et ce qu'il (lui) a fait perdre, complètement (Vr) au propriétaire du bien; le propriétaire de la maison recherche tout ce qui a été perdu et (le) prend de celui qui l'a volé. »

Dans l'état où il nous est parvenu, ce paragraphe est complètement inintelligible. Si vraiment le dépositaire devait réparer tout le préjudice subi par l'autre, on ne comprend pas pourquoi cette obligation avait été assortie de la condition que ses propres choses eussent été perdues en même temps et avec les choses déposées. Alors cette réglementation aurait différé de celle de tous les autres droits de l'antiquité. Le membre de phrase « s'il a été négligent » est complètement en l'air. On l'a interprété en ce sens que le dépositaire pouvait administrer la preuve qu'il n'était pas fautif pour échapper à la responsabilité. Mais la rédaction du texte ne permet pas pareille interprétation, qu'on se fonde sur la traduction d'Eilers ⁽³¹⁾ ou sur celle de Koschaker ⁽³²⁾. La traduction de Koschaker porte ⁽³³⁾ : « alors le maître de la maison qui, par sa négligence a fait perdre ce qu'il lui avait donné en dépôt, restituera au maître l'entière valeur du bien ». Je ne saurais dire si c'est la traduction de Koschaker ou celle d'Eilers qui est plus près du texte original; car je ne sais pas la langue babylonienne. Mais ni l'une ni l'autre ne peut être interprétée en ce sens que le dépositaire n'était responsable qu'en cas de négligence. Koschaker, et d'autres avant lui, ont déjà remarqué que cette disposition du paragraphe 125 deviendrait immédiatement intelligible s'il était dit qu'au cas où ses propres choses auraient

(30) La traduction en allemand dont l'auteur fait état est établie par Eilers, *Die Gesetzesstele Chammurabis*, 1932. En voici le texte allemand : « Wenn ein Bürger einen ihm gehörigen Gegenstand zur Verwahrung hingegeben hat und dort, wohin er (ihn) gegeben hatte, sei es durch Einbruch, sei es durch Uebersteigen der ihm gehörige Gegenstand mit einem Gegenstand vom Hauseigentümer (gleichzeitig) abhanden kommt, so ersetzt der Hauseigentümer, welcher nachlässig gewesen, alles, was er (der andere) ihm zur Verwahrung gegeben und er (ihm) abhanden kommen liess, vollständig (Vr) dem Eigentümer des Gutes; der Hauseigentümer forscht all dem Abhandengekommenen nach und nimmt (es) von dem, der ihn bestohlen hat ». (Note du trad.).

(31) V. note précédente.

(32) *Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis, Königs von Babylon*, 1917, p. 26.

(33) Voici le texte de la traduction en allemand faite par Koschaker : « so wird der Herr des Hauses, der durch Nachlässigkeit das, was zur Aufbewahrung er ihm gegeben hat, verloren gehen liess, im vollen Betrage dem Herrn der Habe ersetzen ». (Note du traducteur.)

été volées en même temps que celles qui lui avaient été confiées, le dépositaire serait libre de toute responsabilité, mais que dans le cas contraire il devrait pleine réparation. Koschaker estime que ce paragraphe, dans une rédaction plus ancienne qu'il présume avoir existé, avait été libellé ainsi qu'il vient d'être dit; mais qu'il a été modifié par le législateur à cause de l'introduction, par lui, de la responsabilité abstraite. « Ce n'est qu'à l'aide de cette paraphrase de la disposition et en supposant que le législateur réagit contre une réglementation différente de l'ancien droit, qu'on peut dégager un sens intelligible de la loi », p. 32. Je ne pense pas que, même au moyen de cette hypothèse, on ne puisse dégager un sens intelligible de la loi. Je ne crois pas, non plus, que le Codex Chammurabi distingue entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle et que le législateur ait connu le concept de la responsabilité formelle pour faute, comme l'a supposé F. Schulz (*Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, tome XVII, p. 146) bien avant Koschaker (p. 27). Un anachronisme si prononcé est tout à fait invraisemblable. Mais toutes les difficultés disparaissent quand on admet que le tailleur de la pierre a sauté une ligne. Cette supposition est d'autant mieux fondée qu'une colonne se termine au milieu du paragraphe 125. La ligne sautée peut avoir eu le contenu suivant : « Alors le propriétaire de la maison remplace rien. Si aucune des choses qui lui appartiennent n'a été perdue, alors le propriétaire de la maison remplace s'il a été fautif, tout »⁽³⁴⁾. Je me prépare à être lapidé par les assyrologues pour délit de témérité.

Cependant, on ne saurait voir dans le paragraphe 125 de la loi de Chammurabi une disposition matérielle sur la responsabilité pour faute. Il contient plutôt une disposition d'ordre procédural sur la charge de la preuve. Le membre de phrase « s'il a été négligent » ne crée pas un devoir de diligence; il ne sert que comme fondement de la décision. Quand le dépositaire se refuse à restituer la chose déposée en arguant de sa perte, on ne le croit pas dans le cas où seule la chose déposée a été volée. Mais sa défense devient plus digne de foi dans le cas où ses propres choses ont été volées en même temps que la chose déposée. C'est en ce sens que Stobbe interprète la règle correspondante du droit allemand, et Koschaker le suit⁽³⁵⁾. Mais, si les deux savants voient dans cette réglementation le fondement d'une responsabilité pour *culpa in concreto*, c'est-à-dire de la *diligentia quam suis* du droit romain⁽³⁶⁾, je ne puis plus les suivre. D'ailleurs, Koschaker s'exprime avec beaucoup de prudence. Il écrit : « Sous la réserve cependant que la notion de faute ne soit pas comprise d'une manière abstraite, mais que, conformément à la force de pensée juridique peu développée d'un droit ancien, elle soit entendue sous sa forme-type. Ce qui veut dire que la faute (*Verschulden*) est toujours supposée dans le cas où le *depositum* seul a été volé. Car, s'il l'avait gardé avec la même diligence que ses propres choses, le *depositum* n'aurait pas été volé seul ». La faute (*Verschulden*) est toujours supposée, dit Koschaker. S'il entend le *Verschulden*

(34) Voici l'original allemand de la restitution par l'auteur de la ligne qu'il estime avoir été oubliée : « (sa ersetzt der Hauseigentümer) nichts. Ist aber kein ihm gehöriger Gegenstand abhanden gekommen, so ersetzt der Hauseigentümer (welcher nachlässig gewesen ist, alles) ». (Note du traducteur.)

(35) *Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts*, pp. 215 à 226; Stobbe-Lehmann, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, tome III, 2, p. 291 et ss.

(36) Koschaker, *loc. cit.*, p. 31, note 13; p. 60.

dans le sens *Schuld*, son opinion se rapproche sensiblement de la mienne. Seul le dernier membre de phrase en diffère. Car ce qui importait, à mon avis, c'était non pas la diligence du dépositaire, mais s'il était ou non digne de foi. La règle que, envers les choses d'autrui il faut être ni plus, ni moins diligent qu'avec ses propres choses est une règle qui n'est imaginable et possible que dans un système développé de la responsabilité pour faute, tel que nous le rencontrons dans le droit romain; dans un droit primitif qui se fonde encore sur la responsabilité pour le résultat, cette règle est un corps étranger.

De la manière approfondie qui lui est propre, Wieacker s'est récemment occupé de la *diligentia quam suis* ⁽³⁷⁾. Il estime qu'elle n'est pas une invention des compilateurs, comme on l'admet aujourd'hui généralement; mais il la considère toutefois comme postérieure à l'époque classique. Il n'a pas recours au Codex Chammurabi, mais il se fonde sur le droit germanique. Quand il dit (p. 14) qu'une négligence dolosive due à l'égoïsme était *présumée*, ou que du fait que la propre chose avait été épargnée, on concluait que l'incendie ne pouvait pas être qualifié de malheur, Wieacker abandonne le devoir de diligence et le transforme en une *praesumptio iuris*. Mais ce n'est pas autre chose qu'une simple règle concernant la charge de la preuve, et, si on y voit une *praesumptio iuris et de iure*, une règle de preuve irréfragable. Wieacker trouve des amorces d'une *diligentia quam suis* déjà dans le droit romain classique. C'est ce que j'ai, moi aussi, professé autrefois ⁽³⁸⁾, mais uniquement en ce qui concernait le *depositum* et la *fiducia cum amico contracta*, dont Wieacker ne parle pas.

Dans ses excellentes contributions à l'histoire des droits accessibles par les documents cunéiformes, (1931), San Nicolò dit (p. 183) qu'en général le débiteur devait répondre purement et simplement de l'existence de ses obligations, sans qu'il y eût à tenir compte de ses états de volonté ou de sa faute. Le simple fait de ne pas avoir fourni sa prestation était constitutif de son obligation de réparer le préjudice subi par le créancier. Mais dans le cas de quelques rapports d'obligation déterminée Chammurabi avait créé un devoir de diligence dont la violation, qualifiée de négligence (*mêgre-um*) faisait naître une responsabilité qui remplaçait la responsabilité générale primitive pour le résultat. Je me rends parfaitement compte de mon infériorité vis-à-vis de ce grand connaisseur de l'ancien droit babylonien. Mais il ne m'en vaudra pas de ce que j'aie des doutes quant au bien-fondé de la dernière phrase.

Comme résultat de cette esquisse, par laquelle nous voulons présenter notre hommage au grand Maître du droit comparé, et pour laquelle nous faisons appel à son indulgence, nous concluons : Les trois degrés de responsabilité : *dolus*, *culpa*, *casus*, ne sont pas une invention des juristes romains. Ils furent développés pour la première fois dans l'enseignement de la rhétorique grecque, Aristote les a précisés. Quant au dol, il a distingué entre les actes malicieux et les actes irréfléchis, émotionnels. Les Romains ont introduit ces distinctions dans leur droit des obligations. Ils ont renoncé à la division du dol, probablement parce qu'ils la considéraient

(37) *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung*, tome LIV, 1934, p. 67 et ss.

(38) *Rechtsidee und Staatsgedanke*, 1930, p. 76.

comme inutile pour la responsabilité contractuelle. En revanche, ils ont divisé la négligence en *culpa lata* et *culpa levis*. On ne saurait dire avec certitude s'ils ont reçu cette division tripartite des Grecs ou s'ils l'ont découverte indépendamment d'eux. Toutefois, la première hypothèse est plus vraisemblable. La *diligentia quam suis*, ainsi que la distinction entre *culpa lata* et *culpa levis* sont des produits de la science juridique romaine postérieurs à l'époque classique; mais on en trouve des germes déjà dans l'époque classique. Les droits primitifs orientaux ne connaissaient pas une responsabilité échelonnée pour faute, et ils ignoraient notamment la distinction entre le dol (l'intention) et la négligence, et cela aussi bien en ce qui concerne le droit pénal qu'en ce qui concerne le droit des obligations. Ils n'ont pas dépassé le principe de la responsabilité pour le résultat.

L'ORIGINE DE LA "LAESIO ENORMIS"

Par H. F. JOLOWICZ

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

Traduit par Léon GALLET

Professeur agrégé à la Faculté de Droit de l'Université de Grenoble

Tandis qu'en général, le droit romain, comme le droit anglais, laisse les parties à un contrat de vente faire leur propre marché et ne permet pas de demander la rescision à moins de pouvoir prouver la violence ou le dol, deux constitutions au Code de Justinien, présentées toutes deux sous l'autorité de Dioclétien, permettent au vendeur qui a aliéné son bien pour moins de moitié de sa juste valeur, de se retirer du marché à moins que l'acheteur n'accepte de compléter équitablement le prix ⁽¹⁾. Autour de cette règle, connue depuis le temps des Glossateurs comme celle de la *laesio enormis*, une vive controverse s'est élevée à travers les siècles. Les deux constitutions sont des rescrits, et le solliciteur était clairement dans les deux cas une personne qui avait vendu un bien-fonds, mais il n'y a pas de termes restreignant l'application du principe aux ventes de biens-fonds, et la pratique du droit romain à la fois médiéval et moderne a été de l'étendre à toutes les ventes. Cependant Cujas ⁽²⁾, ainsi que d'autres, ont combattu

(1) C. 4. 44. 2. *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Aurelio Lupo*. Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, et vel pretium te restituyente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit. *PP. v. k. Nov. Diocletiano A. II et Aristobulo cons.* [a. 285].

C. 4. 44. 8. *Idem AA. et CC. Aureliae Eudiae*. Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venundedit, dolus ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum, quod paulo minori pretio fundum venundatum significas, ad rescindendam emptionem invalidum est. Quod videlicet si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiant pretium, profecto perspiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati neque ullam rationem concedere rescindi propter hos consensu finitum contractum vel statim vel post pretii quantitatis disceptionem : nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emptori praestita servanda. *D. k. Dec. AA. cons.* [a. 293].

(2) *Observat. Lib. XVI. c. 18; Paratitla in Lib. IV C. J. Tit. 44; In Lib. IV. Priores*

vivement cette extension ⁽³⁾, et Zachariae von Lingenthal a apporté des témoignages pour démontrer que l'interprétation byzantine postérieure était restrictive ⁽⁴⁾. La question se pose encore de savoir si un acheteur qui a subi dommage en achetant à un prix trop élevé ne devrait pas avoir un secours analogue. Ici de même, en dépit de l'absence de toute expression en ce sens dans les constitutions elles-mêmes, la pratique a favorisé l'extension, bien que de nouveau Cujas et plusieurs autres fussent de l'opinion contraire ; et il y a eu nouvelle discussion concernant le montant de l'exagération qui permettra la rescision à la demande de l'acheteur. La Glose prenait une solution « arithmétique », c'est-à-dire qu' aussitôt que le prix dépassait de cinquante pour cent la vraie valeur, il y avait un cas de *laesio enormis*. Depuis Dumoulin, au contraire, la conception qui a prévalu a été une solution « géométrique », c'est-à-dire que, pour constituer une exagération d'après la règle, le prix doit dépasser de cent pour cent la vraie valeur. Il y a encore une foule d'autres controverses. Quel est, par exemple, l'effet d'une renonciation préventive à toute réclamation pouvant provenir de la lésion ? Quel est le lien entre la demande en rescision et la faculté pour l'acquéreur de compléter le prix ? Est-ce que le demandeur doit réclamer l'alternative, ou doit-il simplement demander la rescision, laissant le défendeur faire usage de cette faculté ? Le principe de la *laesio enormis* ne concerne-t-il que la vente ou bien doit-on l'étendre à tous les contrats de caractère onéreux ?

On ne peut examiner ici ces questions, mais il n'est pas le moins important de souligner leur existence, car elles montrent combien peu de directives il est possible de tirer des textes romains eux-mêmes pour l'interprétation d'une règle qui est clairement de la plus haute importance pratique ; et elles marquent les circonstances particulières dans lesquelles cette règle apparaît au *Corpus Juris*.

Et tant qu'on envisage le développement historique du droit romain lui-même, il est maintenant certain que les deux constitutions sont interpolées. Ce fut affirmé dès 1706 par Thomasius ⁽⁵⁾, prouvé par Gradenwitz en 1889 ⁽⁶⁾, et ne semble plus devoir être mis en doute, sauf par un auteur italien ⁽⁷⁾. Il n'y a cependant pas unanimité complète concernant l'étendue de l'interpolation. Thomasius estimait que seule la limite numérique de moitié avait été introduite par les compilateurs. Cette limite apparaît à la fin des deux constitutions et on peut aisément la retrancher. Avec cette suppression ⁽⁸⁾, C 8 cesse de permettre une rescision pour simple disproportion de prix. Quant à C 2, ce texte se prête moins facilement, et Thomasius peut simplement suggérer que Lupus, le solliciteur, devait avoir un ami en cour qui, d'une manière quelconque, obtint en sa faveur une décision de l'Empereur. De plus sages avis prévalurent par la suite ; et

C. J. Lib. IV 44. Mais dans *Comment. in Tit. XLIV et XLV, L. IV C. J.* il suit l'opinion contraire.

(3) Pour une vue d'ensemble des discussions v. Glück, *Pandecten* 17, 19-125.

(4) *Zeitschr. d. Sav.-Stift.*, 4, 49-60.

(5) *Diss. Acad. Tom. III. Diss. LXXIII. De æquitate cerebrina legis II Cod. de rescis. vend. et euis usu practico.*

(6) *Bull. Ist. Dir. Rom.* 2, 14.

(7) L. Landucci. *Atti del R. Ist. Veneto*, 75, (1918) 1189-1255.

(8) Et celle de paulo avant *minori pretio*.

Dioclétien prit des décisions en sens opposé ^(8a). Les compilateurs cependant réintroduisirent C 2 (qui n'est pas au Code Théodosien) et ajoutèrent leur règle numérique. Quelques auteurs modernes ⁽⁹⁾ abondent en ce sens au point d'attribuer la règle numérique seule à Justinien, et de considérer comme classique le principe de la rescision pour sérieuse disproportion entre le prix et la valeur. La grande masse de la doctrine contemporaine, au contraire, considère tout le principe comme incompatible avec le droit classique aussi bien qu'avec les décisions de Dioclétien lui-même ou des empereurs suivants ⁽¹⁰⁾, et pense en conséquence que l'interpolation au C 2 doit aller beaucoup plus loin.

Il demeure toutefois remarquable que, malgré la portée considérable de l'innovation et bien qu'elle introduisit une limite numérique, Justinien ne jugea pas nécessaire de l'opérer par une constitution spéciale, et que les interpolations en d'autres passages, imputables d'une façon directe et certaine à cette innovation, se présentent au nombre de trois seulement, toutes dans le Code, et toutes dans des constitutions dont le principe est destiné à exalter l'inviolabilité des conventions ⁽¹¹⁾.

La tâche principale de la critique moderne est ainsi de rechercher les raisons qui se trouvent à la base de la règle telle qu'elle apparaît au Code. Est-ce intentionnellement, et avec pleine conscience de sa décision que Justinien rompit pour la première fois avec la règle fondamentale que le prix dans un contrat de vente doit être fixé par l'accord entièrement libre des parties ou bien y avait-il eu déjà auparavant changement d'attitude ? Et quelles furent, dans chaque hypothèse, les causes qui conduisirent au changement et comment vint-on à fixer la limite arbitraire de moitié ?

Dans la littérature récente, on a présenté divers facteurs comme ayant contribué au résultat final : la réprobation chrétienne de la recherche du profit, la théorie aristotélicienne de la valeur, et les influences orientales à la fois générales et particulières. On a même suggéré qu'une règle propre du droit Juif dénommée *onaah* a fourni le modèle sur lequel le système romain a copié le principe de la *laesio enormis* ⁽¹²⁾.

(8a) i. e. C. I. 4-44-4 et 8 *eod.* dans son état primitif.

(9) Andrich, *Rev. Ital. p. l. science giur.*, 63, 3 ss.; S. Pineles, « *Gaius* » *Zeitschr. f. Rechtsgesch. u. Rechtsvergl.* Vienne 1907-1912. Edition française in *Questions de droit romain étudiées d'après la nouvelle méthode de droit comparé avec préface* de N. Herzen. Paris, 1911, 77 sqq. Cf. Baviera *Mél. Girard* I 107.

(10) C. 4-44-15 C. Th. 3-1-1; 4, 7.

(11) C. 4-44-12, 15; 4-46-2.

(12) P. Dickstein, dans la revue juive *Hamishpat Ha' ibri* 1 (1926). Je suis redevable à mon élève, M. M. S. Goldstein d'une traduction des parties utilisées dans cet article, ainsi qu'aux Rabbins Dr Herzog, Dr E. Rosenthal, M. Herbert Loewe, Dr D. Daube et M. J. Karmel de leur aide précieuse dans l'éclaircissement du droit juif. La comparaison entre *onaah* et *laesio enormis* n'est pas nouvelle. S. Meyer, *Rechte der Israeliten, Athener u. Römer*, 2, 221, les étudie ensemble. Kohler, *Zeitschr. f. vergl. Rechtsw.* 20 (1908) souligne la ressemblance en se servant de l'expression latine pour décrire l'institution juive, et R. v. Mayr *Röm. Rechtsgeschichte* IV (1913) 128 suggère avec prudence une origine orientale pour la *laesio enormis*, en notant le parallèle juif. I. Herzog, *Main Institutions of Jewish law I* (1936) 112-113, bien que critiquant les arguments de Dickstein, accepte sa conclusion d'ensemble, et E. Carusi, *Rapporti tra diritto romano e diritti graeco-orientali. Scritti in onore di A. Salandra* (1928) 177, et *Atti del Congr. internaz. di d. r.* Roma II (1935) 581, s'y réfère indirectement, à l'appui de ses vues d'ensemble.

Il convient de retenir d'abord cette dernière suggestion. La règle primitive de l'*onaah*, telle qu'elle est donnée dans la *Mischnah* ⁽¹³⁾ se formule ainsi : « Une exagération de quatre pièces d'argent sur vingt-quatre pièces fait un sela, et un sixième du prix d'achat est considéré comme fraude. Jusqu'à qu'elle date la victime de la fraude peut-elle se rétracter ? Pendant le temps nécessaire pour montrer son achat à un marchand ou à un parent ».

Il y a là une ressemblance évidente avec la *laesio enormis* en ce qu'on donne à une partie à un contrat de vente le droit de se retirer si le marché lui cause un dommage s'élevant à une fraction déterminée du juste prix. Mais les différences sont aussi frappantes que la ressemblance. Non seulement un sixième est très différent d'une moitié, mais la règle est clairement conçue pour la protection de l'acheteur, tandis que les rescrits romains, bien qu'on puisse peut-être les étendre à l'acheteur, visent clairement en premier lieu le vendeur. A la vérité, le paragraphe suivant à la *Mischnah* ⁽¹⁴⁾, dit bien que « la loi sur la fraude s'applique également à l'acheteur et au vendeur », mais c'est certainement une règle plus récente que la première ⁽¹⁵⁾. Il faut aussi remarquer qu'on ne fait pas mention, comme dans les rescrits, d'une option pour la personne qui a profité du marché de le valider en comblant la différence. Il n'est même pas fait allusion que la partie lésée ait un choix entre la rescision et une réclamation pour la différence, bien que des autorités postérieures examinent les deux questions et anticipent en vérité sur plusieurs des controverses que les termes concis du Code de Justinien allaient soulever parmi les civilistes. Bien plus, dans un autre paragraphe, certaines sortes de biens sont expressément exclus du bénéfice de l'*onaah*, ainsi « les esclaves, les billets de reconnaissance de dette, les propriétés immeubles, et ce qui appartient au Temple » ⁽¹⁶⁾; alors que la règle romaine vise certainement les biens-fonds, même si elle était conçue pour englober encore d'autres biens. Il est donc évident que la *Mischnah* elle-même n'a pu fournir le modèle pour la *laesio enormis*.

Mais le développement ne s'arrête pas avec la *Mischnah*. Dans le Talmud Babylonien ⁽¹⁷⁾ une distinction est tracée entre l'*onaah*, au sens étroit, avec excès ou insuffisance d'un sixième exactement, et le *bittul miqqah*,

sur l'influence orientale en droit romain. Voir encore sur la question E. Carusi. *Su tre papiri giuridici arabi. Studi Simoncelli* (1917) 273-329. — Pritsch. *Z der Sav-Stift. RA.* 47 (1927) 448-455 — H. Scheuer *Die l. e. im röm. u. im modernen Recht, Zeitsch. f. vergl. Rechtsw.* 47 (1932) 77-117, dénie toute possibilité d'une influence juive sur la règle romaine et pense qu'au contraire la règle juive est le résultat de *responsa* des XI^e et XII^e siècles. Mais, comme l'explique H. Grünwald, *Die Uebervorteilung im jüdischen Recht* (Berlin 1933) 74-75, ses arguments sont erronés. Quoique la *Mischnah* n'ait été compilée que vers la fin du II^e siècle de notre ère, elle contient des matériaux plus anciens, et il y a des passages dans le Talmud Palestinien sur lesquels les autorités juives médiévales ont pu baser leur idée de rescission dans le cas d'« exagération » de la moitié en matière de vente de bien-fonds.

(13) *Baba Metzia*, 4-3. Traduction par H. Danby. Oxford 1933.

(14) *B. M.* 4-4.

(15) Cf. Dickstein et Grünwald, *op. cit.* 5.

(16) *B. M.* 4-9. La raison invoquée par les autorités postérieures pour l'exclusion des biens-fonds (et aussi des esclaves qui sont semblablement traités) est que *Lev XXV 14*, cité comme la base de l'*onaah* dans le Pentateuque, parle de vendre et d'acheter « de la main de ton voisin » ce qui, pris à la lettre, ne peut être applicable à la propriété immobilière. Ce ne peut être le vrai fondement historique. V. Herzog, *op. cit.* 113.

(17) *B. M.* 50 b. Cf. *Kid.* 42 b.

où la différence est plus grande ; dans le premier cas, la vente subsiste, mais le sixième peut être repris, tandis que, dans le second cas, la rescision est de droit. Cette distinction devint ensuite une loi établie et en accord avec elle, Raschi, un commentateur de grande autorité du XI^e siècle, explique un passage postérieur d'après lequel le Rabbin Johanan (III^e siècle), et certains de ses disciples auraient considéré qu'à défaut de l'*onaah*, le *bittul miqqah* pouvait s'appliquer aux articles exclus par la *Mischnah* ⁽¹⁸⁾. Dans l'opinion de Raschi, lorsque des biens de ce genre sont vendus et que l'excès ou l'insuffisance se monte à un sixième exactement, il n'y a pas d'action en reprise, mais lorsque l'écart est plus grand, la rescision est permise. Dickstein n'admet pas cette interprétation. D'après lui, le Talmud Palestinien démontre que R. Johanan n'avait aucune connaissance d'une réclamation pour excès ou insuffisance d'un sixième, mais permettait la rescision toutes les fois que les règles venaient en application. Bien plus, le Talmud Palestinien prouve, dit-il, que R. Johanan tout en continuant à exclure de la règle commune du sixième les quatre catégories mentionnées par la *Mischnah*, acceptait de les y faire rentrer, en particulier les biens-fonds, si l'*onaah* était « excessif » ⁽¹⁹⁾. Suivant Dickstein, ni R. Johanan lui-même, ni ses disciples ne posèrent une quotité déterminée dans ce cas, mais nous trouvons, dans les deux Talmuds de Palestine et de Babylone, des passages qui suggèrent une limite de moitié ⁽²⁰⁾, bien que ce ne soit pas la seule quotité mentionnée. Dickstein conclut donc que la conception personnelle de R. Johanan d'un *onaah* excessif fut reprise par ses successeurs à la direction de l'Académie de Tibérias, au moins en tant qu'elle concernait la catégorie exclue la plus importante, celle des biens-fonds, et que certains des Armoraim Babyloniens s'emparèrent aussi de l'idée palestinienne, la précisant par la fixation de la limite de moitié. Ce faisant, ils suivaient en réalité R. Johanan qui, bien que ne posant pas de chiffres précis, visait cependant une quotité semblable. Nous obtenons ainsi une règle de l'*onaah* de moitié dans les ventes de biens-fonds ⁽²¹⁾ et on prétend alors que la règle romaine en découle. R. Johanan mourut suivant un calcul en 290, suivant un autre en 279. En 285 donc, date du C J 4-44-2, il dirigeait encore l'Académie de Tibérias ou avait pour successeur son disciple R. Ami, l'un de ceux mentionnés avec lui dans le passage cité du Talmud Babylonien ⁽²²⁾. « Nous voyons ainsi que l'empereur Romain prit la règle née dans l'Académie juive et, sans la remanier, lui donna force de loi dans toutes les parties de

(18) B. M. 57 a.

(19) Dickstein souligne la ressemblance entre *muflegeth* (excessif) et *enormis*, mais puisque, comme il le reconnaît, l'expression *laesio enormis* ne se rencontre pas dans les sources romaines, cette ressemblance est sans importance dans le rapprochement présent, bien qu'elle puisse faire penser que les civilistes médiévaux avaient quelque connaissance des discussions talmudiques. Il aurait pu citer avec plus de poids C 2-20-5, *si laesa es immodice*.

(20) *Pal Ket.* 11.4. Vente par une femme de Ketubah (douaire, nécessairement biens-fonds à cette époque) à un prix de 100 pour 200. Rachat au trésor sacré de propriétés au prix de 200 pour 100. *Bab-Ket.* 100 C. Vente par Cour, ordinairement exempte de l'*onaah*, nulle si l'excès ou l'insuffisance est de moitié B. M. 58. L'*onaah* s'applique aux rouleaux de la loi et quelques autres choses si elles sont vendues au double de la valeur réelle.

(21) La règle est exposée par le Rabbin Tam (fin du XI^e siècle).

(22) Note 18 *supra*.

son empire. Le court espace de temps écoulé entre l'élaboration de la règle dans l'Académie juive de Tibérias et sa réception par l'Empereur Romain peut servir à prouver l'étendue des échanges continuels en matière juridique qui se faisaient alors entre Rome et la Palestine, et l'école de droit romain qui existait à Césarée en Palestine, a dû être le chaînon intermédiaire de ces échanges et influences ».

Il y a dans cette théorie quelques moindres difficultés. La règle en question était au mieux une règle discutée, et, suivant Dickstein lui-même, elle ne fut jamais formulée de manière précise en Palestine. Il n'est donc pas probable que les personnes qui adressèrent une pétition à Dioclétien l'aient connue, même s'il y avait quelque motif de rattacher C 4-44-2 et 8 à la Palestine. Dioclétien n'aurait sûrement pas introduit de son propre mouvement une règle juive car il était opposé à la pénétration d'éléments étrangers dans le droit. L'existence d'une école de droit à Césarée n'est de même aucunement démontrée pour cette période. Et, surtout, en toute hypothèse, comme nous le savons maintenant, Dioclétien n'était certainement pas l'auteur des rescrits dans leur forme actuelle. Ce fait semble être resté ignoré de Dickstein, lorsqu'il écrivit son étude, et Carusi qui ne connut l'article que par une analyse de J. Weubauer ⁽²³⁾ (où ce point n'est pas mentionné) ne prêta pas attention à ce défaut de la théorie. C'est cependant un défaut qui vicie entièrement l'argument chronologique. Sans doute l'admission d'une date postérieure pour l'introduction de la *laesio enormis* supprimerait la difficulté, entrevue, semble-t-il, par Dickstein, provenant de la rapidité avec laquelle la nouvelle règle juive fut reçue dans le droit romain ; mais elle supprimerait aussi toute preuve positive de filiation et, sans base positive, nous ne pouvons admettre que les Romains aient pris leur règle à la Palestine.

On a souvent émis l'hypothèse que la morale chrétienne a joué le principal rôle dans l'introduction de la *laesio enormis*. Thomasius lui-même ⁽²⁴⁾ parlait en ce sens de « moralité de moines » ; et, de nos jours, Riccobono ⁽²⁵⁾, sans y impliquer la même critique, a été le principal propagateur de la théorie que le christianisme était responsable à la fois du *iustum pretium* et de la *laesio enormis*, citant Tertullien et Saint-Ambroise pour le principe que les Chrétiens doivent rejeter toute passion de lucre et toute activité pouvant nuire au patrimoine d'autrui. Dans ce domaine, il est pour une fois en accord avec Albertario ⁽²⁶⁾ dont l'apport à ce sujet est peut-être le plus remarquable qui ait été fait dans les temps récents. Le dessein d'Albertario est de montrer que les expressions *iustum pretium* et *iusta aestimatio* sont étrangères au droit classique, et, comme *iustum pretium* se rencontre dans les deux rescrits concernant la *laesio*

(23) *Orientalische Literaturzeitung* 30 (1927) 321-329.

(24) *Op. cit.* *Regnabat jam tum vera barbaries, hoc est ignorantia iusti et aequi, et ubique clerus hanc doctrinam ad se rapuerat, non proponens eam secundum regulas rectae rationis, sed secundum principia ethicae monachicae.* Kaulla, *Der Wertbegriff im. r. R. Zeitsch f. die gesamte Staatswissenschaft* 58 (1902) 385-431, trouve trace de l'influence chrétienne, bien qu'il attribue encore la réforme à Dioclétien.

(25) Plus récemment *Corso di d. r.* II (1933-34) 589; *Atti del congresso internazion.* 1933 Roma II (Pavia 1935) 69-71.

(26) *Iustum pretium e iusta aestimatio.* *Bull. Ist. Dir. Rom.* 31 (1921) 1-19. Cf. *Introduzione storica allo studio del d. r. giustiniano* 1 (1935) 89.

enormis, il traite nécessairement notre problème. En bref, son opinion est qu'il ne pouvait y avoir de règle exigeant l'équilibre du prix, car elle est en opposition avec le principe que l'acheteur et le vendeur peuvent *invicem se circumscribere* ⁽²⁷⁾. Chaque partie, selon le point de vue païen, n'avait à examiner que son propre intérêt, et aucun changement n'a pu s'opérer avant que, avec l'introduction du Christianisme, un nouvel esprit ne prévalût, tel qu'il se présente dans l'enseignement de Saint-Ambroise et dans la condamnation générale de l'esprit de lucre dans les affaires. Dans un article postérieur ⁽²⁸⁾, Albertario revient sur le sujet et donne comme exemple d'un semblable changement de règle, qu'il estime post-classique, le fait que les contributions aux profits et pertes dans la *societas* peuvent être laissées au jugement de l'une des parties, qui doit alors user de son pouvoir en *bonus vir*. Dans le droit classique, précise Albertario, cela aurait été aussi impossible que de soumettre la fixation du prix de vente à l'une des parties ⁽²⁹⁾, mais, à l'époque chrétienne, on peut exiger même d'une partie à un contrat, qu'elle soit équitable.

Il y a quelque exagération dans cette opposition tranchante entre les deux périodes. La maxime que l'acheteur et le vendeur sont libres « *invicem se circumscribere* » ne doit pas être forcée, même pour le droit classique. Prise littéralement, elle exclurait la responsabilité pour fautes et abolirait la règle de bonne foi dans les contrats ⁽³⁰⁾. Dans les deux passages où on la rencontre, elle ne signifie rien de plus que l'expression anglaise que les parties sont « à longueur de bras » et ne serait pas nécessairement en opposition avec une limitation objective du montant du prix. Il n'est pas non plus impossible de trouver des passages de philosophes païens qui s'opposent à l'exploitation des besoins d'autrui beaucoup plus que les Pères de l'Eglise. Le marchand qui arrive avec un chargement de grains, dans un port où il y a disette, sachant seul qu'un autre arrivage est en route, ne doit pas, suivant l'historien Antipater, se servir de ses informations pour exiger ce qui, dans les circonstances, est un prix exorbitant ⁽³¹⁾.

Mais même si Albertario, comme l'a dit un critique ⁽³²⁾, contraste trop vivement ses noirs et ses blancs, il n'en demeure pas moins vraisemblable que l'attitude morale introduite par le christianisme a eu quelques rapports avec le changement. Il a indiscutablement prouvé que *iustum pretium* est habituellement, sinon toujours ⁽³³⁾, interpolé et que la pratique de fixation des prix n'est pas suffisante pour fournir, comme il a été suggéré, une explication de ces interpolations ⁽³⁴⁾. Le fait que la casuistique stoïcienne a anticipé à beaucoup d'égards sur l'enseignement chrétien ne nous empêche pas d'admettre que c'est le nouvel esprit qui permet aux

(27) D. 19, 2-22. 3. Cf. D. 4. 4. 16. 4 (*circumvenire*).

(28) Studi Zanzucchi, Pubbl. Sacro Quore 14 (1927) 31-63.

(29) Contre Albertario en cette matière F. Schulz. Zeitschr. der Sav. Stift. RA 48 (1928) 691 sqq.

(30) Schulz, l. c. 694.

(31) Cic. de Off. III 50-51. A. Beck. Atti Congr. Internaz. di d. r. 1933 Roma II 106-107, montre que nombre de passages dans Saint-Ambroise cités par Albertario viennent directement de Cicéron.

(32) V. Arangio-Ruiz. Archivio giuridico 113 (1935) 71-81.

(33) Voir E. Levy. Zeitschr. der Sav. Stift. RA. 43 (1922) 534.

(34) Voir les développements suivants.

vieilles doctrines philosophiques de pénétrer dans l'administration du droit plus librement qu'elles ne l'avaient fait à la période classique. Il est évident que les auteurs chrétiens étaient eux-mêmes influencés par la morale stoïcienne ⁽³⁵⁾. On ne peut examiner ici les influences orientales dans le christianisme, mais il n'est pas douteux que les considérations morales jouent un plus grand rôle dans le droit post-classique que dans le droit romain classique et, dans cette direction, le droit post-classique montre des affinités avec le système juif. Le droit juif distingue parfois clairement entre les règles légales qui doivent être appliquées par le tribunal et celles qui sont obligatoires seulement en conscience. Un exemple se présente dans une matière étroitement liée à la nôtre. Si dans un contrat de vente de biens meubles, il y a eu paiement du prix, mais non pas délivrance des biens, l'autre partie a légalement le droit d'annulation, mais le tribunal prononcera des peines spirituelles contre elle, si elle fait usage de son droit ⁽³⁶⁾. De tels cas sont cependant exceptionnels. Dans leur grande majorité, les préceptes légaux font partie de la règle générale de vie, et s'adressent à la conscience individuelle aussi bien que ceux de la religion et de la morale ⁽³⁷⁾. Aussi le développement romain, en tant qu'il attire sous des sanctions légales une matière qui ne relevait auparavant que de la morale, accepte dans cette mesure les principes d'un système oriental.

Un an après l'article d'Albertario, Partsch, dans une note intra-paginale, apporta une contribution caractéristique à la discussion ⁽³⁸⁾. Il acceptait que *iustum pretium* était généralement interpolé et considérait comme post-classique la conception que toutes choses ont un juste prix. C'est cette idée qui permit aux juristes postérieurs de déclarer valides jusqu'au montant de leur valeur véritable et invalides seulement pour le surplus des transactions comme des ventes à vil prix, entre mari et femme, que le droit classique considérait nécessairement comme totalement nulles. Quant à l'idée elle-même, il pensait qu'il fallait la relier à la théorie aristotélicienne de la valeur, qu'ont dû connaître les professeurs de droit de Beyrouth et les commissions de Justinien. Partsch pensait ainsi que *iustum pretium* se référait à ce qu'il appelait la pratique « romaine postérieure » de fixer des prix ou des prix maxima, qui dans son esprit a été beaucoup plus développée qu'il n'apparaîtrait d'après les sources subsistantes. Mais, en premier lieu, la théorie de la valeur d'Aristote est un instrument dangereux pour cette utilisation. Si on va au fond de la discussion, il est aisé de voir la difficulté de trouver un juste prix autre que celui atteint par négociation entre les parties. L'ἰσότης dont il parle est une équation mathématique et non pas une « équité », car elle dépend de la détermination d'un rapport entre l'unité de production d'un type d'objets et d'un autre type: il faut déterminer combien de souliers sont l'équivalent d'une maison. Mais, comme maisons et souliers n'ont pas de commun rapport, cette relation ne peut s'établir que par l'intermédiaire de la monnaie, et Aristote s'aperçoit de suite clairement que la demande seule peut fixer le rapport de chaque objet au

(35) Beck. l. c. *supra* n. 31. C. Baviera *ibid.* p. 128. Cf. aussi les arguments de Baviera contre Riccobono *Mél. Girard* I, 106-107.

(36) *Mischnah, Baba Metzia*, 4-2.

(37) Cf. Herzog. *Main Institutions of Jewish law* 381, sqq.

(38) *Zeitschr. der Sav. Stift. RA* 42 (1921) 265.

commun étalon : δεῖ ἄρα ἐνὶ τινὶ πάντα μετρίσθαι... τοῦτο δ' ἐστὶ τῇ μὲν ἀληθείᾳ ἢ χρεῖα, ἢ πάντα συνέχει (39).

On pourrait même invoquer son autorité pour la maxime que vendeur et acheteur ont le droit « *invicem se circumscribere* », car en rangeant la vente parmi les transactions dans lesquelles ἀδείαν δέδωκεν ὁ νόμος, il dit tout à fait la même chose (40). A la vérité une lecture plus superficielle d'Aristote peut conduire à penser qu'il a découvert une formule permettant réellement de fixer un juste prix, et que les Byzantins ont pu être influencés par la théorie, comme les penseurs médiévaux l'étaient certainement. Mais il ne semble pas y avoir là une évidence comparable à celle du moyen âge, et tout ce que Partsch cite actuellement est la reproduction des théories d'Aristote par ses commentateurs Byzantins, qui n'ajoutent rien de la plus petite valeur au texte.

La question de la réglementation des prix par l'autorité publique offre plus de difficultés. Ce n'était certainement pas un événement nouveau au Bas-Empire. Platon, dans les Lois (41), demande que les *nomophylakes*, après consultation d'experts, fixent les prix pour tous les commerces de détail autorisés, et Aristote, bien qu'il y ait difficulté de concilier cette opinion avec sa théorie de la χρεῖα, pensait que toutes choses pouvaient être évaluées, entendant par là probablement, comme dit Partsch, que l'évaluation devrait être officielle. Ce n'était pas là un idéal impraticable, mais simplement un des cas où les philosophes érigeaient en principe le contrôle que l'Etat-cité exerçait déjà à un certain degré dans la pratique. A Athènes, bien que la police des marchés fût confiée aux *agoranomoi*, nous ne connaissons pas de réglementation de prix de leur part; mais le contrôle du blé était aux mains d'officiers spéciaux, les *sitophylakes*, et Lysias (42) nous rapporte une règle appliquée par eux, selon laquelle les revendeurs ne pouvaient ajouter au prix d'achat qu'une obole par médimne de blé et non davantage. Aristote dit aussi, dans la Constitution d'Athènes (43), que c'était leur devoir de veiller, d'abord que le blé sur pied fût disponible à un prix équitable, puis que les meuniers vendissent la farine en accord avec le prix du blé, et les boulangers le pain en accord avec celui de la farine. A Rome, aussi, le commerce du blé fut dès les premiers temps soumis à la réglementation par l'Etat, et, tout-à-fait en dehors des distributions publiques, Tibère (44) et Néron (45) tous deux fixèrent des prix modiques auxquels les marchands devaient vendre le blé. Dans les provinces, suivant Ulpien, des mandements spéciaux prescrivaient aux gouverneurs de prévenir toutes tentatives contre les fournitures de blé et d'agir à l'égard des personnes aisées qui refuseraient de vendre leurs récoltes *aequis pretiis*, dans l'attente d'une future disette (46). Des magistrats locaux exerçaient

(39) *Eth. Nic.* 1133 a 11.

(40) *Eth. Nic.* 1132 b 13.

(41) 920 b-c.

(42) XXII (Σατὰ τῶν Εἰσιτολόγων) 8.

(43) 51-3. Lipsius. *Attisches Recht* 96 dit que dans aucun de ces cas il n'y a fixation du prix du blé. C'est vrai, en un sens, mais il y a certainement obstacle au libre jeu de la demande dans l'intérêt des consommateurs.

(44) *Tac. Ann.* II. 87.

(45) *Tac. Ann.* XV 39.

(46) D. 47. 11-6 pr. Solazzi *op. cit.* 80 cite aussi D. 1. 12. 1. 11. *Cura carnis omnis*

aussi certainement leurs pouvoirs de police sur les vendeurs de marché pour restreindre leur profit, comme il apparaît dans l'histoire d'Apuleius (47) d'un édile qui avait détruit tout le stock d'un marchand de poissons parce que celui-ci avait demandé un prix exagéré. En Palestine nous avons ainsi un témoignage important de fixation des prix. Parfois elle était faite par accord entre les habitants d'un village, si bien que certains lieux figuraient comme bon marché et d'autres comme chers ; d'autres fois, des accords intervenaient entre les vendeurs en gros, et le prix fixé à Tibérias, par exemple, était considéré comme valable pour tout le pays environnant (48). Il y avait encore des magistrats, portant un nom qui est simplement une corruption du Grec *agoranomos*, dont les fonctions étaient semblables à celles de leurs prototypes grecs, bien qu'ils semblent avoir occupé une situation moins importante ; et le roi Agrippa I^{er}, par exemple, passe pour avoir rempli ces fonctions à Tibérias dans sa jeunesse (49). Dans le Talmud Babylonien (50), on se demande si leur charge implique le contrôle des prix aussi bien que celui des mesures, mais la conclusion semble avoir été la reconnaissance de leur compétence dans les deux hypothèses, et, en tout cas, la discussion elle-même suffit à montrer qu'en fait ils usaient parfois de leurs pouvoirs de la manière la plus large. Le règlement des deux questions doit certainement avoir été commun, car plusieurs dispositions de la *Mischnah* seraient inintelligibles sans cela, celle, par exemple, qui défend de faire des accords concernant les produits avant que le prix du marché soit connu (51). De telles pratiques ne peuvent être restées ignorées des autorités romaines et il n'est pas vraisemblable qu'elles y aient vu quelque chose de surprenant. Si le Bas-Empire depuis le fameux édit des prix de Dioclétien fit du pouvoir impérial de fixer les prix sur de vastes échelles un usage plus grand qu'auparavant, cela ne constitue pas une innovation de principe. En dépit des remarques théoriques d'Aristote sur l'importance de la demande, ce fut et resta l'opinion générale que c'était le devoir du gouvernement de protéger le consommateur, et les circonstances économiques difficiles de la dernière période conduisirent simplement à un besoin croissant de cette protection, le gouvernement impérial étant lui-même une partie intéressée comme le plus grand consommateur. Le rapport entre le contrôle public des prix et la *laesio enormis* a été en vérité allégué déjà auparavant. Landucci employait un argument semblable pour étayer sa théorie que Dioclétien était réellement l'auteur de la règle, et citait son édit des prix comme une manifestation de la même politique, une mesure concernant les terres et l'autre les biens meubles. Mais la réponse de Solazzi (52) fait entièrement justice de cette théorie. L'édit avait pour but de protéger les acheteurs de marchandises et menace de peines sévères les vendeurs qui dépassent le maximum permis ; tandis que les rescrits con-

ut iusto pretio praebeatur ad curam praefecturae pertinet, et ideo et forum suarium sub ipsius cura est. Mais Albertario *Bull. Ist. Dir. Rom.* 31. 8, donne de bonnes raisons pour croire ce texte interpolé.

(47) *Met.* I 24-25. Solazzi, *op. cit.* 81.

(48) S. Krauss. *Talmudische Archäologie* II (1911) 369.

(49) S. Krauss, *op. cit.* 373.

(50) *Baba Bathra* 89 a.

(51) *Baba Metzia* 5-7.

(52) *Op. cit.* 79.

cernant la *laesio* protègent le vendeur et laissent une marge très large à la discrétion des parties. L'édit était, en fait, simplement un exemple particulièrement frappant de ce qui avait souvent été fait auparavant. Sans doute il est, en un sens, remarquable que les jurisconsultes classiques ne se réfèrent jamais à quelque chose d'analogue et qu'on imaginerait d'après leurs œuvres qu'ils n'ont jamais entendu parler de conflit entre un édile et un marchand de denrées majorant ses prix sans juste motif. Mais c'est là la méthode classique ⁽⁵³⁾. Les questions de droit public sont en principe exclues de la discussion des rapports entre personnes privées et c'est le contrat privé type où les parties sont libérées des règles publiques qui attire leur attention. Les sources du Bas-Empire, très différentes dans la forme des écrits juridiques, n'offrent pas le même tableau, et, à cet égard, comme à d'autres, montrent moins le changement d'effets pratiques de la loi que la disparition de la technique extrêmement individualiste des jurisconsultes classiques, cette technique étant remplacée par des méthodes qui sont celles ordinairement employées, non seulement par des étrangers, mais par toutes les personnes qui n'ont pas été formées dans la tradition de technicité juridique. C'est ce changement, aussi bien que l'influence des idées spécifiquement orientales qui interviennent pour beaucoup dans les développements post-classiques. Nous avons l'habitude de voir décrire le droit romain comme le seul système scientifique des anciens temps, mais on n'apprécie pas toujours pleinement les conséquences de cette notion. Il demeure que les juristes romains étaient capables d'arriver à des principes et des distinctions qui représentent des stades d'abstraction et de classification supérieurs à l'effort même des Grecs dans ce domaine. Parmi les principaux de ces points est la classification de la vente comme un contrat distinct de l'aliénation et parfait par le seul consentement ⁽⁵⁴⁾ ; et le retour au troc dans l'Occident lorsque la lumière de l'enseignement romain déclina ⁽⁵⁵⁾ montre combien il serait facile, une fois l'esprit technique détruit, de céder à la pression d'idées semblables venant de l'Est. Qu'il y eut une telle pression ne laisse pas de doute. L'attitude générale à l'égard de la vente, comme en vérité du contrat en général, est différente dans l'Est. Bien qu'on ne puisse pas dire que l'accord n'ait pas de forme obligatoire, ce n'est certainement pas un principe fondamental qu'on doive accomplir son contrat exactement comme il a été convenu ou payer des dommages-intérêts à défaut. Taubenschlag ⁽⁵⁶⁾, Felgenräger ⁽⁵⁷⁾ et Carusi ⁽⁵⁸⁾ ont tiré des rescrits romains des preuves qui montrent que des provinciaux ont souvent allégué des motifs, sans doute avec quelque fondement suivant leurs propres conceptions juridiques, d'après lesquels ils réclamaient la permission de répudier ce qui était, suivant les idées romaines, un contrat parfait. Mais il est aussi aisé de montrer que dans le droit juif, le plus connu des systèmes contemporains de l'Orient, les conceptions

(53) Cf. F. Schulz, *Prinzipien des röm. Rechts* (1934) spécialement 19 sqq. Traduction anglaise (Oxford 1936).

(54) Cf. M. San Nicolo, *Beiträge zur Rechtsgeschichte der Keilschriftlichen Rechtsquellen* (1931) 195.

(55) Cf. E. Levy, *Zeitschr. der Sav.-Stift. RA* 49 (1929) 245 n. 6.

(56) *Röm. Recht zur Zeit Diokletians*, 260-261.

(57) *Antikes Lösungsrecht* (1933) 27-34.

(58) *S. Bonfante*. IV 544 sqq.

générales sont semblables. En premier lieu, la vente étant encore essentiellement un type d'aliénation, le simple accord n'est pas en lui-même une transaction complète. Au regard des meubles, il y a une curieuse inversion de la règle habituelle. Le paiement du prix ne transfère pas la propriété dans le patrimoine de l'acheteur, mais le transfert des biens permet au vendeur d'acquiescer le prix ⁽⁵⁹⁾. Le résultat est cependant, comme avec le type plus connu du troc, que le simple accord n'est pas exécutoire et, comme nous l'avons dit expressément, que, jusqu'à ce que la mise en possession ait eu lieu, chaque partie peut, sous censure spirituelle seulement, se retirer du marché ⁽⁶⁰⁾. Même lorsqu'il y a eu exécution partielle, la règle n'est pas simplement que les obligations subsistant de chaque côté peuvent être exécutées ou des dommages-intérêts réclamés à défaut. Suivant un point de vue au moins ⁽⁶¹⁾, si un homme a vendu un champ à son voisin pour 1000 et reçu 200, et se retire du marché, l'acheteur peut choisir ou de reprendre ses 200 ou de réclamer de la terre à la valeur de ce qu'il a donné ; et semblablement si l'acheteur se retire, le vendeur peut soit rendre les 200, soit donner de la terre à cette valeur. Il y a ainsi un choix entre rescinder complètement et retenir une exécution qui est essentiellement différente de celle visée dans l'accord original. D'une manière un peu semblable, si le prix des marchandises a changé, c'est un droit pour l'une ou l'autre des parties de se retirer à moins d'y substituer ce qui, suivant les idées romaines, serait un nouveau contrat. « Si un homme a vendu du vin ou de l'huile à son compagnon, et que leur valeur s'élève ou s'abaisse, si le fait se produit avant que la mesure soit remplie, il appartient au vendeur de refuser le marché sauf au plus haut prix ; mais, après la mesure remplie, il appartient à l'acheteur de refuser sauf au plus bas prix » ⁽⁶²⁾. Le simple accord est ici clairement subordonné à la considération plus importante de mettre le rapport entre les parties en accord objectif avec les préceptes de justice, et nous avons une conception reliée à celle qu'il faut voir dans l'*onaah* lui-même.

Bien qu'il n'y ait pas de preuve suffisante que la règle juive particulière de l'*onaah* ait eu une influence directe sur le développement romain, le droit juif nous confirme ainsi la preuve obtenue par d'autres sources que la pression d'une conception populaire de la vente contre le système romain extrêmement technique a dû être très grande. Mais on peut préciser davantage. Le principe romain qui détache le dol et la violence comme éléments viciant un contrat est lui-même un stade d'abstraction dont des systèmes moins techniques ne peuvent être capables, et, à la vérité, dans ce cas particulier, le résultat de la technicité n'est pas très satisfaisant, car on ne prévoit pas les influences extraordinaires ou d'autres conceptions semblables encore plus vagues, que le droit moderne a dû prendre en considération. Mais telle était la règle romaine et Dioclétien insiste sur son

(59) *Mischnah. B. M. 4-1.* « La propriété mobilière acquiert la monnaie, mais la monnaie n'acquiert pas la propriété mobilière. » La règle primitive était cependant probablement comme pour les immeubles que le paiement comptait comme source d'acquisition. Herzog, *op. cit.*, 165 sqq.

(60) *Mischnah B. M. 4-2.*

(61) *Bab Talmud. B. M. 77 b.* Cf. Herzog, *op. cit.* 148.

(62) *Mischnah. Baba Bathra 5-8.* Comparez C. 4. 49. 12.

maintien. En deux occasions au moins ⁽⁶³⁾, il dit expressément qu'un bas prix n'est pas par lui-même suffisant pour démontrer la fraude de la part de l'acheteur et qu'on ne peut pas demander la rescission pour ce motif. Dans ces rescrits, on rencontre clairement une conception semblable à la conception médiévale du *dolus re ipsa* ⁽⁶⁴⁾, qui est rejeté, et cette conception est elle-même pareille à celle qui forme la base de l'*onaah*. Sans doute, la règle, telle qu'elle est exprimée dans la *Mischnah*, peut être et est appliquée à des parties parfaitement innocentes, qui ont involontairement acheté trop bas ou vendu trop haut, mais parler ainsi, n'est pas exprimer la portée complète de cette matière. La traduction par Danby de *onaah* comme frauduleux va un peu trop loin, mais il est incontestable qu'il y a un fort accent de désapprobation morale dans ce mot. Le texte du Pentateuque ⁽⁶⁵⁾, sur lequel la règle est censée reposer se sert du verbe correspondant qui est traduit par « *wrong* » dans la version autorisée. Et l'*onaah* n'est pas limité aux seules transactions d'affaires. On le trouve également dans des relations d'ordre purement moral et il peut consister simplement dans l'assurance d'un air de vertu supérieure ⁽⁶⁶⁾. Dans l'ordre commercial donc on ne peut le considérer simplement comme une règle objective, mais comme basé sur la conception morale de l'oppression, de l'abus d'une forme de supériorité. Il peut impliquer la fraude, mais inclut aussi le genre de conduite que les systèmes modernes veulent supprimer par les dispositions concernant les influences irrégulières ou l'exploitation de l'ignorance ou des besoins d'autrui. Le droit romain du temps de Dioclétien ne voulait rien avoir de commun avec une conception si vague, mais le déclin de l'esprit juridique dans les temps postérieurs rendit le droit plus exposé à subir des pressions de cette sorte. Solazzi a cité nombre de textes qui aboutissent à montrer que le principe d'équilibre au profit des deux parties dans une affaire, qui se trouve à la base de la *laesio enormis*, a fait son chemin dans la conscience juridique avant Justinien. Un de ces textes provient de la *Consultatio*. Le jurisconsulte ⁽⁶⁷⁾ rapporte correctement un rescrit de Dioclétien dans lequel l'empereur dit qu'un partage de biens entre mari et femme peut être refait, même si les parties ont l'âge voulu, s'il est *improbum atque inaequaliter factum* (la version au *C. J.* 3-38 omet *improbum*). Dans son propre exposé, cependant ⁽⁶⁸⁾, le jurisconsulte dit simplement qu'une division ne peut tenir si elle est faite par le mari sans connaissance par la femme, *praesertim si doceatur inutilis esse et sine aequalitate vel compensatione*, ou même lorsque la femme a donné des ordres, si elle est *fraudulenta... vel ininus aequalis*. Cette phrase n'est pas justifiée par les termes du rescrit, mais l'auteur ne semble pas avoir conscience d'une discordance. Les catégories de fraude subjective ou d'inégalité objective ne sont pas davantage clairement séparées dans son esprit.

Un semblable défaut de précision, non dans leurs références, mais dans

(63) C. 4. 44. 4, 10.

(64) Voir e. g. E. Meynial. *Des conditions requises au Moyen-Age pour l'application de la rescision de la vente pour lésion d'outre-moitié*. Mél. Girard II (1912) p. 206.

(65) Lev. XXV, 14.

(66) Ou en reprochant à un homme ses fautes antérieures ou la récente conversion de ses ancêtres. *Mischnah B. M.* 4-10.

(67) II. 6.

(68) II. 2-3.

leurs propres conceptions peut se rencontrer dans la conduite des commissaires de Justinien. Ils opéraient en fait un changement important sans l'autorité d'une constitution impériale et ils l'opérèrent d'une telle manière qu'ils laissaient son but extrêmement incertain. Mais peut-être n'apprécièrent-ils pas combien ils s'écartaient du droit classique, parce que la pratique post-classique avait entièrement confondu les résultats. Sans doute ils étaient pleinement conscients que la limite numérique était une innovation. Elle apparaît si clairement comme une pensée ajoutée à la fin des deux rescrits qu'on est tenté de soupçonner une interpolation pré-Justinienne dans C 2, où le principe général de rescision pour cause d'inégalité du prix était admis, si bien qu'il ne restait aux compilateurs qu'à fixer la limite numérique ⁽⁶⁹⁾. Il n'y a pas toutefois de preuve en ce sens, et il n'est pas nécessaire de faire cette supposition, car la manière très discrète dont la règle générale est introduite est elle-même une indication qu'on n'avait pas conscience d'une altération fondamentale. La limitation numérique est soulignée, et il y a aussi dans C 8 une référence évidente à la disposition de C 2, que l'acheteur doit avoir la faculté de parfaire la vente s'il accepte de compléter le prix : *electione iam emptori praestita servanda*. Ceci amène à penser que ces deux points seuls étaient considérés par les compilateurs comme des points qu'ils avaient établis eux-mêmes. La rubrique du titre 4-44 : *De rescindenda venditione*, comparée à celle du titre suivant : *Quando liceat ab emptione discedere*, montre que, dans la pensée des compilateurs, il y avait un certain nombre de cas différents dans lesquels soit le vendeur, soit l'acheteur pouvait exercer une sorte de *ius paenitentiae* ; il semble également clair qu'ils ne décidèrent pas d'accroître le nombre de ces cas. S'ils avaient eu l'intention de le faire, ils auraient refondu la matière plus parfaitement. En fait, au titre 44, sur dix-huit constitutions, neuf, même dans leur état actuel, refusent définitivement la rescision et les trois dernières se rapportent difficilement aux ventes privées ordinaires. Le titre 47 n'a que deux constitutions, concernant toutes deux la rescission par consentement mutuel, et au Digeste, où les deux en-têtes sont combinés pour former la rubrique de 18-5, les fragments eux-mêmes concernent le même sujet. On ne peut s'empêcher de penser que si les compilateurs du Code avaient été pleinement conscients qu'ils faisaient une innovation, les altérations auraient été plus radicales.

Une raison semblable peut expliquer qu'ils aient manqué de préciser si la règle devait s'appliquer en général ou seulement aux biens-fonds. Les matériaux à utiliser se composaient pour la plupart de rescrits concernant des terres, car les biens meubles auraient rarement été d'importance suffisante pour légitimer un recours à l'Empereur et les compilateurs, n'ayant pas conscience d'un changement profond, ne firent pas grand effort pour les modifier. Mais eux-mêmes, semble-t-il, durent considérer le principe comme général. Non seulement ils employèrent dans C 2 le mot *res*, qui, comme il a été souvent souligné, ne peut avoir existé dans le rescrit origi-

(69) Scheuer, *op. cit.* 98, suggère que dans la première édition du Code seule la première phrase de C 2 était interpolée, la seconde, contenant la limite numérique ayant été ajoutée dans la *repetita praelectio*. Ce n'est pas impossible, à condition de supposer que *paulo* au C 8 était également inséré dans la première édition. Autrement C 2 et C 8 ne se seraient pas accordés.

nal, qui s'occupe clairement du *fundus*, mais dans l'interpolation au C 15 (qui est définitivement prouvée par comparaison avec C. Th. 3-1-4), la même expression générale est employée, bien que la partie authentique parle de *praedia*.

La fixation d'un montant numérique pour la *laesio*, sans l'autorité d'une décision impériale, ne doit pas réellement nous surprendre. Sans doute, il y a, comme le dit H. Krüger ⁽⁷⁰⁾, des questions qui ne peuvent être tranchées que par un règlement positif et non par un raisonnement juridique, et celles relatives aux chiffres figurent parmi elles. Mais cette considération n'était pas invariablement suivie par les compilateurs. La mention d'une période de cinq ans pour demander une *bonorum separatio* est presque certainement interpolée ⁽⁷¹⁾, tandis qu'il n'y a pas de constitution l'autorisant; et la limite semblable pour la *querela inofficiosi testamenti* ⁽⁷²⁾ est aussi, à notre connaissance, sans support. Et il n'y a pas de constitution pour justifier l'interpolation bien connue qui distingue entre les effets d'un incendie suivant qu'il consume une moitié de maison ou davantage ⁽⁷³⁾. Ce passage fournit vraiment le rapprochement le plus étroit avec l'interpolation au C 4-44-2 et 8. La moitié est la fraction que se présente le plus aisément à l'esprit recherchant l'équité, et il n'y a réellement pas besoin de supposer que les compilateurs pensèrent faire plus que poser une règle en accord manifeste avec l'équité ⁽⁷⁴⁾. Pour cela, ils n'avaient besoin ni d'une décision impériale ni d'un précédent défini.

Il semble donc que les auteurs voient juste qui invoquent pour la *laesio enormis* une origine orientale et relèvent dans son admission un des cas où le droit officiel succomba à une pression populaire. Mais dans ce cas, la pression était réellement populaire et non pas seulement orientale, car elle fut le résultat d'une opposition entre les conceptions courantes de la vente et la conception hautement efficace, mais difficile, développée par la technique juridique romaine. La victoire populaire était, en toute probabilité, solidement acquise avant le temps de Justinien: tout ce que firent les compilateurs fut de l'enregistrer et de définir, quelque peu imparfaitement, ses limites.

Note. — Les importantes suggestions de M. Mathieu Nicolau figurant dans le compte rendu de sa lecture faite à la Société d'Histoire du droit (*Revue Historique*, 15-1936, 207-208) ne sont venues malheureusement à ma connaissance qu'après achèvement de mon manuscrit. En tout cas il ne serait pas convenable de les discuter avant publication complète de la communication.

(70) *Herstellung der Digesten* (1922) 22-23.

(71) D. 42-6-1.13. V. *Index interpol.*

(72) D. 5-2. 8-17; 9. Suivant Plin *Ep.* 5.1-10 la période était de deux ans. C. 3-28.2 cité par Krüger *l. c.* traite du point de départ, mais non de la longueur du délai.

(73) D. 18. 1. 57. pr. cf. Solazzi, *op. cit.* 82 n. 5.

(74) Cf. E. Levy, *Zeitschr. der Sav-Stift. R. A.* 48 (1928), 681; 49 (1929), 247.

**INFLUENCE DE L'ECONOMIE SOCIALE
SUR L'EVOLUTION DU DROIT DANS L'HISTOIRE
COMPARATIVE DU DROIT ET DE L'ETHNOLOGIE
JURIDIQUE**

Par le Professeur Elemér BALOGH,
de l'Université de Johannesburg.

Traduit par H. ABRAHAM,
Licencié en Droit.

Beaucoup d'ouvrages déjà ont eu pour objet un examen des rapports mutuels qui existent entre le droit et l'économie. Dans la plupart des cas cependant, on s'en est tenu à des réflexions d'ordre général relevant de la philosophie du droit et de la sociologie ⁽¹⁾.

Il serait pourtant de la plus haute importance pour la doctrine, pour la législation et pour la jurisprudence d'examiner comment, au cours des siècles, les diverses institutions juridiques se sont, par la suite du changement des conditions économiques, transformées et adaptées aux tendances dominant la vie économique. Il faudrait, en premier lieu, considérer de ce point de vue les droits nationaux et puis en tirer les conclusions d'ordre général à la lumière du droit et de l'économie comparés. Nous aboutirions à ce résultat que la diversité des droits, dans les conditions économiques primitives, est infiniment minime elle aussi, tandis qu'une différenciation de plus en plus forte est concomitante aux progrès de la civilisation, mais que par les nécessités du commerce international la civilisation moderne tend ⁽²⁾ de nouveau à mettre fin aux diversités du droit basées, on le sait, en grande partie sur le hasard, si bien que nous pouvons nous attendre à une évolution conduisant, de degré en degré et peu à peu, à une unification toujours

(1) Cela est d'autant plus regrettable que la science, ici comme ailleurs, ne peut progresser au début que par des monographies solides. Une exception louable sont les mélanges offerts à M. Ernst HEYMANN, publiés comme t. 62 des « *Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht* » par MM. F. KLAUSING, H.-C. NIPPERDEY et A. NUSSBAUM en 1931 sous le titre « *Beiträge zum Wirtschaftsrecht* ».

(2) Comparer la grande quantité de traités, conventions et accords internationaux, p. ex. et surtout aussi en matière de droit d'auteur et propriété industrielle, d'effets de commerce et de chèque.

plus grande du droit. Après l'unification déjà accomplie des droits nationaux, le processus naturel, partant de l'unification des droits nationaux appartenant à la même famille ⁽³⁾ s'achemine, en passant par l'unification de droits voisins ⁽⁴⁾, vers l'unification, en un droit mondial uniforme, de tous les droits.

L'adaptation du droit à l'économie n'est nullement un phénomène moderne, propre à notre époque. Elle existait de tous temps : nous la trouvons déjà dans les droits qui appartiennent à l'histoire. Quiconque s'intéresse à la formation des droits grec, romain, de même que juif et babylonien, se rendra compte de ce phénomène. La rapidité et la particularité seules de l'évolution économique de nos jours et les conséquences qui en résultent sont les faits nouveaux. La nécessité, en effet, d'une adaptation continuelle, s'impose à nous dans une mesure plus considérable en nous causant des difficultés tout à fait particulières.

Le Talmud, par rapport à la loi biblique, se sert de la même méthode ⁽⁵⁾ que celle que nous pouvons constater chez les Romains, en ce qui concerne l'évolution du droit privé postérieurement à la législation des Douze Tables.

Aucune lettre de la loi biblique ne devait être changée par le Talmud, et pourtant il fallait que la lettre surannée s'inspirât de l'esprit nouveau. Mais comment rendre applicable dans leur essence les lois surannées à des rapports de vie complètement changés ou nouvellement créés, ou bien à des conditions de commerce qui surgirent ? Le Talmud lui aussi connaît une interprétation qui développe, voire même transforme le droit, tout en laissant intacte la lettre de la loi biblique. Les docteurs du Talmud, à l'instar des jurisconsultes romains, n'interprétaient pas, en principe, les dispositions en vigueur avec l'intention d'observer le sens primitif de la disposition, mais plutôt de l'interpréter de la manière dont elle devait être entendue, selon leur opinion, pour être juste. Là où la conviction moderne de ce qui est juste, d'accord avec les conditions sociales et économiques changées, avait devancé le sens d'une disposition plus ancienne, ils n'ont jamais craint d'y faire entrer par voie d'interprétation cette nouvelle conviction de sorte que leur interprétation est créatrice.

Les transformations de la prohibition biblique de stipuler des intérêts jusqu'à la création y comprise des institutions connues sous le nom de heter' iska (shetar'iska), fournissent un exemple classique en droit juif pour l'adaptation nécessaire du droit aux conditions économiques ⁽⁶⁾.

(3) Comp. p. ex. les efforts faits pour l'unification, entre l'Allemagne et l'Autriche, en matière économique et criminelle, en plus l'identité approximative des lois concernant la lettre de change et le chèque dans les trois pays scandinaves.

(4) Comp. p. ex. le traité de Montevideo du 12 février 1889 concernant le droit civil international qui a unifié les droits internationaux privés du Pérou, de la République Argentine, de la Bolivie, du Paraguay et de l'Uruguay.

(5) Rapp. p. ex. BERTHOLET, *Biblische Theologie*, p. 354 et suiv., qui se borne, il est vrai, à relever et à établir le fait sans traiter à fond les motifs de ce genre d'interpréter la loi. Mais si M. BERTHOLET critique directement que l'exégèse ne prend « *keine Rücksicht auf den Textzusammenhang, geschweige denn auf seine historische Bedingtheit* », nous y voyons, comme il sera démontré de suite, précisément un mérite des docteurs de la loi, lequel a probablement échappé à M. BERTHOLET par suite du défaut susmentionné de son travail.

(6) Comp. pour les détails E. BALOGH, *Studien aus dem Gebiete der Rechtsvergleichung und des internationalen Privatrechts*, I, Berlin, 1928, p. 240-274. Lévitique XXV,

En vertu de ladite prohibition biblique, que l'on sait à l'origine de la prohibition du prêt à intérêt de l'Eglise catholique, il était interdit aux Israélites d'accepter et bien moins d'exiger des intérêts d'un genre quelconque pour un prêt (7).

Il n'y a aucune distinction à faire entre l'intérêt pour prêt d'argent et l'agio pour prêt de vivres (8). La prohibition biblique, émanation de la loi du Pentateuque prêchant si souvent la philanthropie et déclarant même pour un devoir d'amitié le secours apporté aux indigents de son peuple (9), a été réalisable et s'observait (10), tant qu'existait l'Etat juif. L'historien juif Josèphe raconte, dans son plus grand ouvrage, que les Juifs s'en sont strictement tenus à la prohibition mosaïque de stipuler des intérêts (11). On peut établir de la manière la plus péremptoire que cette prohibition n'était pas absolue. Il en résulte forcément que Moïse n'a pas condamné les intérêts en soi et qu'il ne voulait, par sa prohibition, que subvenir aux indigents pour que personne ne succombât à une charge pesante de dettes, victime d'une misère interminable (12). Nous avons des documents irréfutables pour ce fait que la loi mosaïque n'a prohibé la stipulation d'intérêts — condamnée encore en dehors de la prohibition de la loi du Pentateuque en maints autres endroits du Vieux Testament de la manière la plus catégorique et dénoncée comme un vice et un crime infamant (13) — que vis-à-vis des Juifs, tandis qu'elle l'a formellement admise vis-à-vis des étrangers (14), ce qui ne constitue pas, cependant, une preuve pour les tendances xénophobes des Israélites (15).

En s'inspirant d'une façon manifeste du principe de la réciprocité, on a admis la stipulation d'intérêts vis-à-vis des étrangers surtout pour ce motif, semble-t-il, que l'Arabe ou Phénicien étranger ne venant chez les Juifs que pour faire le commerce tirait lui-même du prêt un bénéfice. Il était juste, par conséquent, de permettre, vis-à-vis de lui, la stipulation d'intérêts, étant donné qu'on pouvait ou bien devait lui servir les intérêts promis, puisque rien n'aurait été plus inique et décidément injuste, et cela abstraction faite de toute autre considération, que d'imposer aux étrangers l'application de la législation sociale des Juifs. Il fallait, d'ailleurs, tenir compte encore de cette circonstance qu'en présence d'une prohibition de stipuler des intérêts vis-à-vis d'un étranger ce dernier réussirait difficilement à obtenir un prêt. En fin de compte, il n'est pas permis de négliger le fait qu'il ne fallait pas s'attendre de la part des étrangers à un octroi de secours matériel sans sti-

37 : *Thou shalt not give him thy money upon usury, nor give him thy victuals for increase.* Cf. *The Holy Bible. Revised Version I.* Oxford 1885, p. 288.

(7) Comp. Exode XXII, 24, Lévitique XXV, 36, 37; Deutéronome XXIII, 20, 21.

(8) Comp. p. 3, 1. 19.

(9) Comp. Deut. XV, 7, 11.

(10) Comp. au lieu de toutes autres les références reproduites par BERTHOLET, *Biblische Theologie*, etc., p. 91, 186, 196, d'où il résulte quelle importance énorme a été attribuée à la charité.

(11) V. Antiqu. Jud., IV, 8, 25.

(12) Comme M. BERTHOLET le dit à juste titre, le prêt de consommation est envisagé, à l'intérieur d'Israël, du point de vue exclusif de la miséricorde.

(13) Comp. Ezéchiel 18, 13; 22, 12; Les Psaumes 109, 11; Les Proverbes 28, 8; v. aussi Ezéchiel 18, 8; 18, 17; Les Psaumes 15, 5.

(14) Comp. Exode XXII, 24; Lévitique XXV, 36; 37; Deutéronome, XXIII, 20, 21.

(15) Contra à tort. A. BERTHOLET, *Die Stellung der Israeliten und der Juden zu den Fremden.* Fribourg 1896, p. 89.

pulation d'intérêts pour ce motif déjà que ceux-ci n'exigeaient le plus souvent un parfait désintéressement même pas vis-à-vis des propres frères de race. Ceci est en parfait accord avec le rôle énorme joué par le commerce chez les Arabes et Phéniciens, le fait d'emprunter n'y étant pas simplement une manifestation du besoin, mais constituant un gagne-pain des plus considérables ⁽¹⁶⁾ ⁽¹⁷⁾. Il n'est pas nécessaire d'expliquer que ces motifs s'inspirant de ce qui est opportun en politique et économie nationale et qui justifient la possibilité de stipuler des intérêts vis-à-vis des étrangers, ne valent point pour les étrangers ayant leur domicile permanent dans l'Etat juif. La prohibition de stipuler des intérêts existait vis-à-vis de ces Gêrs tout aussi bien que vis-à-vis des Juifs, par opposition à ce qui était le cas vis-à-vis des étrangers nomades qu'on appelait Nochris ⁽¹⁸⁾. Si la possibilité de stipuler des intérêts avait existé aussi vis-à-vis des Gêrs, on l'aurait mis en relief tout aussi bien que c'est fait en ce qui concerne les Nochris. Les Gêrs ne tombent pas, il est vrai, sous le coup des lois purement religieuses des Juifs, ce qui est naturel et nécessaire. En revanche et pour cause, ils sont soumis aux mêmes lois civiles que les Juifs indigènes. C'est qu'on n'est pas en présence des motifs s'inspirant de ce qui est opportun en politique et économie nationale, lesquels justifient le cas échéant la non-application aux étrangers nomades, aux Nochris, des lois édictées pour les Juifs. On insiste maintes fois sur l'assimilation des Juifs et des Gêrs dans les lois de Moïse en ce qui concerne des questions purement juridiques et même autres; c'est ainsi que nous trouvons in Moïse, II, 12,49 : La même loi à l'égard des habitants du pays et des étrangers qui demeurent avec vous; in Moïse, III, 16,29 : Cette ordonnance sera gardée éternellement parmi vous; au dixième jour du septième mois vous affligerez vos âmes, vous ne ferez aucune œuvre de vos mains, soit ceux qui sont nés dans votre pays, soit ceux qui sont venus de dehors, et qui sont étrangers parmi vous; in Moïse, III, 18,26 : Gardez mes lois et mes ordonnances et que ni les Israélites ni les étrangers qui sont venus demeurer chez vous ne commettent aucune de ces abominations; in Moïse, IV, 15,15 : Il n'y aura qu'une même loi et une même ordonnance soit pour vous soit pour ceux qui sont en votre pays ⁽¹⁹⁾; in Moïse, IV, 15,29 : La même loi sera gardée pour tous ceux qui auront péché par ignorance, qu'ils soient du pays ou étrangers; in Moïse, IV, 19,10 : Et lorsque celui qui aura porté les cendres de la vache, aura lavé ses vêtements, il sera impur jusqu'au soir. Cette ordonnance sera sainte et inviolable, par un droit perpétuel, pour les enfants d'Israël, et pour les étrangers qui habitent parmi eux ⁽²⁰⁾.

L'assimilation susindiquée des Juifs et des Gêrs se retrouve même dans maintes autres parties du Vieux Testament, ainsi in Josué, 20,9 : Ces villes furent établies pour tous les enfants d'Israël et pour tous les étrangers qui

(16) Comp. ici aussi STRACK, v° *Wucher* dans HERZOG-HAUCK, *Realencyklopädie für protestantische Theologie und Kirche*, 3, XXXI, Leipzig 1908, p. 519.

(17) Comp. Baba Metzia V, 1, 62 a; Sanhédrin III, 3, 25 a. Adde aussi Mischna Rosch-haschana 1, 8; Baba Metzia V, 6, 71 a, v. 1175 b. V. encore Midr. II, II B. Moïse ch. 1, Iakut 666. S. fra Holkar, section 6.

(18) Cf. aussi H. LOEWE, *On Usury in Starrs and Jewish Charters preserved in the British Museum II*, Londres 1932, p. C-CI.

(19) Comp. aussi Moïse, III, 24, 2; Moïse IV, 9, 14.

(20) Comp. aussi, Moïse, II, 17, 12; Moïse, III, 19, 34; Moïse III, 25, 6; Moïse, IV, 15, 26; Moïse, IV, 35, 15; Moïse, V, 10, 19; Moïse, IV, 15, 15.

habitaient parmi eux, afin que celui qui aurait tué un homme sans y penser pût s'y réfugier, et qu'il ne fût point tué par le parent du mort qui voudrait venger son sang, jusqu'à ce qu'il pût se présenter devant les juges ; in Ezéchiel, 14,7 : Car si un homme de la maison d'Israël, quel qu'il puisse être, ou étranger parmi les prosélytes qui sont en Israël, s'éloigne de moi, et garde toujours ses idoles dans son cœur et qu'ayant affermi devant ses yeux son iniquité scandaleuse, quoiqu'il fasse paraître le contraire sur son visage, il vienne trouver le prophète pour savoir de lui ma réponse : moi, qui suis le Seigneur, je répondrai à cet homme pour moi-même ; in Ezéchiel, 47,22 : Et vous la prendrez pour votre héritage, conjointement avec les étrangers qui viendront se joindre à vous et qui auront des enfants au milieu de vous ; car vous les regarderez, et ils vivront au milieu des enfants d'Israël, comme s'ils étaient naturels du pays, partageant avec vous la terre, pour en posséder leur part au milieu des tribus d'Israël ; 23 : Et dans quelque tribu que se trouve un étranger, vous lui donnerez son partage ; c'est ce que dit le Seigneur Dieu. Tout cela comporte, dans un certain sens, l'application de la loi du domicile et elle se conçoit de la même manière que de nos jours au Danemark, en Norvège, dans la République argentine et surtout en droit anglo-américain, à savoir par une émigration de peu d'importance.

La loi biblique fait, nous l'avons déjà vu, une distinction entre nationaux et étrangers en ce qui concerne le prêt à intérêts, distinction qui s'inspire principalement de ce qui est opportun en politique et économie nationale. Par contre le Talmud s'élève au point de vue purement éthique de ce qui est universel et commun à l'humanité, et il supprime la distinction. En effet, réprouvant de la manière la plus catégorique et frappant de peines la stipulation d'intérêts ⁽²¹⁾ ⁽²²⁾, le Talmud érige en règle même vis-à-vis des étrangers cette prohibition. Il ne permet de prendre des intérêts d'eux qu'en cas de besoin pour pouvoir gagner sa vie ⁽²³⁾, expression peut-être de cette idée de l'époque que selon maints docteurs de la loi les deniers des orphelins pouvaient être prêtés contre intérêts même aux Juifs ⁽²⁴⁾. La plupart des docteurs veulent pourtant maintenir la prohibition de stipuler des intérêts même s'il s'agit de deniers d'orphelins ⁽²⁵⁾. La permission accordée aux docteurs d'emprunter de leurs semblables contre intérêts s'inspire de cette considération qu'il n'est pas question de servir des intérêts mais de faire cadeau ⁽²⁶⁾. Mais il ressort clairement du Schoulkan-Arouch, Ioré déah 159, 1, que la prohibition talmudique de stipuler des intérêts ne s'est pas maintenue vis-à-vis des non-Juifs. Rien ne serait plus faux que de vouloir expliquer ce fait par l'intolérance ; il s'inspire plutôt uniquement du principe de la réciprocité. Le non-Juif que ne gêne pas la loi mosaïco-rabbinique,

(21) Comp. ici aussi STRACK, v° *Wucher* dans HERZOG-HAUCK ; *Realencyklopädie für protestantische Theologie und Kirche*, 3, XXXI, Leipzig 1908, p. 519.

(22) Comp. Baba Metzia, V, 1, 62 a ; Sanhédrin, III, 3, 26 a. Adde aussi Mischna Roschhaschana, 1, 8 ; Baba Metzia, V, 6, 71 a ; V, 11, 75 b. V. encore Midr. L. II Moïse ch. 1 ; Ialkout, 666. V. fra Becker section 6.

(23) Comp. Baba Metzia, V, 6, 70-71 a. Adde aussi Ialkout II, 961 ; Makkoth, III, 15, 16, 24 a.

(24) Comp. Baba Metzia, V, 5, 70 a.

(25) Comp. Baba Metzia, V, 5, 70 a.

(26) Comp. Baba Metzia, V, 9, 75 a, adde Maimonide, Hildoth Malvé welowe, IV, 9.

n'accordera pas un prêt gratuit au Juif et n'a pas besoin de le faire; le Juif lui aussi partant a le droit de prendre des intérêts de celui-là ⁽²⁷⁾.

La prohibition biblique de stipuler des intérêts était pleinement justifiée et décidément réalisable au début. Car on n'envisageait nulle part le commerce, mais partout l'agriculture dans l'Etat juif; ce n'étaient que des accidents malheureux qui firent emprunter. On devait donc une assistance mutuelle gratuite. Et cette considération aussi semble permise, que, l'agriculture n'étant peut-être pas à même de supporter les intérêts, l'emprunteur devait vendre plus cher ses produits et par conséquent la terre elle-même en pâtir.

Mais l'écoulement du temps apportait un changement des conditions sociales et économiques. Prédestinée par la géographie au commerce, la Terre Sainte eut besoin de l'organisation du crédit. Il fut d'autant plus indispensable que le prêt d'argent dominait l'activité commerciale. La prohibition biblique de stipuler des intérêts se trouvait dès lors en contradiction avec les besoins de la vie pratique. Primitivement manifestation du besoin pur et simple, le fait d'emprunter devient une industrie des plus importantes. Une prohibition strictement appliquée à stipuler des intérêts aurait porté atteinte aux intérêts du commerce, elle l'aurait même rendu impossible. Les indigents que la prohibition de stipuler des intérêts entendait protéger, en auraient également souffert. Ils auraient, en effet, difficilement réussi à obtenir un prêt, et cela nonobstant le précepte de la loi biblique exhortant énergiquement à assister par un prêt le frère indigent. Ce n'est que dans la période post-talmudique que la prohibition biblique se fit sentir d'une manière insupportable. Au Moyen Age et même au temps moderne le commerce devenait l'activité principale et presque exclusive des Juifs par suite des conditions de vie qui leur furent imposées en Europe, conditions bouleversant toute leur condition économique. Dans l'impossibilité d'acquérir des immeubles et d'exercer les métiers réservés aux corporations, ils durent nécessairement se livrer au commerce. Il fut inévitable que le capital sans lequel il ne peut y avoir de commerce devint l'instrument principal pour les Juifs pour gagner leur vie. Les Juifs étaient au surplus maintes fois poussés au prêt à intérêt et exclus du commerce par la législation.

Mais la vieille loi vénérable ne pouvait être abrogée et remplacée par une loi moderne. Pour remédier à ce malaise, la doctrine des rabbins de la période post-talmudique a élaboré une institution qu'on appelle chétar'iska et qui existe encore aujourd'hui. Elle permet d'atteindre le but d'une créance productive d'intérêts sans infraction formelle aux dispositions de la Bible et du Talmud.

L'origine du chétar'iska remonte aux débuts de l'école des Tossafistes. Née dans le Nord de la France au premier quart du douzième siècle, cette école florissait pendant environ deux siècles dans l'esprit et selon le modèle du plus grand commentateur du Talmud Raschi (Rabbi Schalomon b. Isaac), dont les parents et disciples en furent aussi les premiers adeptes. En Allemagne et en France, elle travaillait à la propagation des études du Talmud et à sa compréhension juste et conforme. Il ressort du formulaire

(27) Comp. Maimonide, *Mischna-Thorah* ou *Yad Chazakah*, *Hilohoth Malvé welowe*, V, 1.

imprimé à l'usage des Juifs orthodoxes de l'Orient que le chetar'iska de nos jours s'inspire encore de la forme que lui a donnée le grand Tossafiste R. Méir b. Baruch de Rothenburg sur la Tauber au treizième siècle. Il reste encore maints formulaires du treizième siècle conservés en Angleterre et en Allemagne ⁽²⁸⁾.

Par le moyen du chetar'iska, les Juifs orthodoxes surent obtenir un prêt sans contrevenir à la prohibition biblique concernant les intérêts : pour le but du commerce ils empruntèrent en effet contre participation dans les bénéfices et pertes d'une telle manière que la participation dans les bénéfices résultant des deniers abandonnés à l'emprunteur pour le commerce était la même pour le bailleur de fonds et l'emprunteur, tandis que la participation dans les pertes était plus grande pour le bailleur de fonds que pour l'emprunteur qui devait agir comme gérant dont l'activité est rémunérée. La chance de perte étant plus grande pour le bailleur de fonds que pour l'emprunteur, une infraction même déguisée contre la prohibition de stipuler des intérêts se trouve évitée ⁽²⁹⁾.

Nous mentionnons en passant qu'à l'instar de l'introduction du chetar'iska en vue d'atténuer dans l'intérêt du commerce la prohibition proclamée par la Thora de stipuler des intérêts, en droit musulman la prohibition du prêt à intérêt si déguisé qu'il soit ⁽³⁰⁾, fut également tournée par une institution appelée « salam », c'est-à-dire par une vente à terme.

Un autre exemple de l'adaptation nécessaire du droit aux conditions économiques est l'institution du prosboul : On sait que la loi biblique connaît la déchéance de toute créance monétaire contre un Juif dans la dernière année du septennat, année dite de remise, le créancier devant remettre la dette à son débiteur Juif incapable de la payer si bien qu'elle ne sera plus jamais exigible en justice ⁽³¹⁻³²⁾. Le but de la remise forcée des dettes n'ayant trait primitivement qu'à des prêts de subvention accordés aux pauvres puisque le prêt commercial ne jouait encore aucun rôle dans l'ancien Israël, était d'encourager la charité et de prévenir, par là, un appauvrissement total dans le pays. Aussi cette remise forcée ne laissait-elle subsister aucune obligation même naturelle à la charge du libéré. A moins que ce dernier n'insistât, son créancier devait, par la suite, refuser toute offre de paiement ⁽³³⁾. Mais le Talmud rend hommage au débiteur qui tient sa parole en s'acquittant d'une dette frappée de cette remise forcée ⁽³⁴⁾. Le débiteur étranger n'est pas « libérable » de droit ⁽³⁵⁾, cette « libération » constituant de par son but une faveur accordée aux seuls membres de la com-

(28) Comp. ISRAEL ABRAHAM and H.-P. STOCKES : *Starrs and Jewish Charters preserved in the British Museum, with illustrative documents, translations and notes. With additions by Herbert LOEWE* I. Cambridge 1930. Vol. II. Supplementary notes by Herbert LOEWE, Londres 1932. Vol. III, Indexes by Herbert LOEWE, Londres 1932.

(29) Pour plus de détails sur le chetar'iska cf. E. BALOGH, *op. cit.* 266-275; E. HILDESHEIMER : *Das jüdische Gesellschaftsrecht*, Leipzig 1930 notamment p. 129, 135, 147.

(30) Comp. Le Coran. Deuxième sura, V, 276-279.

(31) Comp. Deutéronome 15, 1.

(32) Comp. pour ce qui suit, au lieu de tous BERTHOLET, *Deuteronomium*, p. 47.

(33) Comp. Deutéronome 15, 2, 3. Adde aussi Séviith, X, 1-2.

(34) Cela résulte d'une manière non équivoque de Deutéronome 15-7-10.

(35) Comp. Séviith X, 8.

(36) Comp. Séviith X, 9.

(37) Comp. Deutéronome 15, 3.

munauté nationale ⁽³⁸⁾ analogie avec l'affranchissement septennal d'un esclave hébreu ⁽³⁹⁾.

L'observation éphémère de cette disposition ne nous est d'ailleurs relatée qu'une seule fois ⁽⁴⁰⁾. Le refus d'accorder un prêt est stigmatisé, il est vrai, lorsqu'il s'inspire de la considération de la proche remise générale ⁽⁴¹⁾. Toutefois il n'y eût finalement plus personne disposé à un tel prêt, l'évolution capitaliste ayant tourné ici aussi une faveur au détriment de celui auquel elle avait primitivement été accordée. Témoin de cette pratique lors de la première année de remise sous Hérode I^{er}, Hillel créa le *prosboul*, réserve homologuée en justice. Le créancier, avant l'extinction de la dette, se réservait en effet la faculté, en présence et avec l'approbation écrite du juge, de se faire payer par la suite nonobstant la libération septennale qui elle-même restait intacte. Sans porter atteinte à la lettre de la loi, sans abroger formellement l'institution, on a sauvegardé son esprit et son but, à savoir l'encouragement d'un crédit accordé à l'indigent ⁽⁴²⁾.

On a établi, à plusieurs reprises, des parallèles entre le droit juif et les droits babylonien et assyrien de la période primitive. En ce qui concerne la législation sur les intérêts, un tel parallèle ne se rencontre guère. Ce qu'on a trouvé de la période de Simnoubalit et de Hamourabi n'indique nulle part le prêt à intérêt et les documents d'une période plus récente sont déjà visiblement inspirés d'un autre droit. On traitera brièvement du loyer, le plus proche parent, économiquement parlant, de l'intérêt ⁽⁴³⁾.

Nous trouvons le louage de personnes principalement dans la forme du louage de services. Ce contrat est considéré comme une espèce d'abandon de la liberté personnelle au profit du maître ⁽⁴⁴⁾. En revanche, l'individu loué a droit non seulement au salaire en argent, mais à la nourriture, aux vêtements, aux chaussures, à l'huile d'onction et aux spiritueux, mais il est déchu de ces prérogatives lorsqu'il abandonne son service avant l'expiration de la période convenue. Cet individu, contrairement à ce qui se passe en droit juif, ne jouit pas *légalement* d'un jour de repos et conventionnellement que dans relativement peu de documents. C'est que la création d'un jour de repos est manifestement propre au droit juif et non point une importation de Babylone ⁽⁴⁵⁾.

Pour le cas de perte chez le locataire de la chose louée, le droit babylonien a trouvé une solution intéressante. Le louage subsiste et par là l'obli-

(38) C'est bien à tort que M. BERTHOLET voit là aussi une preuve pour les tendances xénophobes des Israélites, parce qu'il en ressortirait qu'ils considéraient l'étranger comme occupant un rang plus bas, pour ainsi dire comme homme de deuxième classe. (Cf. *op. cit.* p. 89).

(39) Comp. Exode XXI, 2. Adde Exode XXI, 3-11. Deutéronome XV, 13-17; Jérémie, XXXIV, 14, adde aussi Lévitique XXV, 39.

(40) Comp. Jérémie XXXIV, 8-16.

(41) Comp. Deutéronome XV, 9.

(42) Les passages principaux consacrés par la *mischnah* au *prosboul* sont les suivants: Sébiith X, 3 7; Gittin IV, 3; Péah III, 6; Moëd Katan III, 3, Ketouboth IX, 9; Uqcin III, 10. Pour plus de détails cf. E. BALOGH 1. c. p. 279-293.

(43) En général, la législation primitive ne connaît guère la distinction en louage de choses, louage de personnes (louage de service ou d'ouvrage) et louage d'argent (prêt à intérêt).

(44) Les documents contenant une spécification des services à rendre sont extrêmement rares.

(45) Cf. S. OPPENHEIM, *Untersuchungen zu dem babyl. Mietrecht*, p. 8 et s.

gation au loyer, mais une obligation à indemnité de la part du locataire n'existe qu'en cas de faute. Il n'en est autrement que pour le louage des tonneaux, c'est-à-dire de choses fragiles ayant besoin d'une diligence toute particulière. L'application du principe « *periculum est locatoris* » entraînerait des iniquités économiques. Une adaptation du droit aux conditions économiques aboutit à l'obligation du locataire de restituer le même nombre de tonneaux intacts, car les choses qui se détériorent facilement même en cas d'usage normal ne peuvent être l'objet d'un louage que si les risques sont supportés par celui qui en a la garde. Ce contrat se construit plus justement comme un prêt à l'instar du dépôt irrégulier en droit romain. Il s'ensuit que des considérations d'ordre économique peuvent avoir pour conséquence non seulement une transformation du droit, mais une élaboration de nouveaux types d'actes juridiques. Le louage ne satisfaisant plus les exigences de l'économie, celle-ci en développe un nouveau type de contrat admettant la restitution en valeur.

Nous attirons, au surplus, l'attention sur quelques exemples tirés de l'évolution du droit des transactions en Grèce. On y trouve comme conséquence de la situation économique déjà quelques idées modernes, dont le droit romain lui-même ne contient pas ou guère de traces ⁽⁴⁶⁾.

Le droit des transactions, dans l'évolution duquel l'importance du droit privé grec se démontre d'une façon particulière, connaît maintes formes qui sont restées étrangères au droit romain. Il en est ainsi par exemple pour les différentes espèces de publicité des actes juridiques. J'estime pour ma part que cela est dû à la variété des formes en ce qui concerne les conditions économiques. Nous voyons une adaptation du droit aux conditions économiques dans l'évolution accomplie pas à pas de l'idée du *γρῆσις* jusqu'à l'institution du livre foncier. Nos monuments juridiques permettent de constater que les archives des villes ⁽⁴⁷⁾ ne servaient d'abord qu'au dépôt de contrats des espèces les plus diverses. Il s'est formé peu à peu de cet usage de déposer l'instrument chez le fonctionnaire préposé aux archives, un usage correspondant davantage aux conditions économiques évoluées, à savoir la conclusion même du contrat devant ledit fonctionnaire, le livre foncier faisant finalement son apparition comme dernier degré de cette évolution. L'adaptation du droit aux conditions économiques se manifeste, selon moi, dans ceci aussi que contrairement à ce qui se passe en droit romain, les Hellènes ont pris pour point de départ une distinction des formes du transfert d'immeubles et de meubles et conditionné la création de droits réels sur un immeuble par l'observation de formes de publicité. Les institutes de l'antiquité grecque dès l'ouvrage de Théophraste, ami et disciple d'Aristote ⁽⁴⁸⁾ (environ 372-287) concernant les contrats —

(46) Comp. pour plus de détails HIRTZIG, *Die Bedeutung des altgriechischen Rechts für die vergleichende Rechtswissenschaft* dans *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, XIX, Stuttgart 1906, 8, 10, et suiv.

(47) Comp. pour plus de détails MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig 1891, p. 95 et suiv., 173 et suiv.; BEAUCHET, *Histoire de droit privé de la République Athénienne*, IV, Paris 1897, p. 64 et suiv. DARESTE, *Nouvelles Etudes d'histoire du droit*, Paris 1902, p. 106 et suiv., Hirtzig 1. c., p. 11-12; E. WEISS, *Griechisches Privatrecht auf rechtsvergleichender Grundlage*. Leipzig 1923, p. 406, n. 175, 408, 415 et suiv., 548 avec d'autres références.

(48) Diog. Laërt., V, 36-57.

περὶ συμβολαίων — fournissent des renseignements sur les diverses formes par lesquelles la publicité de la propriété foncière a été assurée dans les différents Etats grecs. Il ressort de cette dissertation, qui peut d'ailleurs être considérée comme le commencement d'une littérature scientifique sur le droit privé grec positif, que les Hellènes ignoraient les transactions immobilières sans formes de publicité. Cette conclusion trouve sa confirmation aussi dans les autres monuments juridiques ⁽⁴⁹⁾.

On sait du reste que l'idée de publicité joue un grand rôle dans les droits des tribus germaniques et scandinaves ⁽⁵⁰⁾.

On sait que la propriété d'un immeuble ne pouvait, selon les droits allemands, être acquise que par la saisine-dessaisine judiciaire accompagnée de maintes solennités. Il en était de même de la constitution d'un gage ⁽⁵¹⁾. Dans les droits nordiques, la même fonction appartient à la scotatio, skjødning ⁽⁵²⁾.

Il est universellement reconnu que c'est de cette conception que s'est développée l'institution des livres publics dans le monde germanique.

En ce qui concerne la *Σεισάγεια*, nous devons dire que ce n'est qu'une mesure d'occasion, prise par Solon à l'époque de sa nouvelle constitution, mais non insérée dans ses lois, puisqu'il s'agit d'un remède apporté à un mal aigu. Pour ce qu'on savait encore de cette mesure, il convient de se reporter à ce qu'en raconte Aristote ⁽⁵³⁾ : il y aurait eu remise générale de toutes les dettes et suppression des bornes d'hypothèques. Ce fut donc une grave atteinte apportée aux droits privés, dans l'intérêt public, il est vrai. Ceux qui avaient compté sur Solon pour la consolidation des situations acquises se virent trompés, mais Athènes a été sauvée.

Nous mentionnerons encore, parmi les lois principalement économiques ou commerciales de Solon qui s'inspirent de l'intérêt public, la suppression de l'esclavage pour dettes à l'instar de la législation égyptienne de Bocchoris (mort en 713/2) ⁽⁵⁴⁾, suppression qui tout en étant bienfaisante et juste diminua la protection du créancier en supprimant son droit de gage sur la personne du débiteur; la protection des oliviers ⁽⁵⁵⁾, la prohibition de leur exportation ⁽⁵⁶⁾ et la loi prohibant l'abus du sceau par le graveur ⁽⁵⁷⁾.

Mais, autre exemple d'adaptation du droit aux conditions économi-

(49) Pour plus de détails sur le principe de publicité comp. d'abord CAILLEMER, *Le contrat de vente à Athènes*, dans *Revue de la législation ancienne et moderne*, I, Paris 1870, p. 656-671, et GUIRAUD, *La propriété foncière en Grèce jusqu'à la conquête romaine*, Paris 1893, surtout p. 264 et suiv., LUDOVIC BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la république Athénienne*, III, Paris 1897, p. 319-360; BERNHOF, *Die Verbuchung der dinglichen Rechte an Grundstücken im griechischen Rechte*, dans *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, XXI, Stuttgart 1908, p. 142-196; Egon WEISS l. c., p. 246-354 avec d'autres références.

(50) Comp. avant tout : STOBBE, *Handbuch des Deutschen Privatrechts* (1), p. 91, 370.

(51) STOBBE, op. cit. (2) p. 128 et suiv.

(52) WREDE, p. 11.

(53) *Politique*, Ch. 6, 10, 12 (Solon fragm. 36, éd. Berck).

(54) Diod. I, 79, 4, Plut. Sol. 15. Cf. mon étude comparative : *Randbemerkungen zur Lehre von der « persönlichen Haft »* dans BALOGH, *Studien aus dem Gebiete der Rechtsvergleichung*, etc. p. 456, n° 99.

(55) Dem. *περὶ Μουρατῶν*

(56) Plut. Sol. 24.

(57) Diog. Laërt. I, 57.

ques, l'exécution sur la personne subsiste en matière commerciale. La plus grande sécurité dans les affaires s'impose, en effet, entre commerçants, où il n'y a, d'autre part, pas un tel danger d'une lésion. Toute la législation commerciale d'Athènes, dont nous trouvons les sources dans cinq discours portant à tort le nom de Démosthène⁽⁵⁸⁾, et l'organisation de l'arbitrage fournissent une preuve irréfutable pour l'importance attribuée aux conditions économiques par les Hellènes légiférants.

Nous trouvons des exemples avec la plus grande facilité également dans le droit romain qui, de tout temps, a fasciné, par sa supériorité et par sa puissance logique extraordinaire, les vrais esprits en les dirigeant toujours dans le chemin de la nécessité inéluctable de l'unification du droit. Cette législation magistrale, dont celles des siècles passés ont grandement profité, laquelle en évoluant à travers les droits canon et lombard est de la première importance pour l'histoire du droit occidental, voire même mondial, où les codifications de nos jours puisent encore utilement, cette législation nous fournit un bon exemple dans le développement du droit postérieurement à la loi des Douze Tables imposée à l'aristocratie par le peuple⁽⁵⁹⁾. Dans ce dernier fait il n'y a, du reste, rien de spécifiquement romain, étant donné que la codification des dispositions les plus importantes du droit constitutionnel, administratif, criminel et civil a été imposée, en Grèce aussi comme ailleurs, à l'aristocratie par des mouvements démocratiques.

L'extension toujours grandissante de l'Etat, sa transformation d'Etat agricole en Etat commerçant, le nombre des non-Romains bientôt supérieur aux cives Romani rendit impossible de maîtriser le commerce juridique par la loi des Douze Tables créée uniquement pour le petit Etat paysan et uniquement pour des cives Romani⁽⁶⁰⁾. Le besoin d'un ordre juridique s'est fait sentir et a trouvé satisfaction. Mais non point par l'abrogation de la loi des Douze Tables. Il répugnait au sens conservateur, très prudent en matière juridique des Romains de supprimer par un seul trait cette loi vénérable et d'y substituer une nouvelle⁽⁶¹⁾. Ils restaient attachés avec une grande ténacité à la loi des Douze Tables. Ils la considéraient, nonobstant les conditions changées, même dans la suite comme leur loi fondamentale. Sa force juridique est restée, pour la doctrine, la source de tout le droit romain, le « fons omnis publici privati juris »⁽⁶²⁾.

Les moyens par lesquels on a satisfait les besoins du commerce juridique en tenant compte des conditions changées, se rattachaient à la Loi des Douze Tables. Les Douze Tables devaient continuer à constituer les dispositions fondamentales du droit entier, le reste n'en paraissant que continuation. Les lacunes de la vieille loi ont été comblées par de nouvelles lois spéciales. Mais même le droit non écrit, créé et né dans la conviction du peuple, fut rattaché aux dispositions des Douze Tables. Ce fut là la tâche des juristes de l'époque. La soi-disante interprétatio duodecim

(58) Pour la bibliographie comp. E. BALOGH, *Studien aus dem Gebiete der Rechtsvergleichung* etc., p. 456, n. 99.

(59) Rappr. les descriptions faites par KÜBLER, *Geschichte des Römischen Rechts*, Leipzig 1925, p. 17 et suiv., des événements de la Rome antique.

(60) KÜBLER, *op. cit.* p. 126.

(61) Pour ce qui suivra comp. Karlowa, I, p. 109.

(62) Tite-Live III, 34, 6.

tabularum jouait le rôle le plus important pour satisfaire les besoins du commerce juridique dans les conditions changées ⁽⁶³⁾. Ce ne fut point une pure interprétation de la loi dans le sens technique du terme, mais un perfectionnement du droit sur la base des Douze Tables. Le perfectionnement du droit est parvenu de bonne heure dans les mains des juristes pour lesquels l'autorité de la vénérable loi ne fut qu'un prétexte pour créer sciemment du droit nouveau par la voie déguisée de l'interprétation.

Ces juristes et leurs doctrines contribuèrent également à la création du *jus praetorium* ou *honorarium* introduit d'après Papinien « *adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam* ». Suppléant au début le *jus civile*, le droit prétorien finit par aboutir à une véritable réforme imposée par les conditions sociales et économiques changées et mise en œuvre par l'idée de l'équité ⁽⁶⁴⁾. L'influence de l'introduction de l'institution du *jus respondendi* sur l'adaptation du droit aux conditions sociales et économiques changées est manifeste.

La naissance du *jus gentium*, règles générales de la condition des étrangers en droit romain dues surtout au commerce, en est un autre exemple. Les préteurs y ayant appris à sanctionner les actes juridiques même non solennels, finirent pas sanctionner la bonne foi entre les Romains eux-mêmes. Le *jus gentium* a ainsi conduit et réformé le *jus civile* agraire et l'a finalement chassé complètement et surtout pour cette raison aussi que les étrangers (provinciaux) constituèrent la partie de beaucoup la plus importante de la population de l'Empire Mondial, toujours cependant comme étant seul capable de faire face aux conditions très évoluées du commerce. Les actes juridiques solennels sanctionnés par le *jus civile* ne pouvaient plus suffire aux besoins augmentés du commerce. Ils étaient en contradiction manifeste avec les exigences d'un commerce mondial qui l'avait emporté dans les derniers siècles de la République déjà par la reconnaissance de quelques actes juridiques non solennels et qui effectua, à la fin de l'époque républicaine la transformation complète, en un droit mondial, du droit urbain romain.

Ce n'est que jusqu'à la deuxième guerre punique (218-201) environ que le *jus civile* a subsisté tel quel. La quatrième période, par contre, de l'histoire du droit romain est la période de la décadence du pur droit romain mais en même temps la période où le droit romain se fait cosmopolite. C'est la période du Bas-Empire laquelle prend fin avec la législation de Justinien et où l'évolution juridique tendait à éliminer les éléments nationaux atrophiés du droit privé romain et à l'élargir, par là, en un droit universel contenant la conception plus générale du *jus gentium*. En même temps fut préparée et rendue possible la transition du droit romain aux temps modernes ⁽⁶⁵⁾.

La seule restriction apportée, en dehors de la législation agraire, par l'ancien droit romain au principe de la liberté absolue du commerce ne

(63) Comp. ici D. 1, 2, Par. 5, 6, 38.

(64) E. BALOGH, *Der Urheber und das Alter der Fiktion des Cornelischen Gesetzes*, dans *Studi in onore di P. Bonfante*, Pavie, 1930, 626-669.

(65) Rappr. E. BALOGH, *op. cit.* p. 670-679, et entre autres KÜBLER, *op. cit.* p. 375 et suiv.

s'explique que par la nécessité de l'adaptation du droit aux conditions économiques : nous parlons de l'histoire du taux de l'intérêt légalement permis. L'autonomie de la volonté y fut restreinte de très bonne heure. La loi des Douze Tables en fixant un maximum frappa d'une peine du quadruple de leur créance les usuriers (*faeneratores*). C'est d'ailleurs à bon droit que M. Appleton suppose qu'il s'agissait d'un douzième par mois : le taux est en effet élevé dans les temps anciens par la suite du peu de commerce d'un côté et de la condition peu certaine de la justice et de toute organisation politique de l'autre. Vers le milieu du quatrième siècle avant J.-C., la plèbe paysanne crut pouvoir briser la puissance du capital par la voie de la législation. Le taux légalement permis fut réduit à la moitié en 347. Il fut même défendu en 342 par la *lex Genucia* de prendre des intérêts tout court, mais cette loi est restée lettre morte.

C'est qu'une telle loi est foncièrement antiéconomique, car un prêt sans intérêt, c'est donner l'usage du capital. Le prêteur *Assellio* voulant sanctionner la *lex Genucia* désuète a été tué, en 89 avant J.-C., au forum par les créanciers menacés. *Sylla* rétablit en 88 l'état ancien, mais des ajustements décrétés par le législateur vinrent au secours des débiteurs et cautions. Pour l'an 51 un sénatus-consulte, *ut centisimæ perpetuo fenore ducebentur*, est mentionné par *Cicéron*, et ce taux de 12 % valait pour toutes les provinces. Il n'est pas étonnant que les nouvelles tendances se fissent jour dans les provinces d'abord, l'exploitation y ayant été particulièrement scandaleuse.

Justinien, en s'adaptant à la demande diminuée de capital, a réduit ce taux à 6 %. Toutefois 8 % restèrent admis pour les commerçants dont les besoins de capital sont plus considérables. Il y a même 12 % à relever dans quelques passages se rapportant au crédit à court terme. Il y a traditionnellement 12 1/2 % en matière maritime (prêt à la grosse aventure), à cause du risque spécial incombant au créancier.

La protection du débiteur contre l'usure fut étendue à l'époque de l'extension croissante du commerce : il ne dut plus d'intérêts lorsque les arriérés avaient atteint le montant du capital, et la prohibition justinienne a eu son précurseur dans l'anatocisme dit « *anniversarius* ».

Un autre exemple du droit romain pour l'adaptation du droit aux conditions économiques est la genèse du gage sans possession, que les auteurs modernes ont coutume de désigner comme hypothèque nonobstant les oscillations dans la nomenclature antique. Sous l'influence de l'extension du commerce on avait passé du gage de propriété (gage-mancipation, gage-déchéance) et gage de possession (gage-tradition, gage-saisie) au gage sans dépossession (gage-vente, gage-convention, qui traite la chose comme une valeur d'argent).

Cette dernière forme de garantie qui vient d'être nommée s'appelle hypothèque. Elle paraît une combinaison perfectionnée des deux institutions antérieures. Ne nécessitant aucun déplacement de propriété ou de possession avant l'échéance, elle n'épuise pas davantage d'un seul coup le crédit. Elle peut être constituée successivement à plusieurs créanciers, dont le rang est déterminé par le temps.

L'hypothèque romaine n'a pourtant pas été créée d'un seul coup sous la pression du besoin économique de maintenir, dans certaines situations, au débiteur la possession et la jouissance de l'objet du gage. Elle est sortie,

bien que son principe remonte à plusieurs origines, d'une hypothèque bien déterminée, à savoir la garantie de la créance de loyer du bailleur à ferme. Là, où il n'y avait pas moyen d'utiliser la fiducia ou le pignus, le fermier ayant besoin de son matériel pour l'exploitation, où un abandon précaire de ce dernier aurait exposé le créancier à l'exception vitiosæ possessionis, le prêteur accorda d'abord l'« interdictum Salvianum » et puis encore une action prétorienne. Pour cette « actio Serviana » il est hors de doute qu'elle a été étendue, en droit classique déjà, largement au delà de son domaine primitif. L'hypothèque n'exigeant ni déplacement de la possession ni un acte solennel a bientôt trouvé une application en dehors du bail rural et a fini par s'employer généralement pour la mise en gage de choses de toute espèce, mais surtout d'immeubles. Dès lors l'actio Serviana, primitivement dirigée contre le seul fermier, qui dans sa fonction élargie s'appelle maintenant aussi actio quasi Serviana, pigneraticia ou hypothecaria, devient une action réelle. Le contrat de gage consensuel conférant un droit réel servant de garantie paraît universellement admis vers le milieu du premier siècle. Il a encore ceci de particulier qu'il peut être conclu non seulement en considération d'un corps certain, mais aussi de choses qui ne sont désignées que d'une façon collective, si bien que toutes les choses déterminées par leur espèce sont grevées du droit de gage tout aussi bien que si elles avaient été indiquées nommément. La reconnaissance d'un droit de gage sans déplacement de la possession a ainsi rendu possible la mise en gage de patrimoines entiers, laquelle fut exigée impérieusement par le commerce toujours croissant. Dans le droit de Justinien une telle hypothèque générale créée sous la nécessité des conditions économiques encore qu'il y ait eu peut-être des suggestions de provenance grecque englobait de plein droit, en principe, tous les objets, non seulement qui faisaient partie du patrimoine au moment de la constitution de l'hypothèque en droit classique, mais ceux mêmes qui seraient acquis plus tard.

Un autre exemple pour l'adaptation du droit aux conditions économiques est offert par les lois agraires romaines. Elles constituent, on le sait, cette catégorie de lois économiques qui avait pour objet la réglementation de la condition juridique et de l'usage de la propriété foncière appartenant à l'Etat romain. Des concessions à titre gratuit, de cet ager publicus, furent accordées de temps à autre à un citoyen romain, lesquelles conféraient une propriété privée quiritaire. En principe, le domaine englobait le territoire entier et il fallait une loi pour en attribuer une propriété individuelle. Mais déjà en 367 avant J.-C. la lex Licinia Sextia de modo agri doit disposer en faveur du petit agriculteur que personne ne peut posséder plus de 500 jugères du domaine. L'histoire de cette loi qui ne comportait qu'une sanction pénale, est l'histoire de sa non-application continuelle, où l'hostilité des magistrats détenteurs de terres publiques ne fut pas pour rien. Cette non-application aboutit lentement mais sûrement à un bouleversement de l'économie agraire et par là de l'économie nationale, lequel ne restait pas sans être remarqué par d'éminents hommes d'Etat. Les efforts faits pour distribuer les terres usurpées se heurtèrent cependant à l'opposition de la ploutocratie. Tiberius Sempronius Gracchus, lui-même, qui s'était assigné comme but la réforme agraire, ne parvint, avec la lex Sempronia de l'an 133, qu'à un résultat éphémère : comportant comme sanction l'expropriation et la distribution de tout ce qui dépassait le maximum, cette loi n'alla par ail-

leurs même pas aussi loin que la *lex Licinia* qui n'avait jamais été abrogée. L'inaliénabilité des terres distribuées, pierre angulaire du nouveau système, fut supprimée déjà 15 ans plus tard.

De pareilles restrictions causées par des phénomènes de décadence économiques se retrouvent en matière de lésion et y ont la même signification. Il y avait *laesio enormis* avec faculté de rescision pour le vendeur en droit justinien (66) lorsque le prix était inférieur à la moitié de la valeur. Dioclétien ayant encore disposé le contraire, la rapidité de la décadence est manifeste. Elle est démontrée également par la *lex Anastasia* de l'an 506 avec cette restriction — inconnue des juristes classiques — que le cessionnaire n'avait droit au montant de la créance que jusqu'à concurrence de la somme par lui déboursée. Les *actiones in factum* et la transformation de la *stipulatio* et de la *cessio*, exemples particulièrement clairs de l'adaptation du droit romain aux conditions économiques, peuvent seulement être mentionnés ici.

Ce que nous venons de constater pour le droit le plus perfectionné, ce phénomène de l'adaptation, a un caractère universel étant vrai aussi bien pour les « primitifs ». Le lien de dépendance entre la naissance et l'élaboration d'institutions légales d'un côté et l'évolution économique de l'autre, peut, en effet, être relevé par une analyse de la forme du mariage chez les indigènes de l'Afrique du Sud.

Les Bantous ont, sous le nom de « *lobola* » une institution répandue parmi les primitifs un peu partout dans le monde et surtout parmi ceux d'entre eux qui vivent de l'élevage. Cette institution consiste dans le paiement d'un certain nombre de bétail qui est fait au père de la femme pour cette dernière. Comme explication de cette institution, le système de la vente est aujourd'hui abandonné. On considère la « *lobola* » ou bien comme une indemnité qu'un clan verse à l'autre ou bien (67) comme une tentative de mettre en harmonie les lois de l'exogamie avec une assurance contre la perte de la reproductibilité, dont la mère future constitue l'incarnation. La documentation apportée par M. Sonnabend prouve l'intérêt qu'attribuent les primitifs à la conservation de l'espèce. Le mariage y devient un devoir envers le groupe. D'autre part, il appartient à ce groupe de fournir les femmes à ses membres. L'idéal pour cette conception serait d'utiliser toutes les femmes du propre groupe, mais la prohibition — très poussée chez les Bantous — de l'inceste s'y oppose. Aussi le groupe s'assure-t-il au moins en valeur ce qu'il perd en nature.

Sans vouloir entrer dans les détails des phases antérieures de l'histoire du mariage, il n'est que logique de supposer qu'il y ait eu échange direct d'une mère « en puissance » contre une autre toutes les fois qu'une assurance du genre « *lobola* » n'était pas possible. En fait, on a trouvé cette forme du mariage chez des peuples ne possédant même pas du bétail. Les Bantous eux-mêmes reviennent de temps en temps à cette méthode primitive. Les Vamanycas, par exemple, ont récemment, à la suite d'une épidémie qui frappait le bétail, eu recours à l'échange direct. L'interdépendance

(66) L'art. 779 du nouveau projet tchécoslovaque, reproduction de ce signe de décadence, est un mauvais présage.

(67) E.-H. SONNABEND, *Il fattore demografico nell'organizzazione sociale dei Bantu*, Rome, 1935.

de la législation économique d'une tribu et de ses conceptions juridiques se trouve illustrée d'une façon tout à fait grotesque par les usages qu'on a découverts chez les Bavendas en Afrique du Sud. Les femmes y jouissant en droit de la propriété et disposant en fait souvent de grands troupeaux s'achètent des « maris ». Et c'est elles qui sont considérées comme les pères des enfants nés du mariage, la parenté physiologique n'ayant aucune espèce d'importance au regard de la loi : est père, en effet, celui qui a payé la « lobola ».

Des conditions économiques particulières ont également contribué à conserver certaines formes de mariage très archaïques. On rencontre chez maintes tribus rhodésiennes l'usage appelé « Kugarira » qui consiste dans la prestation de services du mari au profit du beau-père et qui domine dans les régions affligées par la tsé-tsé et ainsi privées de bétail. C'est que pour tous les cas d'impossibilité d'une « lobola » des succédanés ont été imaginés. En Rhodésie du Sud il existe une forme de mariage appelée « rimam'bouya » selon laquelle un pauvre, c'est-à-dire qui ne possède pas de bétail stipule avec un autre comme contre-partie pour une femme le droit à la première fille née de ce mariage. Des difficultés pratiques surgissent alors, si la femme reste sans enfants ou ne donne la vie qu'à des garçons, difficultés résolues par la substitution au droit à la fille née du mariage d'un droit héréditaire à la première fille née tôt ou tard dans cette famille ⁽⁶⁸⁾.

Les faits économiques ont influé même sur l'attitude prise par les peuplades primitives à l'égard des lois de l'exogamie. Pour les Bantous méridionaux l'avidité de bétail est une véritable obsession. Les Xosas et Zoulous par exemple n'admettent pas de relations entre cousins germains. Les Betchouanas, Bantous et autres tribus non seulement admettent le mariage entre cousins germains, mais confèrent même un droit de préférence sur les cousines. Cette violation du précepte de l'exogamie est en rapport direct avec ladite avidité de bétail. La famille désire conserver dans le propre kraal le bétail et n'est pourant pas disposée à acheter des femmes d'autres clans. Ainsi le fils a le droit d'épouser sa cousine et de là le dicton des Belchouanas : « Epouse-moi, mon cousin, et le bétail reste dans le kraal ».

La présente étude ne contient que des fragments. Elle ne peut pas, ne fût-ce que pour faute de place, tenir compte d'une façon approfondie de tous les côtés du sujet. Mais les indications fragmentaires de cette contribution suffisent pour montrer que l'influence des transformations de la vie économique sur l'évolution du droit s'est fait sentir non seulement dans les civilisations affinées du passé, mais aussi dans les sociétés plus rudimentaires qu'étudie l'ethnographie juridique.

(68) Cf. W.-S. BAZELEY, *A Manyika Marriage Custom*, NADA, *The Southern Rhodesia Native Affairs Department Annual*, 1926, Salisbury, Rhodésie, 1926, p. 48-51.

SECTION III

ETUDES SPECIALES SUR LE DROIT ROMAIN

SENN, *La leçon de la Rome Antique sur le fondement de la force obligatoire de la Coutume.*

BOSSOWSKI, *La fonction primitive des témoins dans la mancipation.*

Les articles publiés ou rappelés dans la Section précédente renferment aussi des éléments sur certaines questions spéciales du Droit Romain.

LA LEÇON DE LA ROME ANTIQUE SUR LE FONDEMENT DE LA FORCE OBLIGATOIRE DE LA COUTUME

Par F. SENN

Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Nancy

Nous rechercherons en cette étude ⁽¹⁾ la leçon de Rome sur le fondement rationnel de la force obligatoire de la coutume ⁽²⁾.

L'étude de la question est délicate bien que, depuis que les Romains ont reçu et accepté l'enseignement de la philosophie grecque, nous soyons soutenus dans nos recherches par des définitions mêmes du *jus consuetudine*, du droit par coutume.

C'est sans doute là une question de doctrine. Il est évident que la coutume est, qu'elle domine comme source de droit, alors même qu'on ne recherche pas encore par l'étude et qu'on n'explique pas encore par des termes appropriés d'où vient sa force obligatoire. On sait que la puissance paternelle, la manus, etc. sont des institutions coutumières : cela va de soi, sans qu'on ait à raisonner sur la puissance créatrice de la coutume et sa source première.

Cependant, il est aussi certain que, dès que la science du droit s'organise, dès le temps des préteurs et des jurisconsultes de la fin de la République, la question qui nous préoccupe est posée. On se demande d'où la coutume tire sa force obligatoire. Et le Romain, pour donner une réponse en la forme d'une définition, ne répugne pas à entendre la leçon de la doctrine grecque.

La même question demeure toujours posée. Nous pourrions certes, avec fruit, rechercher quel fut sur ce point l'enseignement des auteurs de notre ancien droit et celui des canonistes. Si toutefois nous nous en tenons aux recherches et enseignements les plus récents, nous ne pouvons pas ne pas nous empêcher d'être impressionnés par la variété autant que par le trouble, l'imprécision et les hésitations des opinions d'auteurs.

(1) La présente étude a fait l'objet d'une communication aux *Journées d'Histoire du Droit* de Paris en 1932, et d'un compte rendu sommaire dans *Revue historique de droit français et étranger*, 1933, pp. 214-216.

(2) V. pour la bibliographie, A. Steinwenter, dans Pauly-Wissowa-Kroll, v° *Mores*, col. 290-296.

On reconnaît à l'Ecole historique et en particulier à Savigny, le mérite d'avoir compris l'insuffisance des théories alors dominantes sur le fondement des sources juridiques positives ; et en particulier on lui reconnaît le mérite de s'être efforcée d'établir sur une base stable l'autorité de la coutume. Savigny, en particulier, prétend suivre à cet effet la leçon de Rome ⁽³⁾. Les jurisconsultes romains, dit-il, donnent pour base à la coutume, à la *consuetudo*, le consentement, le *consensus* tacite du peuple, du *populus* qui l'applique : ce *populus* étant compris comme le type idéal de la nation romaine, se perpétuant de génération en génération et persistant à travers tous les changements de son organisation politique.

La leçon de Savigny a été certes vivement critiquée en raison par les diverses Ecoles de juristes qui ont repoussé en tout ou en partie les doctrines fondamentales de l'Ecole historique. Il n'en restera pas moins que, pour les écrivains postérieurs, la leçon donnée par Savigny a paru être la véritable leçon de Rome. Il sembla et il fut redit que les Romains avaient fondé la force obligatoire de la coutume sur le consentement tacite du peuple. Tout au plus certains auteurs font, de cet enseignement, l'enseignement des seuls jurisconsultes de l'Empire ; ils déclareront par ailleurs, interprétant du reste abusivement une définition du *mos* par Festus ⁽⁴⁾, qu'à l'époque antique la coutume se rattache aux croyances et a pour fondement la volonté présumée des dieux. Encore cette dernière explication est-elle demeurée isolée ⁽⁵⁾.

Rappellerai-je enfin d'un mot certaines des opinions d'auteurs actuels ? M. GénY, dans sa *Méthode d'interprétation* ⁽⁶⁾, s'étend longuement sur la coutume : il enseigne qu'elle comporte deux éléments essentiels, d'une part un long et constant usage et d'autre part un élément d'ordre psychologique, la conviction d'une sanction juridique spécifiant et qualifiant l'usage comme coutume obligatoire. Mais quand il s'agit de rechercher la raison dernière de cette nécessité sociale, il lui suffit d'affirmer le sentiment de nécessité juridique inclus en la coutume, d'affirmer sa conformité avec la sécurité indispensable aux intérêts privés, avec la stabilité nécessaire des droits individuels en même temps que sa conformité avec le sentiment de respect mêlé de crainte envers la coutume des ancêtres.

D'autres auteurs accordent enfin à la jurisprudence un rôle prépondérant ou parfois même unique dans l'élaboration de la coutume obligatoire ⁽⁷⁾.

Tout ceci dit et rappelé sur la question doctrinale de savoir d'où la coutume tire sa force obligatoire uniquement pour nous permettre précisément de nous mieux dégager de l'emprise que pourraient exercer sur nos esprits les conceptions hésitantes modernes et par contre de rechercher et, s'il est possible, de mieux saisir la leçon de la Rome antique.

(3) Savigny, *Traité de Droit romain*, trad. Guenoux, 1, 1840, pp. 141-152.

(4) Festus, v° *Mos* : *Mos est [institutum pa]trium, id est memoria veterum perti-nens maxime ad religiones c[aelim]oniasque antiquorum.*

(5) Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 2^e éd., 1928, p. 15.

(6) F. GénY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., 1, 1919, pp. 332-348 ; 356-364.

(7) Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de Droit civil*, 1, 12^e éd., 1935, n° 11, p. 5, n. 2.

Quittons donc franchement le temps présent avec ses hésitations et ses incertitudes, et demandons à Rome son enseignement.

I

Grande, très grande est la force de la coutume, dit Cicéron aux Tusculanes et au *De amicitia* : *consuetudinis magna vis est* ⁽⁸⁾; *maxima est vis vetustatis et consuetudinis* ⁽⁹⁾. Mais ces maximes et d'autres encore, en leur portée générale, peuvent s'entendre de l'habitude elle-même sans plus de précisions. Nous ne nous y attarderons pas, concentrant nos recherches sur la seule coutume, source de droit.

En ce qui la concerne, si la force de la coutume est grande, d'où lui vient précisément cette force, cette *vis* ? La force de la coutume, est-il dit, provient tout d'abord et en partie de ses rapports mêmes avec le droit de nature, avec le *jus natura*. La leçon donnée à ce sujet par Cicéron dans le *De inventione* est si précise que seule elle retiendra pour le moment notre attention.

Le droit par coutume, dit Cicéron, est celui dont le point de départ est la nature, celui qui est tiré de la nature en une origine fragile. *Consuetudine jus est quod... leviter a natura tractum... ab natura profectum...* ⁽¹⁰⁾. Le droit par coutume emprunte son premier élément au droit de nature, en même temps qu'il lui emprunte sa forme obligatoire originaire.

Rappelons en quelques mots ce qu'est ce droit de nature et son contenu, tel qu'il se trouve exposé en d'abondants passages des écrivains latins ⁽¹¹⁾. Le droit de nature comprend : d'une part les lois, les données de procréation, d'éducation et de conservation de l'espèce ; et d'autre part ces notions premières, ces données que la nature a mises en l'homme raisonnable pour produire des effets conformes à l'*aequum et bonum* : données que de par nature une force innée a fait pénétrer en nous, comme la religion, la *pietas*, la reconnaissance, la *vindicatio*, le respect, la vérité avec son corollaire la bonne foi. Ces données de vie, ces notions premières sont sources du droit, tel qu'il provient de la nature : encore faut-il en assurer une mise en œuvre, progressive, toujours plus complète et plus exacte. Sans doute ces données premières s'imposent-elles dans toute leur force à l'homme juste. Encore faut-il qu'elles trouvent leur expression en des préceptes impératifs aboutissant à une sanction.

Et c'est pourquoi, sans attendre que ces données premières aient trouvé leur mise en œuvre dans des lois écrites, elles ont été déduites déjà en partie en coutume : ainsi le voulait la nécessité d'assurer l'existence de la vie sociale en ses différentes formes, vie familiale, vie de la cité, des groupes sociaux, des nations, ainsi l'exigeait l'utilité. Et c'est ce que dit encore notamment Cicéron : *quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt* ⁽¹²⁾.

(8) Cicéron, *Tusculanarum disputationum lib. 2*, 40.

(9) Cicéron, *Laelius de amicitia liber*, 68.

(10) Cicéron, *De inventione*, 2, 54, 162.

(11) V. F. Senn, *De la justice et du droit*, pp. 21-25, 75, 83-84 et les textes cités.

(12) Cicéron, *De inventione*, 2, 53, 160 : *...Iustitia est habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem. Eius initium est ab natura profectum; deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt; postea res et ab natura*

Mais quel a été le processus de cette déduction en coutume des données de vie et notions premières, sources du droit de par nature ? Il y est répondu : ce qui est ainsi tiré de nature en une origine fragile, *quod leviter a natura tractum*, l'usage l'a nourri, l'a développé, l'a rendu plus robuste, plus vigoureux, meilleur, *aluit et majus fecit usus*. L'usage, la longue durée a amené ces données de nature à s'exprimer en des préceptes, en des règles de conduite impératives : *in morem vetustas perduxit* ⁽¹³⁾. Ces données de vie et notions premières de nature, l'usage les a amenées à se traduire en des principes de conduite des citoyens, en mœurs, *mores*.

Peu importe, au surplus, si ces mœurs ont été comprises, comme elles le furent par les Romains, comme mœurs de la cité avant d'être comprises comme mœurs applicables à tous les hommes. Car, dans tous les cas, l'origine de nature de ces mœurs demeure.

Sans doute, avons-nous dit ⁽¹⁴⁾, ces mœurs, ces *mores*, avaient été tout d'abord conçues comme mœurs de la cité, *mores civitatis*, *mores majorum*, *veteres mores* ou *veterum mores*. C'étaient les principes de conduite des citoyens applicables aussi bien dans la vie privée que dans la vie publique, aussi bien par le citoyen chez lui qu'à l'armée, principes reconnus par tous. Les écrivains latins rappellent souvent les *mores antiqui*, *mores populi*. Il est par exemple d'un citoyen de bien accomplir le devoir militaire, de respecter l'autorité publique, les magistrats ; comme magistrat, de bien remplir sa magistrature, sans abus de son *imperium*, sans corruption. Il est d'un Romain d'avoir des enfants ; de les élever sans excès de rigueur, mais aussi sans excès d'indulgence ; d'exercer, sans la laisser faiblir, sa *patria potestas*, sa *manus* ; d'honorer les dieux. Il est d'un Romain de pratiquer la *pietas*, piété envers la patrie, ses parents et ses proches ; la *fides*, le respect de la parole donnée ; la *parcimonia*, l'économie, l'épargne, l'administration économe des biens, principalement de ceux qui viennent des aïeux ; enfin de vivre une vie peut-être un peu rude, mais qui sache respecter le *pudor* et la *pudicitia*.

Ce sont les *mores populi romani*, les mœurs du peuple romain. Personne n'en conteste l'existence et la nécessité. La cité a ses mœurs ; elles sont *boni mores*. Il est de justice de les maintenir et de les défendre ⁽¹⁵⁾.

Cependant, avons-nous ajouté en notre leçon sur les bonnes mœurs ⁽¹⁶⁾, vers la fin de la République, cette notion des bonnes mœurs s'est huma-

profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit. V. également Cicéron, *De inventione*, 2, 22, 65 : ... *ius ex quibus rebus constet, considerandum est initium ergo eius ab natura ductum videtur; quaedam autem ex utilitatis ratione aut perspicua nobis aut obscura in consuetudinem venisse; post autem adprobata quaedam a consuetudine aut vero utilia visa legibus esse firmata*.

(13) Cicéron, *De inventione*, 2, 53, 161 : ... *natura ius est, quod non opinio genuit, sed quaedam in natura vis inest, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem*... 54, 162. *Consuetudine ius est, quod aut leviter a natura tractum aluit et maius fecit usus, ut religionem, aut si quid eorum, quae ante diximus, ab natura profectum maius factum propter consuetudinem videmus, aut quod in morem vetustas vulgi adprobatione perduxit*.

(14) *Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs*, dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, 1, 193, pp. 55-59 et textes cités.

(15) *Ad C. Herennium* (éd. F. Marx, Leipzig, 1894), 3, 3, 4 : *iustitiae partibus utemur... leges et mores civitatis oportere servari*.

(16) V. encore l'article précité *Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs*, op. cit., p. 59-62 et les textes cités.

nisée. La philosophie grecque — plus particulièrement la doctrine stoïcienne — a enseigné aux esprits instruits et cultivés que ces mœurs de la cité dont ils étaient si fiers, ne sont pas le privilège des seuls citoyens de la cité de Rome, mais de tout homme. Elle leur enseigna que viennent précisément de nature, ces données de vie, de procréation et de conservation de l'espèce en vertu desquelles l'homme est amené à se marier, à procréer des enfants et à les bien éduquer. Elle leur enseigna que c'est également de par nature qu'une force innée a fait pénétrer en l'homme certaines notions telles que la religion, la *pietas*, la reconnaissance, la *vindicatio*, le respect, la vérité avec son corollaire la bonne foi ; et que ces notions sont elles-mêmes source du droit, du *jus* trouvant ainsi son principe non pas dans une opinion, *quod non opinio genuit*, mais *natura* ⁽¹⁷⁾. Ces données sont pour tous les hommes, précisément parce qu'elles ne résultent pas d'une opinion, mais qu'elles proviennent de nature, *seminibus a natura datis* ⁽¹⁸⁾. Vivre en assurant l'observance de ces données et de ces notions, c'est vivre selon les mœurs. En assurer l'observance en multipliant les règles de conduite qui peuvent s'en dégager, c'est précisément étendre, développer, nourrir le domaine des mœurs.

Mais, n'hésitons pas à le redire, ces mœurs, ces *mores*, qu'ils soient compris, comme ils le furent tout d'abord par les Romains comme mœurs de la cité, ou, comme ils le furent vers la fin de la République comme mœurs applicables à tous les hommes, ces *mores* sont principes, préceptes, règles de conduite impératifs.

Il ne suffit pourtant pas qu'ils s'imposent à l'esprit. Il faut encore que ces principes de conduite sans cesse exprimés soient en action. Alors que considérés en eux-mêmes ils sont appelés de préférence *mores*, considérés en leur mise en œuvre, ils sont coutume, *consuetudo*. Et c'est pourquoi les textes rassemblent si souvent, en une sorte de doublet, les termes *mos* et *consuetudo* : textes littéraires et textes législatifs, *ad morem consuetudinemque* ⁽¹⁹⁾.

Oui certes. Mais, ajoute l'écrivain latin, pour que ces principes, tirés de nature, provenant de nature en leur fragile origine et que l'usage a développés, ne soient pas observés seulement par quelques hommes vertueux, mais par tous ; pour qu'ils soient mis en action, deviennent coutume ; pour qu'ils soient sanctionnés, il faut naturellement encore, entendons-le bien, qu'ils soient approuvés.

Sans doute ces principes impératifs s'imposent à tout homme juste, comme ils s'imposent également du reste au législateur. Mais, pour que, sans intervention du législateur, ils soient mis en œuvre en des applications multiples, il faut que leur usage soit approuvé : *vulgi approbatione, res ab consuetudine probatas* ⁽²⁰⁾. Dès lors nous avons, puisant sa force première dans le droit par nature, le droit par coutume, le *jus consuetudine*. *Consuetudine jus est quod in morem vetustas vulgi adprobatione perduxit* ⁽²¹⁾.

(17) Cicéron, *De inventione*, 2, 53, 161. V. Senn, *De la justice et du droit*, p. 21 et s.

(18) Cicéron, *De finibus bonorum et malorum*, 4, 7, 18.

(19) V. les textes, rassemblant les termes *mos* et *consuetudo*, notamment dans le *Thesaurus linguae latinae*, 4, v° *Consuetudo*, col. 553-554.

(20) Cicéron, *De inventione*, 2, 53, 160.

(21) Cicéron, *De inventione*, 2, 54, 162.

La coutume est donc approuvée. Par qui ? Il ne s'agit naturellement pas du peuple, tel qu'il se présente réuni en comices. Non ; les textes disent : *vulgi adprobatione*. Ils parlent de l'approbation de la foule. Ils parlent d'autres fois de la volonté de tous ⁽²²⁾.

Le droit par coutume résulte donc de la mise en œuvre approuvée de principes de conduite impératifs, considérés de par la nature des choses comme nécessaires à assurer l'existence d'un groupement social plus ou moins étendu, famille, cité, nations.

Cet enseignement de la coutume est courant vers la fin de la République. On peut même remarquer que cette notion de la coutume, mise en œuvre de règles de conduite impératives et nécessaires, s'affirme alors même dans des cas où elle ne se rapporte pas au droit. Nous en avons des exemples fréquents : mais ceux que nous offrent les Commentaires de César attirent particulièrement l'attention. Ainsi, dit César, il est des principes de conduite qui s'imposent à l'armée, si l'on veut que l'existence des soldats soit assurée. Par exemple, en principe, l'on retiendra les soldats près de leurs enseignes : c'est là la mise en œuvre d'une règle de sauvegarde de l'armée. C'est, dira César, *instituta ratio et consuetudo exercitus populi romani* ⁽²³⁾.

La même idée, que la coutume consiste en la mise en œuvre de principes de conduite impératifs, se retrouve encore exposée d'une manière saisissante dans un document plus ancien, à savoir un édit des censeurs de l'an 662 (92 avant J.-C.). Il y est parlé des hommes qui ont institué un nouveau genre de règles de conduite : *homines qui novum genus disciplinae instituerunt*. Les censeurs repoussent ces nouveaux principes comme n'étant pas *recta* : ces nouveautés ne vont-elles pas à l'encontre de la coutume et du *mos* des ancêtres. *Haec nova, quae praeter consuetudinem ac morem majorum fiunt, neque placent neque recta videntur* ⁽²⁴⁾.

Au surplus, la coutume est bonne : mettant en œuvre des principes de conduite impératifs et nécessaires, elle est droite, *recta*. Sinon il ne pourrait y avoir de droit par coutume, puisque le droit, le *jus* est pour tous, *omnibus*, *recta ratio* ⁽²⁵⁾. La coutume est *ratio instituta*.

Les textes ne parleront donc pas en principe de bonne coutume opposée à mauvaise coutume. Bonne sera naturellement et en principe la coutume, de même que pendant longtemps les textes parlent de *mores*, sans lui adjoindre l'épithète de *boni*.

(22) Cicéron, *De inventione*, 2, 22, 67.

(23) César, *Commentarii belli Gallici*, 6, 34 : ... *magnamque res diligentiam requirebat non in summa exercitus tuenda — nullum enim poterat universis perterritis ac dispersis periculum accidere —, sed in singulis militibus conservandis; qua tamen ex parte res ad salutem exercitus pertinebat... si continere ad signa manipulos vellet, ut instituta ratio et consuetudo exercitus Romani postulabat...*

(24) *Edictum censorum*, dans Bruns, *Fontes iuris romani antiqui*, 1, 7^e éd., n° 67, p. 239 : *Renuntiatur nobis esse homines, qui novum genus disciplinae instituerunt, ad quos inventus in ludum conveniat; eos sibi nomen imposuisse Latinos rhetoras; ibi homines adolescentulos dies totos desiderare. Maiores nostri, quae liberos suos discere et quos in ludos itare vellent, instituerunt. Haec nova, quae propter consuetudinem ac morem maiorum fiunt, neque placent neque recta videntur.*

(25) Cicéron, *De legibus*, 1, 12, 33 : *Quibus enim ratio a natura data est, iisdem etiam recta ratio data est, ergo et lex, quae est recta ratio in iubendo et vetando; si lex, ius quoque; et omnibus ratio; ius igitur datum est omnibus.*

Cependant le droit par nature, ne l'oublions pas, le *jus natura*, dira Cicéron, peut être altéré par les vices des hommes ; les principes premiers, les étincelles données par la nature peuvent être étouffées, *igniculi extinguantur a natura dati exorianturque* : c'est ce que produira la corruption d'une mauvaise coutume, *corruptela malae consuetudinis* ⁽²⁶⁾. Aussi sera-t-il parlé par la suite, mais rarement, de *bona consuetudo*, comme il est parlé de *boni mores*.

Tel est l'enseignement donné vers la fin de la République, dans le cénacle des préteurs, des jurisconsultes, des orateurs et des philosophes romains sur la question de savoir d'où la coutume tire sa force obligatoire.

II

Cette leçon ainsi précisée est-elle demeurée intacte au cours des siècles de l'Empire ? C'est ce que nous allons maintenant rechercher en un court développement.

Il n'est pas de doute que la leçon précédente demeure en ses traits essentiels, bien que nous devions désormais noter de nombreuses imprécisions de langage.

Sans doute, le jurisconsulte Julien redira de la coutume qu'elle est ce qui a été introduit dans les mœurs, *id quod moribus et consuetudine inductum est*, qu'elle est le droit qui est dit institué par les mœurs, *jus quod dicitur moribus constitutum* ⁽²⁷⁾.

Il n'en est pas moins vrai que la notion de coutume, à l'époque des jurisconsultes classiques, tend à n'être plus désormais envisagée que dans ses rapports avec la notion de loi ⁽²⁸⁾. L'observation s'explique aisément. La loi, ne serait-ce que sous la forme des constitutions impériales, domine. Aussi, le plus souvent, c'est en comparaison avec la loi qu'il est parlé de la coutume. Julien dira par exemple que ce n'est pas indûment qu'on tiendra comme loi la coutume qui est le droit constitué par les mœurs et que sans aucun écrit ⁽²⁹⁾ le peuple a approuvé : le mot peuple étant d'ailleurs

(26) Cicéron, *De legibus*, 1, 12, 33 : *Atque hoc in omni hac disputatione sic intellegi volo, ius quod dicam, natura esse, tantam autem esse corruptelam malae consuetudinis, ut ab ea tamquam igniculi extinguantur a natura dati exorianturque et confirmentur vitia contraria.*

(27) Iulianus, *lib. 84 digestorum*, D., 1, 3, *De legibus senatusque consultis et longa consuetudine*, 32, pr. : *De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est...* 32, 1. : *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum...*

(28) Sans doute Cicéron faisait déjà le rapprochement naturel, en vue de les opposer, de la coutume et de la loi ; en ce sens, *De inventione*, 2, 22, 67 : *consuetudine autem ius esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobarit.* Pour lui, les notions du droit de nature sont en effet déduites tantôt en lois, tantôt en coutume (Senn, *De la justice et du droit*, pp. 36-37), ce qui donne d'ailleurs à la coutume un vaste domaine d'application (*De inventione*, 2, 22, 67 et 68 ; et la note de M. E. Lambert, *Fonction du droit civil comparé*, p. 700, n. 4). Sans doute aussi l'auteur de la Rhétorique *ad C. Herennium*, 2, 13, 19, avait fait le même rapprochement : *Consuetudine ius est id, quod sine lege aequae ac si legitimum sit, usitatum est.* — Mais, chez les jurisconsultes classiques, l'opposition entre coutume et loi est de portée encore plus étroite et plus systématique. — V. également, sur l'influence de la philosophie et rhétorique grecques en ce domaine, E. Lambert, *op. cit.*, pp. 714-717.

(29) Sur l'interpolation proposée du *sine ullo scripto*, cf. Steinwenter, dans Pauly-Wissowa-Kroll, v° *Mores*, col. 295 et les auteurs cités.

employé dans un sens général, sans aucune vue d'organisation politique. La coutume paraît au surplus fondée sur le consentement tacite de tous, *tacitus consensus omnium* ⁽³⁰⁾, en conformité, indiquent certains auteurs ⁽³¹⁾, avec la leçon grecque sur la notion de loi.

En tout cas, si l'on parle encore de coutume induite des mœurs, de coutume approuvée, que d'imprécision par ailleurs dans le langage, principalement chez les jurisconsultes successeurs de Julien. Les textes d'Ulpien par exemple sont à ce sujet dignes d'attention. Ne dira-t-il pas des *mores* qu'ils sont le consentement tacite du peuple enraciné par une longue coutume : *mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus* ⁽³²⁾. La définition est boiteuse ; elle s'explique mal ; combien elle paraît lointaine de cette définition de la coutume indiquée par Cicéron et d'après laquelle le droit par coutume est celui qu'une longue durée a amené à s'exprimer en mœurs *vulgi approbatione*. Dans la définition d'Ulpien, les éléments premiers de la coutume s'effacent devant la question de savoir par qui la coutume est approuvée. La comparaison avec la loi hante les esprits. C'est ce qui fera dire encore au même Ulpien qu'une longue coutume doit être observée *pro jure et lege* dans ces choses qui proviennent du droit non écrit ⁽³³⁾.

Au iv^e siècle, Hermogénien dira que ces droits qui ont été approuvés par une longue coutume et observés pendant de très nombreuses années, sont maintenus comme s'il s'agissait d'une convention tacite des citoyens, non moins que les droits qui ont été écrits ⁽³⁴⁾. L'expression *tacita civium conventio* pourrait peut-être, semble-t-il, s'entendre d'un soi-disant contrat social, tel par exemple que l'entendait l'école d'Epicure. L'explication est sans doute plus simple : Hermogénien reproduit sous ces termes *tacita civium conventio* la même idée qu'exprimait auparavant Ulpien sous les termes *tacitus consensus populi* : les termes *consensus* et *conventio* étant souvent employés à cette époque dans le même sens.

Mais, qu'on ne s'y trompe pas : malgré le fléchissement du langage juridique, malgré parfois même l'impropriété des termes, la vieille leçon demeure. Ainsi, quand le jurisconsulte Ulpien rapporte que le vendeur, au cas d'éviction de l'acheteur, est tenu de l'action d'achat, de l'*actio empti* même s'il n'a pas fourni la stipulation du double, il nous dira que cette règle de droit est de coutume, *moris et consuetudinis*, qu'elle doit être

(30) Iulianus, lib. 84 digestorum, D., 1, 3, h. t., 32, 1 : *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes : nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis ? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.*

(31) Cf. Lambert, op. cit., pp. 715-717 ; Steinwenter, op. cit., v^o *Mores*, col. 293-294 et les auteurs cités.

(32) Ulpianus, *Liber singularis regularum*, 4. (Cf. cependant Schulz, *Die Epitome Ulpiani des Codex Vaticanus Reginae* 1128, 1926, p. 22, n. 4).

(33) Ulpianus, lib. 1 de officio proconsulis, D., 1, 3, De legibus senatusque consultis et longa consuetudine, 33 : *Diuturna consuetudo pro iure et lege in his quae non ex scripto descendunt observari solet.*

(34) Hermogenianus, lib. 1 iuris epitomarum, D., 1, 3, eod. tit., 35 : *Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt iura servantur.*

comprise dans les actions de bonne foi ⁽³⁵⁾. Que veut-il dire en vérité si ce n'est, se référant à l'antique leçon, que le principe de fournir la garantie d'éviction, se dégageant de la notion de bonne foi, fortifié par l'usage et approuvé, doit ici s'imposer comme règle de droit.

L'antique leçon sur le fondement de la force obligatoire de la coutume subsiste, bien qu'affaiblie par les comparaisons de la valeur respective de la coutume et de la loi. Au ^{vi}^e siècle, Isidore de Séville se fera l'écho des deux tendances. Il dira de la coutume que c'est le droit institué par les mœurs : *consuetudo est ius quoddam moribus institutum*. Mais il ajoutera aussitôt, eu égard à la loi, que la coutume est tenue pour loi, lorsque la loi fait défaut : *quod pro lege suscipitur, cum deficit lex* ⁽³⁶⁾.

Nous sommes loin des développements précis et abondants qu'offre l'époque des préteurs et jurisconsultes de la fin de la République. Il n'est pas de doute qu'en envisageant seulement les textes intéressant la question qui se trouvent rassemblés dans les compilations de Justinien, nous n'eussions eu que des données bien imparfaites sur ce que fut l'enseignement de Rome en sa recherche du fondement rationnel de la force obligatoire de la coutume.

(35) Ulpianus, lib. 1 ad edictum aedilium curulium, D., 21, 1, De aedilicio ed., 31, 20 : *Quia adsidua est duplae stipulatio, idcirco placuit etiam ex empto agi posse, si duplam venditor Mancipii non caveat : ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire.*

(36) Isidore de Séville, *E libris originum s. etymologiarum* (Bruns, Fontes, 2, 7^e éd., p. 80) : 5, 3, 2... *Mos est vetustate probata consuetudo, sive lex non scripta. 3. Mos autem longa consuetudo est de moribus tracta tantundem. Consuetudo autem est ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex.*

SUR LA FONCTION PRIMITIVE DES TEMOINS DANS LA MANCIPATION

Par Franciszek BOSSOWSKI

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

Traduit par H. MANKIEWICZ

Secrétaire général de l'Institut de Droit Comparé de Lyon

La fonction primitive des témoins ⁽¹⁾, dont la collaboration était nécessaire dans la mancipation, paraît assez incertaine, et les doctrines élaborées à ce sujet par Bruns, Karlowa, Bekker et d'autres, ont actuellement besoin d'une révision.

Comme on le sait, le droit romain connaît des témoins qu'on fait assister à un acte, juridique ou procédural, dans le seul but d'administrer par eux, le cas échéant, la preuve de la conclusion de l'acte juridique procédural (*Forme primitive de la publicité*). Nous rencontrons des témoins de ce genre dans la loi des XII Tables où ils sont mentionnés I, 1 : « Si in ius vocat, ito, ni it, antestamino ; igitur em capito » ⁽²⁾. Les témoins qui assistaient à la *litis contestatio* avaient, paraît-il, la même fonction : « Festus

(1) Littérature : Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, Paris, 1891, pp. 11 à 36 ; Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, tome II, p. 380 ; Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, 1876-1905, tome I, p. 47 et ss. ; Bruns, *Die sieben Zeugen des römischen Rechts* dans *Comm. phil. in hon. Th. Mommsenii*, 1877, p. 485 à p. 506 ; *Kleinere Schriften*, tome II, p. 119 et ss. ; Leist, *Mancipation und Eigentumstradition*, 1865 ; Lenel et Rabel dans *Holtzendorffs Enzyklopädie*, tome I, 7^e éd., p. 312 et p. 406 ; Girard, *Manuel*, 7^e éd., p. 285 ; Bekker dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, tome 30, p. 26 et ss. ; Kretschmar, dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, tome 29, pp. 233 à 235 ; Costa, *Storia del diritto romano privato*, 2^e éd., Turin, 1925, p. 183, note 3 ; Czyhlarz dans *Glücks Pandektenbücher* 41, 42, 1^{re} Partie, 1887 ; Schlossmann, *In iure cessio und mancipatio*, 1904 ; Stintzing, *Ueber die mancipatio*, 1904, et *Nexum mancipiumque und mancipatio*, 1907 ; Weiss dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, tome 37, p. 136 et ss. ; Leist, *Antestatus* dans Pauly-Wissowa's *Realenzyklopädie*, tome I (1894), p. 2.356 ; Mitteis, *Römisches Privatrecht*, tome I, p. 259 ; Kunkel, *Mancipatio* dans Pauly-Wissowa's *Realenzyklopädie*, tome 27 ; D. Hasewinkel Suringa, *Mancipatio en traditio*, thèse, Amsterdam, 1931 (compte rendu de Schulz dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, tome 52, p. 543 et ss.) ; Leifer, même revue, tome 56, p. 136).

(2) Cité d'après Girard, *Textes de droit romain*, 5^e édit.

cf. v° *contestari litem dicuntur duo aut plures, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet « Testes estote » »* ⁽³⁾. Il en est de même en ce qui concerne les témoins du testament. D'après mon opinion exposée dans *Ze studjów nad pierwotnym testamentem rzymskim* ⁽⁴⁾, le testament romain primitif n'était licite qu'à défaut d'heredes sui appelés à la succession *ab intestat* (ou au cas de leur exhérédation par le *du cuius*), et un des esclaves du *du cuius* était alors institué héritier, en vertu du testament romain primitif, in comitiis calatis. (Quand le testateur voulait faire héritier un citoyen romain qui n'était pas un heres suus, il n'était pas besoin de testament ; car ce résultat pouvait être obtenu par l'adrogation ou l'adoption ; ce ne fut que beaucoup plus tard qu'on se servit de la forme du testament pour instituer un citoyen comme héritier, et cela parce que le testament ne liait ni le testateur, ni l'héritier de la même manière que l'adoption ou l'adrogation). Les citoyens réunis in comitiis calatis étaient, à mon avis, de simples *témoins* (d'où le nom de « testamentum ») ; la règle que tous les citoyens devaient être présents était une disposition de forme qu'il fallait observer à peine de nullité de l'acte (c'est-à-dire du testament) ; mais, au point de vue de la politique législative, la présence de l'ensemble des citoyens (in comitiis calatis) était exigée, d'une part, pour qu'aucun esclave ne put frauduleusement, par des déclarations inexactes et en collusion avec des gens malhonnêtes, obtenir le droit de cité et prendre injustement possession des biens laissés par son maître, et, d'autre part, pour que la validité du testament ne put être critiquée, le reproche de falsification étant dans ce cas en effet assez plausible.

Les témoins, dont la présence à la mancipation est exigée, paraissent avoir eu, vers la fin de la République, une fonction similaire : cf. le fragment suivant de la loi des XII Tables (VIII, 22) : « Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, improbus intestabilisque esto » ⁽⁵⁾. Dans ce fragment, on parle d'un testament per aes et libram, et des témoins présents à cet acte. Or, puisque le testament per aes et libram est sorti de la mancipation, cette règle de la loi des XII Tables s'appliquait vraisemblablement aussi aux témoins de la mancipation normale. Mais il est peu probable que cela ait été la fonction primitive des témoins de la mancipation : la nature de leur collaboration paraît avoir été primitivement plus active, et il semble que ce ne fut qu'après coup qu'ils devinrent de *simples* témoins, ainsi que cela se produisit plus tard pour le familiae emptor, et le libripens du testamentum per aes et libram, dans le ius honorarium. (Comme on le sait, l'édit prétorien n'exigeait plus la mancipation comme condition de la validité du testament ; et le familiae emptor, ainsi que le libripens, avaient été remplacés par les sixième et septième témoins du testament). Bien que cette hypothèse soit à première vue assez plausible, il est cependant difficile de deviner quelle a pu être la fonction primitive des témoins appelés à assister à une mancipation.

Je crois avoir découvert un indice dans la loi des XII Tables VI, 1 : « cum

(3) Cf. Wenger, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, p. 118, § 12, note 1 ; Wlassak, *Litiskontestation*, p. 69.

(4) Publié dans *Czasopismo prawnicze i ekonomiczne Krakowskie*, tome 24, p. 257 et ss., notamment p. 280.

(5) Cf. Aulus Gellius, 15, 13, 7, 7 ; cf. Inst. 2, 10, 6.

nexum faciet Mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto » (6). D'après la loi des XII Tables, on est libre de disposer de ses res Mancipi par acte entre vifs (et cela, par exemple, en employant la mancipation) ; le consentement des agnats n'est pas nécessaire pour la validité de la mancipation. Les juristes de la fin de la République et les juristes classiques interprétaient le passage précité de la loi des XII Tables en ce sens que la mancipation pouvait être accompagnée de stipulations supplémentaires, telles que le pactum fiduciae, l'exceptio vel deductio servitutis, etc. Le texte de la règle « cum nexum faciet Mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto » paraît cependant indiquer que, dans l'époque ancienne, la validité de la mancipation et du nexum a été subordonnée à d'autres exigences que celle de la nuncupatio ; et que ces conditions supplémentaires ont été abolies précisément par le texte dont il s'agit. Si nous voulons résoudre ce problème, nous devons tenir compte de ce que la disposition sur les biens de succession a été chez tous les peuples soumise à de nombreuses restrictions, qu'il s'agisse de dispositions entre vifs ou à cause de mort ; ces restrictions n'ont été abolies que peu à peu, d'abord celles concernant le droit de disposer entre vifs, et seulement ensuite celles relatives aux dispositions à cause de mort. D'après ce qu'on appelle la loi des XII Tables, la disposition sur la familia à cause de mort était, paraît-il, impossible (7) ; car la disposition à cause de mort n'est prévue expressément dans ce texte qu'en ce qui concerne la pecunia et la tutela (8) ; tandis que, d'après toute apparence, la familia doit aller aux heredes sui (ou à l'héritier testamentaire qui fonctionne à titre de remplaçant de ces héritiers), et que ce n'est qu'en l'absence d'héritiers de cette qualité que la succession est acquise par le proximus agnatus ou les gentiles (9). Le droit de disposer des res Mancipi par acte juridique entre vifs ne paraît avoir été introduit que par la règle précitée « cum nexum faciet Mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto » (10). Il semble donc que, dans une époque antérieure, la validité de l'aliénation d'une res Mancipi au moyen de la mancipation était subordonnée au consentement des collatéraux agnats et que ce consentement était exprimé par eux lors de la mancipation à laquelle ils assistaient à titre de témoins. Cette hypothèse m'apparaît d'autant plus plausible que le vendeur assiste pour ainsi dire passivement à la mancipation, qu'il déclare son consentement à la vente par sa simple présence et que son comportement se distingue de celui des témoins uniquement par le fait qu'il accepte la monnaie offerte par l'acheteur, et (peut-être) par la nuncupatio (11).

(6) Cf. Festus, Nuncupata; Cicero, de or. 1, 57; cf. Paulus Vat. Fr. 50, Gaius I 119, II 104; Varron, De lingua Latina, 6.60.

(7) Cf. Bonfante, *Scritti giuridici varii*, tome II, pp. 1 à 301.

(8) Tab. V.3. et mon étude *Ze studjów nad pierwotnym testamentum rzymskim* dans *Czasopismo prawnicze i ekonomiczne Kraków*, 1926, tome 24, p. 263 et ss.

(9) Tab. V. 4, 5 et mon étude précitée, ainsi que Bonfante, *Scritti giuridici varii*, tome 1, 1916, pp. 489 à 492.

(10) Sur les rapports entre la familia et les res Mancipi, cf. Wlassak, *Studien zum altrömischen Erb- und Vermögensrecht*, compte rendu de Siber dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, tome 54, p. 412 et ss.

(11) Gaius, I, 119; cf. Hasewinkel-Suringa, *Manzipatio en traditio*, pp. 68 à 86; Leifer dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, tome 56, p. 168. Dans les documents cunéiformes les frères puînés exercent une fonction analogue dans les actes d'aliénation faits par

Après que le droit de disposer des res Mancipi par acte entre vifs eût été introduit par la règle « cum nexum faciet Mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita ius esto », la collaboration des témoins resta cependant toujours nécessaire ⁽¹²⁾ ; mais pouvait être dorénavant témoin, non seulement l'agnat le plus proche qui était appelé à donner son consentement, mais tout citoyen romain pubère et d'une conduite irréprochable (plus tard non seulement tout citoyen romain, mais toute personne ayant le ius commercii ⁽¹³⁾). Aux temps primitifs, tous les collatéraux agnats, appelés à donner leur consentement, assistaient, semble-t-il, obligatoirement à la Mancipation ; il semble qu'en même temps qu'on réalisait la réforme dont nous venons de parler, on disposa que la présence de cinq témoins au moins était nécessaire pour la Mancipation ⁽¹⁴⁾.

Mais on peut se demander si la condition de la présence d'un collatéral agnat — imposée pour la validité de l'aliénation d'une res Mancipi par la règle « cum nexum faciet Mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita ius esto » — était exigée seulement dans le cas de l'aliénation par un des « consortes ercto non cito », ou aussi dans le cas de l'aliénation par le propriétaire unique. D'après le fragment récemment découvert de Gaius III, 154, a ⁽¹⁵⁾, chacun des « consortes ercto non cito » était autorisé à vendre la res Mancipi au moyen de la Mancipation sans avoir besoin du consentement des autres « consortes ercto non cito » ; ces derniers n'avaient que le ius prohibendi ⁽¹⁶⁾. Ce ius prohibendi paraît être une survivance du consentement, primitivement exigé, des autres « consortes ercto non cito ». Puisque — ainsi qu'il résulte de ce qui précède — dans le cas du « consortium ercto non cito » le droit de chacun des consortes individuels de donner son consentement avait été limité par la puissance des autres consortes sur la res Mancipi, et que ce droit avait été bientôt réduit à un simple ius prohibendi, il est sûr que la vente d'une res Mancipi, au moyen de la Mancipation, par le propriétaire exclusif pouvait se faire sans le consentement des collatéraux agnats. L'aliénation d'une res Mancipi par le propriétaire exclusif au moyen de la Mancipation paraît donc être calquée sur le modèle de la Mancipation par le « consors ercto non cito » ; mais dans la Mancipation d'une res Mancipi par le propriétaire exclusif, les témoins

leurs aînés ; cf. Koschaker, *Fratriarchat, Hausgemeinschaft und Mutterrecht in den Keilschriftrechten*, tirage à part de la *Zeitschrift für Assyriologie*. Série nouvelle, tome VII (XLI), p. 70-71 ; sur les restrictions successives du droit du frère aîné cf., par exemple, Alfred Schultze, *Zur Rechtsgeschichte der germanischen Brudergemeinschaft*, tirage à part de la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, tome 56, *Germanistische Abteilung* ; sur les rapports entre la loi des XII Tables et les droits des documents cunéiformes, cf., par exemple, Stanislaw Estreicher dans *Czasopismo prawnicze i ekonomiczne Krakowskie*, tome VI, pp. 216-247 ; tome VII, p. 86 et ss., et, du même auteur, *Najstarsze kodeksy prawne swiata*, Cracovie, 1931 ; D. H. Mueller (Berlin) dans *Czasopismo prawnicze Krakowskie*, tome VI, p. 79 et ss., Bonfante dans *Mélanges Cornil*, tome I, p. 121 et ss.

(12) C'est là une conséquence du conservatisme romain ; cf. Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, p. 65 et s.

(13) Arg. Ulp. Lib. sing. XIX, 4.

(14) Gaius, I, 119. Il est difficile de dire sur l'antestatus quelque chose de sûr.

(15) Cf., par exemple, Arangio Ruiz dans P. S. I. B. XI, n° 1.182 ; Collinet dans *Revue historique du droit français et étranger*, 1934, pp. 96 à 113 ; Levy dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, tome 54, p. 258 et ss. ; Korosec, *Novi odlomki Gaievih institucij*, Ljubljana, 1934 et C.-R. Maschi, *Disertiones*, Milan, 1935.

(16) Cf. Levy dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, tome 54, p. 281 et s.

obligatoires ont dû avoir eu une fonction autre que celle qu'ils avaient dans la vente d'une res Mancipi par le « consors erecto non cito » ; il est bien possible que dans la mancipation d'une res Mancipi par le propriétaire unique, ils ne furent de tout temps que de *simples témoins*. L'authenticité de la loi des XII Tables est, comme on le sait, vivement contestée par les uns ⁽¹⁷⁾, mais admise par les autres ⁽¹⁸⁾, et ce fait a une importance pour notre problème, parce que, vu les contestations sur l'authenticité de la loi des XII Tables, nous sommes obligés de fixer à l'aide d'autres indices l'âge de la règle « cum nexum faciet Mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto ». Mais les connaissances actuelles de l'histoire romaine primitive ne permettent pas encore une solution définitive du problème.

(17) Par exemple Pais, *Storia critica di Roma*, I, 1 (1898), p. 575 ; I, 2 (1899), p. 632 et ss. ; *Studi storici*, II, 1909 ; Lambert dans *Nouvelle revue historique du droit français et étranger*, tome XXVI, p. 129 et ss. ; *Le problème de l'origine des XII Tables*, tirage à part de la *Revue générale du droit*, 1902 ; *L'histoire traditionnelle des XII Tables*, dans *Mélanges Appleton*, 1903. Bibliographie chez Kalb, *Jahresbericht der klassischen Altertumswissenschaft*, tome 134, p. 17 et ss., et chez Bonfante, *Storia del diritto Romano*, p. 569.

(18) Par exemple Ermann dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, tome 23, p. 450 et ss., et Lenel dans la même revue, tome 26, p. 498 et ss., et dans *Holtzendorff's Enzyklopädie*, tome I, 7^e éd., p. 324 et ss.

SECTION IV

LE PASSE HISTORIQUE ET LE ROLE ACTUEL DU DROIT ROMAIN

RICCOBONO, *Le Droit Romain dans les œuvres de ses interprètes.*

DE KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Le rôle du Droit Romain pour le Droit Comparé.*

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

(Cette contribution publiée dans le Tome II, Troisième Partie, Titre Premier, Chapitre Premier, § 66).

Sur le DROIT ROMAIN COMME FOND COMMUN DES DROITS OCCIDENTAUX et sur SON RÔLE DANS LE DROIT CIVIL ET LE COMMON LAW, on consultera également les articles de MM. WIGMORE, L'AVENIR DU SYSTÈME JURIDIQUE ANGLO-AMÉRICAIN, publié dans le Tome II, Troisième Partie, Titre I^{er}, Chapitre IV, § 74, COLVIN, LE SYSTÈME DE COMMON LAW « ANGLAIS » APPLIQUÉ AUX ÉTATS-UNIS EST-IL BIEN ANGLAIS ?, publié dans le Tome II, Troisième Partie, Titre I^{er}, Chapitre I^{er}, § 67, RABEL, L'UNIFICATION DU DROIT DE LA VENTE INTERNATIONALE. SES RAPPORTS AVEC LES FORMULAIRES OU CONTRATS-TYPES DES DIVERS COMMERCEs, publié dans le Tome II, Quatrième Partie, Titre II, Chapitre I^{er}, § 118, PERITCH, L'INFLUENCE DU DROIT GERMANIQUE SUR LE DROIT PRIVÉ DES PEUPLES YOUGOSLAVES, publié dans le Tome II, Quatrième Partie, Titre I^{er}, Chapitre IV, § 116.

LE DROIT ROMAIN DANS LES ŒUVRES DE SES INTERPRETES

Par SALVATOR RICCOBONO

De l'Académie d'Italie

Traduit par Pierre GARRAUD

Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Lyon

Ce bref dessin des vicissitudes du droit romain, au cours de longs siècles, telles qu'elles apparaissent dans les interprétations des diverses écoles, doit être agréable à l'éminent collègue de Lyon, qui, par son œuvre scientifique, a mis en lumière les aspects les plus secrets et les plus complexes de l'histoire du droit des divers peuples et des différentes époques, en faisant ressortir, de manière originale, l'essence des institutions des diverses nations et l'esprit qui anime la formation des institutions juridiques.

Celui qui trempa ses armes et qui combattit dans le camp du droit romain ses premières batailles, batailles qui eurent un grand retentissement dans le monde scientifique, trouvera, si je ne m'abuse, dans cette rapide esquisse, la raison la plus profonde de la victoire de ce droit immortel créé par Rome dans le flux d'une vie puissante et toujours plus universelle ; et il y trouvera aussi les raisons immédiates des erreurs et de doutes découlant de l'analyse, plus ou moins critique, historique ou dogmatique des textes, d'où on ne sut, ni on ne put, au cours des siècles passés, distinguer, dans le contraste des éléments des diverses époques, la synthèse parmi l'ensemble des particularités, comme elle avait été présentée au VI^e siècle par Justinien dans sa Codification.

En effet, l'histoire des interprétations de cette œuvre révèle une série de problèmes toujours plus ardues, qui furent résolus de diverses manières et, le plus souvent, ne purent jamais être résolus.

Au début du XIX^e siècle, avant la découverte du manuscrit de Vérone de Gaius, Thibaut, dans la lutte contre Savigny pour la codification du droit en Allemagne, avait lancé l'anathème contre le droit romain, en écrivant : « toute la compilation de Justinien est obscure, c'est une œuvre hâtive, et de cela vient que nous n'aurons jamais la clef ouvrant son intelligence » (1).

(1) Civil. Abhandl., p. 404 (en 1814).

Qu'on ne puisse plus aujourd'hui répéter ce cri désespéré, doit être par tous reconnu. Toutefois l'écho de cette formule résonne encore, çà et là, dans la littérature contemporaine.

La cause de ce phénomène singulier doit être expliquée.

Que le droit romain ait pu, toujours triomphant, traverser les siècles, et toujours étendre davantage son empire, ce résultat ne peut provenir de sources troubles et incompréhensibles. C'est évident. Disons plutôt que l'incompréhension des détails et plus encore de l'ensemble a son origine, non pas dans la fausseté des raisonnements des interprètes, mais dans le point de vue unilatéral consistant à considérer le Corpus juris, qui est une œuvre très complexe, comme contenant non seulement le droit de l'époque de Justinien, mais encore toute l'histoire de sa formation depuis les origines de Rome.

C'est pourquoi le siège des doutes et des erreurs réside dans l'observation insuffisante, dans l'analyse incomplète, par défaut des connaissances historiques, des faits, qui devaient nécessairement aboutir à des résultats et à des synthèses erronés.

On doit estimer qu'aujourd'hui ce point de vue est, pour une bonne part, dépassé. Des connaissances historiques plus étendues, une analyse des textes plus perfectionnée, spécialement du point de vue de la critique, nous permettent de voir, dans une lumière plus claire, le contenu de la codification de Justinien, et en même temps tout le processus de formation du droit dans les siècles antérieurs.

Mais on saisit bien qu'on traite d'une matière ardente, où jamais ne s'apaiseront les contrastes et d'âpres batailles, dans le champ historique et dogmatique, et malheureusement aussi, dans le champ politique⁽²⁾.

★★

La tradition a toujours exalté Rome comme le centre vital de l'histoire, en tant qu'elle a donné au monde, avec sa puissante organisation et sa grande civilisation, ses propres formes de droit et de coutumes, de pensée et d'art, et surtout la conscience de l'autorité de l'Etat et en même temps de la liberté des citoyens. Dans la seconde moitié du XIX^e siècle, on a tenté de briser cette tradition millénaire. Le processus de démolition de la romanité procède des recherches plus approfondies sur les textes, des découvertes archéologiques et de nouveaux documents, de la critique historique, qui ont constitué la fortune et le titre de noblesse de ce siècle dans toutes les branches du savoir.

Mais c'était en particulier la révélation plus directe de la culture et de la civilisation grecques, qui exigeait de renoncer à Rome.

La tradition et l'empire de Rome s'obscurcissaient. Plus précisément c'était l'originalité de la pensée qui manquait à Rome et qui, par contre, se rencontrait toute chez les Grecs. A Rome, tout apparaissait dérivé des Grecs, de la religion à l'art, des formes de littérature à la philosophie ; de telle sorte qu'on dirait l'originalité et la grandeur des Romains constituées uniquement par l'appropriation du patrimoine des Grecs.

(2) La suite reproduit un discours déjà publié dans l'*Annuaire de l'Université Royale de Palerme*, en 1930.

Aujourd'hui encore, cette guerre au monde romain demeure ardente.

Et si, relativement à la littérature, à la philosophie, à l'art, les signes de réaction sont puissants déjà ⁽³⁾, par contre, dans le domaine historique, cette guerre s'étend et s'intensifie toujours davantage et attaque maintenant le patrimoine le plus remarquable du génie latin, c'est-à-dire la gloire du droit. La chose est étonnante puisque le droit créé par Rome a traversé triomphalement l'histoire, en conquérant toujours de nouveaux territoires par la seule force de son nom, par sa majesté, qui non seulement demeure intacte, quand elle se sépare du corps de l'Empire, mais encore s'accroît, en pénétrant enfin dans les pays de l'Extrême-Orient et partout où la nouvelle civilisation s'avance en deçà et au delà de l'Océan. Ainsi, l'influx de Rome est toujours visible dans les lois, dans les arrêts, dans les coutumes des nations les plus lointaines, et l'on peut bien dire que l'intelligence du monde vit encore de la civilisation romaine.

La guerre assaille, par conséquent, le patrimoine le plus majestueux de l'Italie, et trouve aujourd'hui un nouvel aliment dans l'aspiration de chaque peuple ou de chaque nation à revendiquer sa propre suprématie dans l'histoire de la pensée. Connaître les causes, les formes, les données de cette guerre, c'est la condition essentielle pour l'affronter et en sortir vainqueurs. Dans le domaine du droit, où je dois limiter mon analyse, la force est dans nos mains et elle est invincible. Il y a dans ce domaine toute une masse d'éléments dans la littérature latine, juridique et non juridique, et dans la tradition auguste qui est toujours apparue dans une lumière d'étonnement, comme d'une chose surhumaine, faite non point de fantômes, mais bien de vérités éternelles. Or, si, dans l'heureuse époque actuelle, toutes les forces se tendent pour relever l'esprit national en prenant pour base les vieilles traditions, dans la mesure de la vie et de la puissance qu'elles ont suscitées, notre premier devoir est d'affronter avec vigueur la lutte.

On a dit et répété, même en Italie, que l'on ne fait pas de la science avec des préjugés d'origine sentimentale.

Cette phrase ne sert qu'à couvrir une mauvaise action, car la défense du véritable droit découle de sa nature même, selon une tradition juridique antique et vénérable. Du reste le meilleur moyen de répondre est de réfuter à la lumière des faits les erreurs des historiens et des critiques. Le problème est donc tout simplement celui-ci : voir si l'originalité, la grandeur, la suprématie de Rome dans le domaine du droit peuvent être mises en doute, ou, de manière quelconque, diminuées. La lutte contre le droit romain se reconnaît à cette mode intellectuelle consistant à nier toutes les valeurs de la latinité.

La mode vient de l'Allemagne qui eut le mérite au XIX^e siècle de poser sur des fondements plus solides la science historique dans tous les domaines du savoir. Mais tandis qu'elle jaillissait resplendissante de gloire et fière de sa puissance, le sentiment national la poussa à se tailler, spécialement dans

(3) Cf. R. REITZENSTEIN, *Das Römische in Cicero und Horaz* « Neue Wege zur Antike » 1925, et les autorités citées; FUNAIOLI, *La letteratura latina nella Cultura antica* (Publications de l'Université Catholique du Sacré-Cœur, 1927); HARDER, *Ueber Ciceros Somnium Scipionis* (1929); *Die Einbürgerung der Philosophie in Rom* (Die Antike V); ROSTAGNI, *Genio greco et genio romano nella poesia* (Riv. di filologia e istruzione classica, 1922, pp. 305 et suiv.), et références citées.

notre domaine, la part du lion. Et il est douloureux que, chez nous, se trouve de prévaloir pour longtemps cet esprit d'obséquieuse acceptation de la vérité d'autrui, considérée comme apportant les résultats de recherches plus savantes. C'est la plus haute justification de la réaction historique et scientifique, qui prend aujourd'hui une importance remarquable.

★★

En tout temps lumineuse, la tradition du droit romain ne fut pas toujours égale et pacifique dans les diverses périodes historiques.

L'interprétation et la valeur des sources antiques doivent, c'est évident, subir l'influence de la culture, des tendances et des aspirations propres à chaque époque. C'est ainsi que, dans le millénaire où nous sommes, et particulièrement de 1100 jusqu'à 1900, le droit romain apparut bien toujours comme la révélation la plus resplendissante du génie de Rome, mais de points de vue et sous des aspects toujours différents. C'était inévitable, parce que la Codification de Justinien est une œuvre assez complexe, dont les éléments variés et souvent contradictoires, ne pouvant se composer en une unité harmonique, laissaient un plus vaste champ à la compréhension et à la synthèse. D'où il arriva que la sélection, la coordination de ces éléments furent fatalement déterminées par la culture, par le génie du temps et des individus, avec des résultats souvent opposés, et, plus souvent encore, ne répondant pas à la vérité historique.

Au cours du millénaire, on peut bien distinguer six périodes, dont il est nécessaire de connaître, au moins, les caractères fondamentaux.

I. — La Glose (1080-1260), par sa profonde connaissance de tout le contenu du Corpus juris, s'orienta de préférence vers le droit de Justinien.

Dans la Glose, au demeurant, on rencontre toujours deux doctrines fondamentales sur divers points de droit; une doctrine dominante, conforme au droit d'équité qui apparaissait en un relief marqué dans le Corpus juris; l'autre, en opposition ouverte, déterminée par des principes et des décisions qui préparaient une structure logique, solide et irréfragable, à chacune des institutions juridiques.

Dans l'une et l'autre de ces doctrines, les docteurs s'efforcèrent de contraindre à s'amalgamer entre eux les éléments contraires, en les agrégeant dans un sens ou dans l'autre aux principes directeurs, et en les considérant comme cas particuliers, exceptions, ou *fallentia*. Comme résultat, la Glose sut reconstruire un système de droit organique, dans lequel la tradition romaine apparaissait dans toute sa force et dans toute sa pureté.

C'est du moins ce qu'on croit jusqu'au delà de la moitié du XIX^e siècle (4).

II. — De 1260 au XVI^e siècle les Commentateurs ou Postglossateurs s'appliquèrent avec beaucoup de ferveur à élaborer des doctrines juridiques, en commentant et en reconstruisant tout le système juridique, tel qu'il ressortait des recherches de la Glose.

III. — Du XVI^e au XVII^e siècle domine l'Ecole des Humanistes ou des

(4) STINTZING, *Gesch. der deutsch. Rechtswiss.*, 88 et s.; cet auteur, à la page 102, écrit que les Glossateurs « zuerst die exacte Methode der Exegese auf das Justinianische Recht in seiner Gesamtheit und in seiner Reinheit zur Anwendung brachten ». Cfr. en outre LANDSBERG, *Die Glosse des Accursius*, p. 23 et s.

Erudits. Nourris d'une vaste doctrine littéraire, ils eurent une plus claire perception du droit classique, dont la perfection les attira et les subjuga. Ils méprisèrent par suite dédaigneusement soit les interprétations concilia-trices de la Glose, soit les altérations apportées aux textes par Justinien; et là où ils ne reconnurent pas ces dernières, ils corrigèrent arbitrairement les textes, pour les ramener à la discipline et à la logique classiques. La contri-bution de l'Ecole des Humanistes fut considérable en ce qui concerne l'in-telligence et la reconstitution classique des institutions juridiques.

Mais ils ne comprirent rien à la Codification de Justinien; et c'est pour cette raison qu'ils répudièrent âprement les doctrines dominantes de la Glose. Sous cet aspect, le caractère de leur œuvre est surprenant: en ce sens qu'elle n'a été d'aucune valeur pour la dogmatique du droit, et qu'elle n'a eu aucune importance en ce qui concerne la Codification de Justinien. C'est pourquoi les Humanistes n'eurent aucune influence sur la pratique, qui, par bonheur, avait déjà une guide impitoyable et sûr dans les enseigne-ments de la Glose.

IV. — Avec Ugo Grotius (1631), l'Ecole des Juristes du Droit naturel se trouve inaugurée. Grotius est un profond connaisseur des Sources Romaines et place à la base même de ses doctrines les enseignements qu'il en retire. Ainsi dans l'ouvrage « *De iure belli ac pacis* », il écrit : « nam rationes saepe optimaе suppeditant ad demonstrandum id quod iuris est natura » (Proleg. 53).

Les Juristes du Droit naturel eurent le grand mérite, venant après la Glose et les Commentateurs, d'en réaffirmer les doctrines, en faisant par ailleurs tomber toutes les constructions dans lesquelles elles se trouvaient enveloppées : en partie par suite des formes dans lesquelles le droit s'était manifesté à Rome, en partie par suite du travail artificiel des Commenta-teurs.

L'œuvre de cette Ecole fut dans l'ensemble encore bienfaisante, parce qu'elle considéra les formes dans lesquelles le droit s'était manifesté comme des éléments caducs, et qu'elle mit en plus fort relief les éléments natu-rels du phénomène juridique.

C'est ainsi qu'on doit aux Juristes du Droit naturel l'affirmation défi-nitive que la propriété se transfère par le seul consentement et la maxime que toutes les conventions engendrent des obligations. Nous constatons maintenant qu'ils surent magnifiquement utiliser les germes et les dogmes des sources latines et mettre en relief dans un système organique les prin-cipes et les normes qui représentaient déjà dans le droit de Justinien le sommet de l'évolution ⁽⁵⁾.

V. — Au début du XIX^e siècle commence l'école historique allemande, dont le chef reconnu fut Frédéric-Charles von Savigny. Le programme en fut dicté à l'occasion du débat suscité au sujet de l'opportunité d'une codi-fication du droit privé pour l'Allemagne, codification analogue à celle qui avait été accomplie à la même époque pour la France.

La possibilité de la codification fut niée par Savigny ⁽⁶⁾. A ce propos

(5) Pour le transfert de la propriété, cf. le fr. 9, 3 Dig., 41, 1; pour les pactes, le fr. 7, 3, Dig., 2, 14.

(6) Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (3, dans l'éd. de 1840).

il formula le principe que le droit, phénomène social, est sujet à la loi de l'évolution.

Si le droit romain désormais ne pouvait être considéré comme la « *ratio scripta* », il en découlait la nécessité de rechercher avant tout dans quelle mesure il était encore vivant sur le territoire de l'Allemagne. L'école réagissait de manière totale et énergique contre la doctrine et le système des Juristes du Droit naturel.

Elle se rapproche au contraire de cette direction des Humanistes, plus haut décrite, qui pouvait être à présent mieux suivie, à la lumière des sources nouvelles, lumière puissamment alimentée par la ferveur des recherches historiques dans toutes les branches du savoir.

Les découvertes du manuscrit de Gaius, à Vérone, et des Fragments du Vatican, faite par le Cardinal A. Mai, dans la *Bibliothèque Vaticane*, en 1820, leur donnèrent une grande impulsion. Mais, avec Gaius comme guide, la doctrine et l'esprit du droit classique se ranimèrent d'un seul coup et se transfusèrent dans les textes du Corpus Juris. L'édition du Digeste du XIX^e siècle, qui a le plus d'autorité, en porte la marque dans les corrections des textes proposées par Mommsen.

En définitive, les investigations de l'école historique allemande, largement suivie en France et en Italie, ouvrirent la voie à la reconstruction d'un système de droit qui est aussi grandement voisin du droit classique qu'il est loin du droit de Justinien. D'où l'on pouvait bien dire, en tirant la conséquence la plus importante des résultats de ces études, que le droit de Justinien était plus conforme au droit classique qu'au droit moderne.

Cette affirmation ne saurait surprendre. En effet, jusqu'à une époque récente, l'attitude des auteurs envers Justinien était celle des Humanistes de l'école qui a pour symbole A. Fabre. Et quand ils voulurent tenir compte des divers éléments du Corpus Juris, ils les enfermèrent en une expression dogmatique arbitraire, en construisant des figures et des structures juridiques sans évidence aucune et sans aucune réalité.

Et par conséquent l'école historique, elle aussi, s'éloigne toujours davantage de l'exacte intelligence du Corpus Juris, et de la compréhension du droit codifié de Justinien.

L'œuvre de la Glose et des Commentateurs est restée et reste encore ensevelie sous la poussière.

VI. — Sur la fin du XIX^e siècle, commence enfin le travail critique sur les sources romaines avec la recherche des interpolations. On peut parler aujourd'hui d'une nouvelle école qui domine nos études : elle a pour objet d'épurer les textes classiques des superstructures de Justinien. La direction et la méthode sont encore dominantes, et nous devons nous occuper plus loin des résultats de cette école.

★★

Au point où nous en sommes, il est opportun de confronter les résultats des diverses écoles dont nous avons au moins une première notion.

La Glose a sauvé le droit romain de l'oubli qui était inévitable, à cause de la forme dans laquelle il avait été transmis par la Codification de Justinien. L'œuvre était trop vaste et trop complexe, par la richesse et la variété d'éléments qui souvent aussi étaient hétérogènes.

La Glose sut en extraire le véritable contenu, en mettant en relief les

éléments encore vivants, et en rejetant dans l'ombre, par tous les moyens, quels qu'ils soient, et de toute façon, les éléments archaïques et morts. Elle put répandre en Europe et révéler le trésor contenu dans la Compilation.

Ses enseignements constituèrent, au cours des siècles suivants, le droit commun européen, qui, par la suite, se transporta dans les Codes de droit privé, élaborés dans les divers Etats du XVIII^e au XX^e siècles.

Ces Codes sont les rameaux poussés sur le vieux chêne, solide sur ses profondes racines.

Les Commentateurs illustrèrent ce droit et coopérèrent puissamment à sa diffusion et à sa consolidation.

Bartole, qui fut le chef de cette école, nous apparaît comme le souverain du droit, et ses œuvres accompagnèrent partout la Glose. Et il faut également noter que, dans les œuvres de ce Commentateur, les sources romaines sont utilisées pour la solution de tous les problèmes de droit public et privé que le mouvement incessant de la vie venait à susciter.

Ainsi l'Italie, une seconde fois, devint la grande forge où le nouveau droit se modèle sur les bases et avec les formes romaines. Le nouveau droit se reconstitue en Italie au temps où se développe cette prodigieuse expansion des commerces, des industries, des trafics des Républiques maritimes et des Communes qui dominent les marchés du Monde, de toute la Méditerranée orientale d'un côté, et de l'autre de la Provence, de l'Espagne, de l'Allemagne, de l'Angleterre.

Les Humanistes, qui, comme nous l'avons vu, restèrent bien éloignés de l'esprit et de la compréhension du Corpus Juris, demeurèrent des théoriciens. Ils enseignèrent le droit romain le plus archaïque et n'eurent aucune influence sur la pratique. Ugo Grotius, dès le début, l'atteste en disant : « in ius illud commune aut nunquam aut nonnisi leviter expatiantur, vix ullum habent usum, qui nostri sit argumenti » (Proleg. 55).

Savigny (7) l'atteste, en disant : « Comprendre les doctrines dans la théorie et dans la pratique des siècles postérieurs n'est point possible si l'on ne recourt pas aux débuts, qui se retrouvent dans les écrits des Glossateurs ».

Mais surtout c'est l'Humaniste Hotman qui l'atteste, lui qui, dans un opuscule sous le titre « Antitribonianus » (8), condamne toute la direction de l'enseignement et la substance même du droit romain pour ce motif que ce droit, étant tout imprégné de notions et de doctrines archaïques, serait tout à fait étranger au monde contemporain.

★★

L'école allemande du XIX^e siècle, dans le programme dicté par son fondateur, avait posé le problème dans ses termes les plus précis. On se prépara à reconstituer le droit romain dans son évolution historique; mais on n'eut pas la possibilité d'accomplir avant toute autre besogne une analyse des textes des lois. L'école ne put en aucune manière se rendre compte du développement des doctrines et du progrès du droit, ni même reconnaître les altérations apportées aux textes par Justinien; et pourtant elle réussit

(7) SAVIGNY, *Gesch. des Röm. Recht im Mittelalter* (2^e éd.), vol. V, p. 234, cfr. 228-240.

(8) HOTOMANNI, *Antitribonianus sive dissertatio de studio legum*.

à construire comme je l'ai dit, une dogmatique qui était plus conforme au droit classique et s'éloignait toujours davantage du droit de Justinien, en adoptant souvent un hybridisme juridique, qui pouvait tout au plus donner satisfaction à l'enseignement universitaire. C'est pourquoi elle plaça au centre de toute la reconstitution du droit romain, l'œuvre de Gaius du II^e siècle après J.-C. (9), et par suite considéra comme encore vivante dans le Corpus Juris la distinction fondamentale entre *jus strictum* et *æquitas*, entre *jus civile* et *jus honorarium*, avec toutes les conséquences d'ordre historique, critique et dogmatique.

Les mérites de l'école historique allemande ne doivent pas être méconnus. En tout domaine, ils furent grands, et, sous de multiples aspects, extraordinaires. Mais ici, je discute les résultats de son œuvre au regard seulement de la loi de l'évolution du droit, et par rapport au contenu de la Compilation de Justinien.

Sous ce rapport, elle réaffirme largement les doctrines des Humanistes, par des recherches toujours plus étendues et plus profondes. Le résultat est connu. Bien connu de tous les écrivains du XIX^e siècle, philologues et historiens et de tous les hommes cultivés : pour exalter la gloire de Rome dans le champ du droit, on mentionne les XII Tables et le préteur romain, la *rigor iuris* et l'*æquitas*, c'est-à-dire le droit national romain, le point de départ de tout le développement ; sans tenir compte de toute l'évolution ultérieure du droit qui, dans la Compilation de Justinien, avait déjà pris les caractères et les formes d'un droit d'équité, unitaire, universel, en tant qu'achèvement et synthèse de la grande histoire de Rome, et de l'œuvre admirable de la jurisprudence romaine.

Et ici on ne doit point passer sous silence l'explication d'un pareil phénomène, qui pourrait surprendre, s'agissant d'une école historique si savante. On doit en vérité reconnaître que cette école, pour remplir sa tâche, avait nécessairement l'obligation de commencer précisément l'étude du droit ancien, comme base de toute l'évolution ultérieure et de son achèvement même dans la Codification de Justinien. Et l'on conçoit en outre aisément que, n'ayant pas les moyens d'accomplir une analyse préliminaire et attentive des textes, elle n'ait pu éviter l'erreur fatale. Néanmoins une représentation aussi fausse du droit romain, après un siècle d'intense travail et de recherches ingénieuses, paraît surprenante. Et cette impression s'accroît, si l'on considère que l'école avait créé au XIX^e siècle, comme cela s'était produit au XVI^e siècle, un musée de momies juridiques, avec la prétention d'avoir approfondi l'étude du droit romain.

Bien entendu l'opposition à cette école ne fit pas défaut.

R. Ihering attaque l'école historique ; mais il ne vit pas que ses défauts étaient imputables non pas au droit romain, mais à ses interprètes ; et s'il leur reproche l'arrêt du développement du droit, paralysé par les chaînes rouillées du formalisme archaïque, au fond l'accusation visait le droit romain.

En effet, il retient « que la tâche de l'école historique était épuisée »,

(9) E. LANDSBERG, *Gesch. der deutsch. Rechtswiss.* Abt. 3, pp. 16-40-44. Et déjà SAVIGNY (*Beruf*, 33) indiquait comme le point le plus élevé du développement du droit romain la période des Sévères.

et il énonce la formule « par le droit romain, mais au delà du droit romain » ⁽¹⁰⁾.

L'attaque d'Ihering partait des mêmes motifs qui avaient poussé Hotman à la rébellion; mais elle partait aussi de l'illusion naïve que le droit romain aurait été tout entier découvert, et que tout le trésor de lois et d'expérience constituant l'héritage spirituel de Rome aurait été donné à la science moderne.

Et qui ne se souvient du reste des invectives qui furent lancées, à la fin du XIX^e siècle, et non pas seulement par les disciples de Karl Marx, mais encore par des juristes, des philosophes et des historiens, contre le droit romain, accusé d'avoir paralysé le cours de la civilisation avec sa loi d'airain de l'individualisme, avec ses chicanes légales, avec son formalisme archaïque ?

Dans tout ceci il y avait un élément de vérité; mais l'accusation devait atteindre non pas le droit romain, mais ses interprètes arriérés, encore que très savants.

Le formalisme et l'archaïsme romains du Corpus Juris, on l'entend bien, constituaient en réalité les résultats les plus saillants des recherches plus approfondies sur les sources juridiques, accomplies sous la direction et dans l'esprit de Gaius, et par conséquent avec l'appauvrissement essentiel de ce patrimoine juridique que Rome avait créé et Justinien transmis à l'humanité.

Gradenwitz, le premier, en 1887, oppose à cette croyance l'affirmation précise que le droit de Justinien était en effet plus conforme au droit moderne qu'au droit classique ⁽¹¹⁾. Mais nous verrons plus loin comment cette expérience fut utilisée et développée.

★★

Ainsi, de ce rapide examen, il ressort manifestement que les seuls véritables interprètes du Corpus Juris furent les juristes médiévaux de l'Ecole Italienne, célèbres déjà comme les fondateurs du droit commun européen, constitué sur une large base par le droit romain. Par la suite, aucune école, si grande qu'ait été sa science, n'a apporté une véritable contribution à une meilleure compréhension du Corpus Juris comme œuvre législative. Au contraire, plus approfondies sont les recherches et plus se dessine le contraste entre le contenu de la compilation de Justinien et le droit moderne; précisément parce que, par l'œuvre de ces écoles les plus nourries de science historique, au XVI^e siècle et plus tard au XIX^e siècle furent placés en un plus grand relief et coordonnés en un système toujours plus complet, les éléments formant la structure du droit quiritaire, dont les institutions et les théories juridiques se développèrent logiquement tout droit jusqu'à la précision linéaire, imbrisable, et ne furent paralysées çà et là, ou brisées par l'autorité du magistrat romain, que devant des exigences qui ne pouvaient être évitées. L'école historique du XIX^e siècle en particulier voit dans l'œuvre de Gaius le sommet du développement du droit romain. Elle en fit ensuite le centre de toute l'évolution ultérieure; sûre d'avoir retrouvé la voie de la vérité et de dominer enfin et d'ordonner la réalité confuse de l'œuvre législative.

(10) Unsere Aufgabe : in Jahrbücher für die Dogmatik, vol. I (1857), p. 4, 22.

(11) Interpol. p. 170.

De plus vastes développements doivent être consacrés par la suite à l'école critique contemporaine, dont j'ai déjà tracé l'esquisse, parce que cette école tira de l'héritage de l'école historique, pourtant si suspecte, de nouvelles et plus graves affirmations concluantes. Pour l'instant, il est nécessaire de s'arrêter un peu sur le point en cours d'examen, en vue d'une appréciation plus précise de cet héritage.

★★

Les conséquences des méthodes, des directions et des résultats plus haut décrits, furent on ne peut plus funestes.

En substance, les diverses écoles ont donné par ces moyens une représentation qui n'est adéquate en rien à la vérité historique, et jamais elles ne purent révéler la loi de l'évolution du droit romain. Il est caractéristique que l'école historique du XIX^e siècle nie, avec une ténacité au delà de toute imagination, l'influence du christianisme, même sur la Codification de Justinien. Et ceci provient non seulement du fait de la pénétration des doctrines et de l'esprit du matérialisme historique dans le champ de la jurisprudence, mais, plus spécialement, de ce qu'il paraît absurde de poser un pareil problème dans l'ambiance des doctrines du droit des Quirites et du préteur romain, que l'école la plus éclairée proclame l'unique, le vrai, le pur droit romain. Et mieux encore qu'absurde, on proclame une entreprise de folie, la recherche, dans un droit élaboré par des juristes persécuteurs des chrétiens, de l'éthique chrétienne.

Et, pour cette raison, on conclut que le christianisme n'a exercé son influence sur le droit qu'au Moyen Age seulement. Il est utile de rapporter ici un nom et un exemple.

Paul Fournier⁽¹²⁾ notait naguère que Girard ne s'occupe pas du droit du Bas-Empire et qu'il nie toute influence quelconque du christianisme sur le droit romain. Je fais observer qu'il s'agit d'un auteur dont l'œuvre est répandue aujourd'hui à travers le monde, œuvre à juste titre vantée pour son exposé limpide des institutions des Romains, transmises par la Compilation de Justinien, comme exemple et modèle de perfection proposé à la jeunesse pour sa culture juridique, et comme la source la plus claire et la plus riche du droit moderne. Pour ce grave auteur, donc, le Bas-Empire n'avait rien à enseigner.

C'est ainsi que, dans son œuvre, jusqu'en 1909, dans l'indice analytique, le mot « christianisme » n'apparaît même pas. Mais dans les éditions ultérieures, le vocable fut inséré, quelques notes, çà et là, furent retouchées; cependant la négation d'une influence quelconque de l'éthique chrétienne fut maintenue avec fermeté⁽¹³⁾.

Et la série des négations est imposante, pour ce qui est de tout le domaine du droit privé, dans tous les manuels modernes, et toujours pour la même raison. On continue à exclure l'admissibilité de la prohibition des actes émulatifs, comme l'avait déjà fait Cujas, le grand représentant de

(12) Rev. Hist., 1926, n. 4.

(13) C'est pourquoi l'influence du Christianisme sur le droit, affirmée par moi de manière décisive (Riv. di diritto civ., vol. 3, année 1909) fut vigoureusement combattue, cfr. BAVIERA, Mélanges Girard, 1912, suivi par KRUEGER, Gesch. der Quellen, 2, p. 297, et spécialement dans les Berichtigungen (note 8).

l'Ecole des Humanistes, parce qu'elle serait inconciliable avec le principe quiritaire : *qui suo iure utitur neminem laedit* ⁽¹⁴⁾. On nie l'admissibilité de l'action d'enrichissement, sur la base particulièrement d'un passage du Corpus Juris qui provient de Julien (fr. 33 D. XII, 6). On nie que les conventions dépourvues de formes (*pacta*) soient munies d'action, en rappelant le système fondamental du droit classique exposé par Gaius, qui détermine les sources et causes des obligations, et en rappelant le rigide formalisme romain, qu'on a voulu voir encore dans le Corpus Juris. On nie toute application quelconque de la représentation directe en se basant sur le principe quiritaire « *per extraneam personam non acquiritur* ». On ne nie pas seulement dans les cas exceptionnels l'efficacité de la stipulation en faveur des tiers par la maxime : « *nemo alteri stipulari potest* », mais même on exclut toute dérogation quelconque, fût-elle indirecte, au principe lui-même ⁽¹⁵⁾. On nie la nullité des actes simulés, en affirmant que la volonté interne ne peut-être appréciée en face de la déclaration qui constitue toute la substance de l'acte. On tient la « stipulation » pour encore vivante sous sa forme verbale solennelle, parce qu'elle figurait dans Gaius, et parce qu'elle apparaissait dans de nombreux passages de la Compilation. On tient le fils de famille pour incapable d'avoir un patrimoine et d'exercer des actions, à cause du principe qui découlait formellement de la structure patriarcale de la famille romaine.

En somme on tient les institutions et les normes du droit quiritaire pour pétrifiées et intangibles, souvent jusque dans la Compilation de Justinien. Les atténuations des exceptions et également les contradictions d'ordre varié aux principes sus-indiqués étaient rapidement notées, parfois avec cette remarque que Justinien avait, par incompréhension ou d'une manière exceptionnelle, mais toujours de façon barbare, altéré la ligne admirable, la logique mathématique des structures juridiques classiques.

Cet état de la science romaniste avec ses résultats et son contenu archaïque fut grandement utile à l'école des Germanistes, c'est-à-dire des adeptes du droit national germanique. Ceux-ci, spécialement après 1870, levèrent l'étendard de la révolte contre le grand esclavage spirituel du droit romain. C'est l'époque, bien connue, du mot : *los von Rom* — qui eut un très vaste développement dans la lutte pour la culture.

Et les germanistes firent les plus admirables découvertes dans le domaine de l'histoire du droit. Ils dirent que le droit germanique avait eu la grande influence dans la formation du droit commun, par ses lois et ses coutumes et aussi par les enseignements de l'école lombarde de Pavie, d'où Bologne aurait appris la méthode de l'étude des textes. Et par là on en venait à dire entre autres que les Glossateurs n'avaient pas été véritablement fidèles au texte de Justinien qu'ils avaient sous les yeux, et que, bien plutôt, ils avaient donné aux textes le sens le plus convenable, requis par les exigences de la pratique et des coutumes juridiques de leur temps.

Ils dirent que, tandis que le droit romain avait un caractère étroit, rigoureux, individualiste, le droit germanique lui avait infusé une vie nou-

(14) Cfr. SCIALOJA, V° *Aemulatio*, dans l'Enciclopedia Giur. Ital., par. 13, p. 439, et dans ses autres écrits; PEROZZI, *Il divieto d'atti di emulazione e il regime giustiniano delle acque private* aux Arch. Giur., 53 (1894), p. 350 et s. Cfr. aussi Ist. 2, par. 78.

(15) Cfr. EISELE, Beitr., p. 85.

velle avec le grand principe de sociabilité et d'équité, avec l'admission de l'action pour toutes les conventions passées sans forme (*pacta*) ⁽¹⁶⁾; qu'il avait introduit des institutions fondamentales de procédure, par exemple la preuve légale qui, dans le droit romain, à l'inverse, était entièrement libre ⁽¹⁷⁾, l'institution de la décision interlocutoire ⁽¹⁸⁾, le concept de l'exécution publique des sentences ⁽¹⁹⁾; toutes ces affirmations arbitraires que suit cependant la doctrine italienne, en attribuant à la législation barbare des principes et des institutions qui étaient au contraire un produit du développement du droit romain dans la dernière période du Bas-Empire ⁽²⁰⁾.

Ils dirent encore que le droit germanique avait une incomparable richesse dans le domaine des droits réels, en comparaison de la pauvreté du droit latin; pour en conclure que la servitude envers le droit romain avait préjudicié au développement plus sain du droit national germanique.

Et cette lutte contre le droit romain atteint son point culminant à la fin de l'âpre débat suscité par le projet de Code civil préparé par un romaniste Windscheid, qui était le représentant reconnu de la science juridique du temps. Dans l'ardeur de la polémique, on déclara alors que le projet était intolérable à cause de la langue et de la substance des normes, que c'était un traité de Pandectes, ou plutôt un traité de Windscheid, transposé en paragraphes législatifs.

La lutte eut certainement un résultat. Le projet fut soumis à une révision; sur quelques points particuliers il fut amélioré, rendu plus alerte; sur d'autres il fut incontestablement empiré ⁽²¹⁾. Mais le Code allemand, qui entra en vigueur le 1^{er} janvier 1900, demeura essentiellement, malgré toutes les modifications qui furent introduites, du type romain.

Ce qui signifie que sur le terrain des Codifications, le droit romain maintient encore sa domination séculaire du monde, grâce au mérite, il est utile de le répéter, des fondateurs du droit romain, des premiers et des véritables interprètes du *Corpus Juris*.

**

Il n'en est pas de même dans le domaine historique et doctrinal. Sur ce point, on ne peut nier le triomphe du droit germanique. Il faut voir en effet quels enseignements se sont diffusés dans le monde à travers les œuvres de l'Ecole des Germanistes. Je rappelle en premier lieu le jugement d'un grand juriste de l'Amérique contemporaine, O.-W. Holmes, juge à la Cour Suprême de Washington et l'un des plus hauts représentants de la science juridique américaine; il écrit que « l'on ne voit pas l'utilité de l'œuvre du droit romain, puisque (je traduis littéralement) les principales racines de notre droit sont dans le droit franc, non dans le droit romain, et

(16) Cfr. CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese* (Traduction Ascoli et Commeo, 1908), pp. 3 et s.

(17) Cfr. RICCOBONO, *Traditio ficta* in Z. S. S. (1913), pp. 231 et s.; WENGER, *Zivilproz.*, p. 283.

(18) Cfr. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano* (Extrait des *Studi Bonfante*, vol. 4), p. 76.

(19) BIONDI, *loc. cit.*, p. 80.

(20) Cfr. notes précédentes.

(21) Cfr. RICCOBONO, *Dal diritto rom. classico al diritto moderno*, dans les *Annales de Palerme*, III et IV, chap. 15. Et que doit-on dire de la célèbre théorie de la possession ?

puisque beaucoup d'idées, qu'on a d'abord, et qui, dans les livres d'usage courant, sont toujours supposées d'origine romaine, sont revendiquées aujourd'hui par la Loi Salique et la coutume populaire qui laisse sa trace dans la Germanie de Tacite... (et il continue) : tout au plus le testament est la seule exception de notable importance qui ait, pour autant que je sache, une origine romaine » (22). A ces affirmations, répondit (23) en son temps le Président de la Cour Suprême d'Angleterre, en manifestant sa surprise devant de pareilles idées; et Holmes indiqua à nouveau qu'il n'avait rien à changer et que ses affirmations sur les origines de l'« *equity* » du droit anglais avaient été suivies en Angleterre par Pollock et par Maitland, qui sont à juste titre considérés comme les deux plus grands historiens et juristes de l'Angleterre contemporaine. Et, même dans les écoles anglaises, ces enseignements sont représentés (24). Ainsi H.-D. Hazeltine, professeur à la Faculté de Cambridge, dans un important article qui porte pour titre « La Renaissance et le droit européen » (25), écrivait : « le droit moderne est, dans l'ensemble, plus germanique que romain; et si l'on parle de Codes à type romain, on veut seulement signifier que ces Codes ont des éléments romains plus que n'en a le droit commun anglais ».

Dans ces jugements, tout le monde reconnaît la marque germanique, le fruit des enseignements du XIX^e siècle.

Eh bien, disons-le tout de suite, quelle est donc la faute de ces écrivains anglo-américains, si leur science dépendait uniquement des enseignements des Germains ? Et, pour ce qui est des Germanistes; quelle faute pourrait-on leur imputer, s'ils ont connu les doctrines romaines dans l'état où les avait présentées l'école historique romaniste du XIX^e siècle ? Le droit romain était représenté avec les caractères rigides du droit quiritaire, avec son formalisme étroit, avec sa logique inexorable, resserré en figures géométriques inaltérables, sans possibilité de développement et moins encore de transformation, même dans la Codification du VI^e siècle; d'où, raisonnablement et nécessairement, l'éloignement du droit moderne de ce système de droit archaïque, qu'on fait passer pour le véritable droit romain, devait apparaître profond. Et alors se justifie l'anxieuse demande : d'où dérive donc le droit moderne, qui a brisé les chaînes du formalisme et qui se révèle souple et tout imprégné des principes d'équité, de sociabilité, d'universalité ?

On ne peut nier que, vu les points de départ, les Germanistes n'avaient pas tort, puisqu'en réalité la partie la meilleure du droit moderne apparaît tout à fait étrangère au monde romain. Rien d'étonnant, par conséquent, à ce que le processus de formation du droit moderne se soit révélé aux historiens sous de pareilles apparences : comme un processus de superposition et de prééminence du droit germanique sur le droit romain.

L'Allemagne pouvait être à bon droit orgueilleuse de ses grands juristes adeptes du droit national, qui, par des investigations minutieuses et complexes, dans des ouvrages considérables, enquêtèrent au XIX^e siècle, sur les

(22) Cfr. HOLMES, *Collected Legal Papers*, 1921, p. 156.

(23) Rapporté par HOLMES, *loc. cit.*, p. 160 et p. 163.

(24) Naturellement cette opinion n'est pas heureusement dominante, même pas en Amérique. Il sera suffisant à ce sujet de rappeler les noms et les œuvres fondamentales de ROSCOE POUND, de RADIN, de SHERMAN, etc...

(25) *Legal Essays*, pp. 139 et s.

diverses phases du développement du droit et recherchèrent en même temps le cours de la vie spirituelle du peuple allemand, en exaltant sa puissance et son action civilisatrice.

Mais il est cependant certain que toute la force de ces déductions dans le domaine de l'histoire du droit, et que les armes les plus formidables, avaient été préparées, au profit des Germanistes, par l'école historique des Romanistes, à cause des résultats qu'elle offrait par suite de ses recherches très approfondies sur les sources romaines; par l'école scientifique, stérilisée par sa propre science.

Et s'il en est qui estiment très grave mon jugement, qu'ils relisent une fois encore le programme de R. Ihering, dans lequel le grand auteur attaquait déjà, en 1857, la direction et les résultats inadmissibles de l'école historique.

**

Et j'en viens maintenant à l'école critique contemporaine, dont nous attendions raisonnablement le salut, la libération vis-à-vis du charme séculaire.

Charme qui s'était propagé en Italie. En effet, après 1870, la pénétration des méthodes et des résultats de l'école allemande se fit sentir à ce point que, de Rome, le verbe de la science historique germanique fut prodigué aux jeunes générations par des enseignements et des manuels d'histoire du droit italien, qui eussent comporté plutôt le titre d'histoire du droit germanique. La *Glose*, cependant, restait un livre scellé sous sept sceaux.

Mais hélas! l'école critique romaniste rendit la situation plus grave encore, en un sens et dans une direction tout autres.

Cette école eut son origine en Allemagne vers la fin du XIX^e siècle, et rapidement elle se développa et intensifia son activité qui visait à discerner et à séparer, dans les textes législatifs, les éléments classiques de ceux superposés aux premiers aux IV^e et V^e siècles après J.-C., et spécialement dans la *Compilation de Justinien*.

On ne doit pas méconnaître le mérite de cette école, car elle a déjà, en moins de cinquante ans, accompli un labeur formidable par l'analyse des passages du *Digeste* et par la détermination des critères techniques idoines à faire reconnaître les superstructures des temps postérieurs ⁽²⁶⁾.

Le travail accompli permet désormais d'analyser les passages d'une manière entièrement nouvelle, de telle sorte que l'on peut aujourd'hui établir avec une certitude relative ce qui ne fut pas écrit par le jurisconsulte classique et ce qui représente une altération du texte original. La contribution des Italiens à cette œuvre a été de premier ordre, et elle n'a pas été inférieure à celle de l'Allemagne.

Comme chacun peut le comprendre, il s'agit d'un immense progrès dans le domaine des études romaines.

La connaissance plus précise de la structure extérieure des textes et de leurs éléments constitutifs est naturellement la première base d'une investigation scientifique. Les problèmes d'origine et de paternité de chaque élément, comme l'appréciation de la valeur des textes dans l'ensemble de

(26) V. *Index Interpolationum*.

l'œuvre législative sont naturellement toute autre chose; c'est indiscutable. Mais on ne peut nier que ces problèmes eux-mêmes tirent un grand avantage de cette analyse formelle, et peuvent même y trouver leur solution ou un élément de grand poids pour leur interprétation historique ou législative. Et pourtant jusqu'à peu d'années encore, on attribuait, même pour la forme, tous les passages du Digeste décorés du nom des grands juristes de Rome à ces jurisconsultes eux-mêmes. Et cette croyance était si enracinée que Mommsen lui-même, en éditant les sources juridiques les plus importantes, demeura sceptique, dans une large mesure, relativement aux altérations de Justinien, telles que les présentait la critique. Et il tint au contraire largement pour corrects et arrangés les textes, fussent-ils, de quelque manière que ce soit, défectueux dans la forme ou dans la substance. Et, d'autre part, il est bien connu que les philologues avaient considéré, spécialement au XIX^e siècle, le Corpus Juris, y compris les livres du Digeste, comme un produit sans valeur, par rapport à la bonne latinité.

Les interpolations font à présent comprendre aussi ce phénomène.

Les juristes républicains et classiques sont désormais reconnus, même comme écrivains, les meilleurs représentants de la latinité de leur temps. Mais les altérations des textes sont une réalité; et elles sont innombrables, déterminées en grande partie par l'œuvre législative. Les déclarations à ce sujet de Justinien lui-même sont explicites et désormais éprouvées par l'expérience ⁽²⁷⁾.

Il s'agit donc d'un puissant instrument qui est aujourd'hui au pouvoir de la science pour une analyse plus diligente des textes et pour la reconstitution du droit romain aux diverses époques. Cette analyse et cette reconstitution ont été rendues possibles aujourd'hui seulement, tandis que le XIX^e siècle n'avait pu en aucune manière en tenter le commencement.

Mais ceci dit, il convient d'ajouter de suite que même dans ce domaine nous sommes loin d'avoir atteint le but. La critique a exagéré dans la recherche et dans l'appréciation des interpolations. La recherche a pris le caractère d'une véritable chasse aux interpolations. Pour un mot, pour une phrase, pour une construction, on attaque tout le passage où la forme suspecte a été notée, et même on attaque tout le texte. L'altération rencontrée dans un passage sert en outre à évaluer tous les textes qui présentent les mêmes signes. L'ardeur mise à rechercher les interpolations pousse à l'usage de procédés sommaires, en déclarant impures, byzantines, des listes considérables de passages, pour tel ou tel indice de caractère formel.

On en est arrivé ainsi peu à peu à proclamer altérés dans une large mesure tous les passages du Digeste, et on en est arrivé ensuite à proclamer les passages altérés sans valeur, comme étant un produit d'ordre inférieur ou même nul. C'était bien, évidemment, un jugement inconsidéré, spécialement au regard de l'œuvre législative. Mais ce jugement était inconsidéré aussi du point de vue historique, parce que, chaque fois, on aurait dû rechercher le motif de l'interpolation, qui aurait précisément révélé de précieux éléments de connaissance relativement au développement du droit du point de vue historique et dogmatique. Mais l'ardeur ne consentait aucun retard. Ce qui importait avant tout c'était l'épuration des textes libérés des scories de Justinien.

(27) Const. Tanta, § 10.

On peut admettre que l'exagération devait être excusable, au début, alors que la technique des interpolations se formait sur la base des expériences, et d'un autre côté que l'exagération était inoffensive, parce que le juriste, qui doit opérer avec bien d'autres éléments dans l'interprétation des textes et dans l'appréciation des doctrines, aurait pu facilement corriger les excès de la critique formelle.

Mais il n'en fut pas ainsi, parce que cette critique elle-même, dans la ferveur de la recherche et sur la base d'une première inspection des textes et d'une première impression à leur sujet, passa à la construction historico-dogmatique des doctrines, et, sur la critique formelle, fabriqua bien vite l'histoire et la dogmatique du droit romain. Mais sur quels fondements et de quel point de vue ? Tout naturellement elle s'accommoda tranquillement des résultats que l'école historique du *xix^e* siècle avait préparés dans la longue course de son labeur. On estima alors comme auparavant que le droit romain avait été seulement le droit quiritaire, logique et rigoureux dans ses normes et dans ses principes fondamentaux, corrigé dans l'application par les institutions et les procédés du droit prétorien. D'où la conséquence dangereuse, à savoir que tous les éléments étrangers à ce système du droit romain supposé national furent considérés comme impurs, superposés dans la période byzantine, et spécialement par Justinien lui-même dans son œuvre législative. Ainsi de la critique formelle on passa tout d'un coup à l'attribution et à l'appréciation des doctrines.

Chacun comprend aussitôt la terrible catastrophe qui frappait le droit romain. Si le Digeste, qui a été le plus largement examiné, apparaissait quasi pour les deux tiers altéré dans sa substance par les Byzantins, la gloire du droit s'évanouissait pour Rome. On crut que les interpolations avaient ouvert la voie à de nouveaux horizons et que l'hellénisme et les courants orientaux avaient, après Dioclétien, bouleversé l'ordre et les institutions du monde romain.

La reconstitution des institutions fut rapidement conduite sur la base de ces règles, et parut implantée sur un terrain solide. On en conclut que le droit codifié de Justinien provenait davantage des courants hellénistiques et orientaux que de Rome, qu'il provenait directement d'une nouvelle élaboration que les sources romaines avaient subie dans les écoles byzantines de Béryte et de Constantinople aux *iv^e* et *v^e* siècles, et non des œuvres des jurisconsultes romains.

Et quels sont la nature, la valeur et le caractère de ces nouveaux éléments byzantins ? Ils représentent la partie la meilleure, la plus moderne, la plus progressive du Corpus Juris. Ils seraient constitués en particulier par les doctrines, les théories et la systématique juridique qui, passées dans les Codes modernes, avaient été jusqu'alors tenues pour romaines, comme le produit le plus important de la science juridique créée par Rome. D'où le Corpus Juris qui porte le nom de Justinien apparut et comme tel fut déclaré ⁽²⁸⁾ une œuvre de caractère oriental. Et partant on attribua toute la dogmatique du droit, fondée sur la volonté, aux Byzantins. On leur attribua le développement de l'équité en opposition à la rigueur du droit. Et ensuite, le développement du droit de la dot — la représentation directe — les con-

(28) COLLINET, Etudes historiques sur le droit de Justinien — le caractère oriental de l'œuvre législative de Justinien.

trats en faveur des tiers — l'action d'enrichissement — la validité des obligations indéterminées — le passage du risque à l'acheteur dès la conclusion de la vente — la condition du paiement du prix pour le transfert de la propriété dans la vente — le fondement et la doctrine de la coutume; tout ceci et bien d'autres choses encore seraient, dit-on, les produits des écoles pré-justiniennes des IV^e et V^e siècles ou des coutumes d'origine orientale. Et l'on dit que les écoles byzantines furent dominées par la philosophie et par la rhétorique grecques; celles-ci auraient transfusé, dans l'organisme du droit, toute la partie théorique, doctrinale, systématique, qui se lit aujourd'hui dans les textes. Et l'on attribua à la force des coutumes non romaines des institutions nouvelles, dérivées, ainsi qu'on l'enseigne, de coutumes hellénistiques et orientales, qui, à l'époque byzantine, auraient submergé la tradition du droit romain, contenue dans les œuvres des juristes.

On déduit la preuve de ce mouvement catastrophique d'une part des coïncidences entre les doctrines juridiques représentées dans le *Corpus Juris* et les doctrines de la philosophie et de la rhétorique grecques, et, d'autre part, des coïncidences entre les normes et les usages révélés par les documents nouveaux que les fouilles d'Égypte font affluer.

Le point d'arrivée de la critique contemporaine, est ainsi le triomphe de l'hellénisme et de l'Orient sur Rome, même dans le domaine du droit, au moment où se clôt l'histoire ancienne.

Qu'avons-nous à opposer à ces terribles résultats de la science contemporaine ?

J'estime qu'on ne peut donner une meilleure et plus rapide démonstration de la fausseté du système et de ses résultats qu'en reproduisant les diverses hypothèses qu'il a fallu mettre en œuvre pour justifier l'action exercée par l'école et ses admirables découvertes. Quand, où, et de quelle manière fut accompli par les écoles byzantines un si important travail ?

A ces questions, il n'a pas été donné moins de trois réponses, dans les derniers lustres.

On a dit d'abord que les écoles de Béryte et de Constantinople des III^e et du IV^e siècles avaient à nouveau élaboré les sources juridiques transmises par les jurisconsultes romains : c'est ce qu'ont soutenu HOFFMAN, PETERS, PARTSCH, COLLINET, ROTONDI.

On a dit en second lieu que les écoles byzantines avaient à nouveau élaboré les doctrines et les théories selon le développement que leur avait donné la pratique du droit après Constantin (PARTSCH) ⁽²⁹⁾.

Et enfin on a dit encore que la nouvelle élaboration des doctrines juridiques s'était faite, au moins dans certains cas particuliers, dans les écoles de philosophie et de rhétorique, sans aucune considération pour leur application dans le domaine du droit (STEINWENTER) ⁽³⁰⁾.

Donc l'explication varie et se renouvelle constamment, parce que la thèse soutenue n'a ni base, ni documentation.

Bien au contraire, jusqu'à 438 après J.-C., elle se trouve exclue sous une forme énergique et solennelle par Théodose II, qui se plaint de l'état

(29) On trouvera de plus larges renseignements et citations à ce sujet dans mes « *Punti di vista* », aux *Annales de Palerme*, XII, pp. 578 et s.

(30) STEINWENTER, *Gewohnheitsrecht*, dans *Studi Bonfante*, vol. II, pp. 437 et s.

pitoyable de la pratique et des études juridiques en Orient ⁽³¹⁾. Aussi la critique tâtonne dans l'obscurité. La dernière explication imaginée ne saurait présenter aucune base de crédibilité : puisqu'elle suppose dotés d'une véritable inconscience les ministres de Justinien qui auraient fait place, dans l'œuvre, à des exercices de rhétorique, en leur conférant la dignité et la force législatives.

Mais si la conjecture est par elle-même invraisemblable, le document sur lequel elle repose a la couleur et la saveur d'une fable ⁽³²⁾.

Et cependant de pareils textes et de pareils enseignements furent tout à coup utilisés et diffusés en vue de la reconstitution historique du droit romain par la critique et la dogmatique juridique ⁽³³⁾. Et cette reconstitution — il est utile de le répéter — a pris pour pivot cette conception que ce qu'il y a de romain dans le Corpus juris est archaïque et caduc, et que ce qui y est vivant est byzantin ⁽³⁴⁾.

C'est là la quintessence de toute la science moderne en ce qui concerne le Corpus juris et l'évolution du droit romain. Et c'est plus qu'une crise des méthodes et de la science : c'est une véritable tragédie qui s'est déchaînée sur la vie exubérante et glorieuse du droit romain.

Pour les sourds, je répète que tous les problèmes concernant la véritable substance, la valeur, l'action civilisatrice de l'héritage de Rome, dépendent de la confirmation de cette conclusion, qu'elle soit vraie ou fausse. Qu'elle soit fausse, cela ne fait, pour moi, aucun doute. Et l'on ne peut pas douter non plus de sa formule elle-même, telle que je la présente dans sa dure réalité.

Sur ce point, au demeurant, j'aurai l'occasion de revenir ailleurs, documents en main. Je me contenterai ici de reproduire quelques exemples à titre de preuve.

Par ces méthodes de critique, que nous connaissons désormais, on est parvenu par des essais répétés dans tous les domaines à ce résultat, comme je l'ai indiqué ci-dessus, appliqué par la suite largement, par analogie ou par imitation, avec la confiance la plus vive et toutes les conséquences, même en Italie, par nos meilleurs romanistes.

C'est pourquoi PERROZI ⁽³⁵⁾, traitant de la possibilité de répéter l'enrichissement injuste, enseigne que le droit romain ne l'admettait pas, en règle générale, et continue ainsi : « L'idée par nous suivie sera généralement accueillie, lorsqu'on se persuadera que les classiques développent le droit

(31) Cfr. CHIAZZESE, Nuovi orientamenti nella storia del diritto romano, aux Arch. Giur., vol. 103, n. 3.

(32) Il s'agit d'une scolie découverte par FERRINI dans le Cod. Laurent. LXXX, I, et qu'il attribue à Théophile. FERRINI se justifie d'avoir placé cette scolie comme titre I de la Paraphrase, au moyen de la note suivante : « Deest hic titulus in omnibus, quos contuli, Theophili codicibus manu scriptis. In optimo autem codice Laurent. LXXX, I scholium inest, quod plura continet quae ad Just., I, I apte respondeant. Neque incredibile prorsus videtur horum quaedam ex ipso Th° esse sumpta. Doleo quidem ea esse mutila atque *ὀλιγωρῶν*, non idéo tamen moror, quin ut melius fieri potest ea emendanda atque integra edam ». La légitimité et l'opportunité de cette manière de procéder de FERRINI sont très douteuses. J'ai traité de la valeur et du contenu de la scolie laurentienne au cinquième congrès des Etudes Byzantines, Rome, 1936.

(33) Cfr. PRINGSHEIM, Z. S. S., vol. 42, p. 661; STEINWENTER, *loc. cit.*, pp. 437 et s.

(34) V. *supra*.

(35) Ist. II, p. 363, note 2.

sur les bases antiques et n'en édifient pas de nouvelles. Cette persuasion formera le climat de la recherche exégétique. Celle-ci partira alors de ce critère simple qu'une affirmation du texte, répondant certainement à un état de droit ancien, et faite par un juriste récent, légitime la déclaration d'altération des textes du ou des juristes antérieurs ou contemporains, au cas où se trouve exprimé un principe contraire, et cela, même si on ne reconnaît pas de traces extérieures d'interpolation ».

Chacun comprend jusqu'à quel point nos chercheurs ont désormais raffiné les instruments de critique : jusqu'au point de formuler des règles simples et absolues d'interprétation et d'appréciation des doctrines; ceci, en cristallisant tout le droit proprement romain dans ses formes primitives, étroites et rigides, établies sur d'anciennes bases; alors que l'empire romain, la pax romana exerçaient une merveilleuse action unificatrice de tous les peuples et irradiaient au loin, jusqu'aux frontières du vaste empire, la splendeur d'une civilisation supérieure, toujours progressive et plus universelle, par l'afflux d'éléments nouveaux, de nouvelles forces spirituelles et économiques, que Rome sut toujours assimiler et propager par sa langue et avec l'empreinte de son génie.

BONFANTE ne montre pas l'absolutisme inexorable de PEROZZI, il n'est pas arrivé tout au moins à cette formule extrême sur les canons d'interprétation du Corpus juris. En revanche, il donne un plus grand relief, dans la période postérieure à Dioclétien, à l'action des éléments byzantins, qui, finalement, auraient marqué de leur empreinte la Codification. Sa grande autorité, l'enthousiasme dont sa grande œuvre est animée, l'élégance et la vivacité de son style, qui confèrent prix et valeur à ses manuels, ont été les éléments décisifs d'une très large diffusion de ses idées parmi les jeunes romanistes en Italie. Et, à propos de l'évolution des institutions publiques et privées de Rome, il écrit : « Les influences extérieures sont multiples et importantes, les transformations internes grandioses, mais tout le système juridique se meut néanmoins sur les anciennes bases, sur un pivot de traditions véritablement romaines » ⁽³⁶⁾. Et il affirme ensuite ⁽³⁷⁾ à nouveau qu'après Dioclétien : « le mouvement et le développement des institutions vraiment romaines s'arrêtent, et à l'inverse le courant de l'hellénisme fait peu à peu irruption sans retenue et sans direction, en emportant et en mélangeant les cadres de la culture antique... Certainement l'évolution du droit romain, évolution interne et conservatrice dans sa continuité, est finie ».

Ainsi donc, nous sommes avertis que, selon ces auteurs, les institutions de l'ancienne Rome ne parvinrent saines et sauvées que jusqu'à Dioclétien, et qu'elles furent entraînées ensuite par la violence des courants gréco-orientaux, qui déterminèrent la formation d'un nouveau droit fondé sur des bases différentes et opposées à celles du droit romain. La formule suffit à faire reconnaître la marque. Ce sont les enseignements inoubliables de l'Ecole historique du XIX^e siècle, qui projettent toujours leur lueur. Cette Ecole, comme nous l'avons vu, avait considéré les principes fondamentaux du droit quiritaire comme l'axe autour duquel se déroule et se développe tout le droit romain dans ses diverses phases jusque dans la compilation de Justinien;

(36) *Storia del dir. romano*, vol. I, p. 1.

(37) *Op. cit.*, vol. II, p. 263. Cfr. *Ist.*, 8, p. 11. V. en sens opposé également LEVY, *Z. S.*, vol. 49, p. 239, n. I.

tandis qu'aujourd'hui l'histoire éclairée par les recherches relatives aux interpolations et par la lumière des nouveaux documents papyrologiques a arrêté la marche fatale du droit romain au seuil du IV^e siècle après J.-C.

La différence est uniquement horaire, comme du train d'une longue course qui s'arrête par l'effet d'un obstacle. Il n'y a pas de conception ou d'appréciation historique qui puisse être plus fausse. Et désormais il est bien connu qu'elle s'est formée dans le cours d'un siècle.

Que celui qui, dans la consolation offerte par la magnifique renaissance de nos études, sent son esprit troublé par cette analyse, lise aujourd'hui ce qu'en écrit LEVY⁽³⁸⁾ qui n'a pas seulement tiré l'extrême conséquence de cette synthèse, conséquence que personne n'avait formulée, mais qui encore en indique et en spécifie la cause, qui jusqu'ici était restée cachée.

LEVY dans un important article qui, précisément, reproduit notre argumentation, dit : « Nous devons, de manière toujours plus décisive, nous persuader que le droit du Corpus juris n'était pas le droit en vigueur à l'époque de Justinien. C'est un paradoxe de grande importance historique et singulièrement pénétrant, que la codification, qui a eu, de tous les temps, la plus vaste influence, n'ait jamais été en vigueur en aucun temps ».

On me permettra de dire que c'est un magnifique paradoxe dont nous devons être reconnaissants à l'éminent historien d'Heidelberg. Un paradoxe, naturellement, cache toujours un grain de vérité. Et la vérité est celle-ci : que LEVY nous ramène à cette reconstitution historique que le XIX^e siècle avait élaborée, axée tout entière sur la base du droit quiritaire, sur le pivot, dirait BONFANTE, des traditions véritablement romaines. Et l'on veut dire par là que ces traditions, si même elles ont été traversées des courants hellénistiques, pénétrèrent toutefois dans le Corpus juris, et marquèrent de leur empreinte cette Compilation, où elles s'accordèrent en un amalgame confus d'ancien et de nouveau, de romain et d'oriental, de telle manière que chacun peut en extraire ce qui lui convient le mieux. Et l'on juge qu'ainsi la compilation est réellement hors de l'histoire. Exemple et modèle insignes de ces lois et coutumes, de souvenir goethien, qui se transmettent de générations en générations comme une éternelle maladie.

Mais est-ce bien là la vérité ?

Dans notre cas, l'histoire de quinze siècles est et doit être la plus précieuse des argumentations, de même qu'au-dessus, bien au-dessus de Platon, il y a et il doit y avoir la vérité, la réalité de l'histoire. Et l'histoire nous raconte qu'au Corpus juris, à travers les siècles, puisèrent en le développant et en l'approfondissant, comme à une fontaine vivante, interprètes byzantins et occidentaux, laïques et ecclésiastiques, auteurs de Sommes, de Traités, de Miroirs, de Conseils, législateurs de tous les temps en Orient et en Occident, savants et juges des nations les plus diverses et les plus lointaines, qui, de la Compilation de Justinien, tirèrent et tirent toujours des enseignements et des normes en vue d'une civilisation supérieure.

Cette constatation suffit donc pour voir toute la profonde irréalité de toute vue opposée. Par conséquent le paradoxe de LEVY ne saurait être autre chose que la synthèse de tout le travail de l'école historique du XIX^e siècle.

Il sert parfaitement à dévoiler la grande équivoque que l'on traîne depuis un siècle.

(38) Z. S. S., vol. 49, p. 240, n. 5.

Au fond la pensée de mon éminent collègue et ami n'est pas, ne peut être différente de la mienne. Dans le texte auquel s'applique la note reproduite ci-dessus, il a donné l'explication du paradoxe en expliquant la cause. Je la reproduis en une formule plus large, dans laquelle j'entends exprimer et répéter mon jugement, mais avec l'espoir de pouvoir réussir à comprendre dans ma formule tout ce qu'il y a d'essentiel dans la sienne.

Il ne peut être douteux, dis-je, que les Compilateurs du VI^e siècle marquent d'une empreinte archaïque l'œuvre législative, en comprenant dans son sein beaucoup d'éléments anciens. Mais cette empreinte est uniquement extérieure, formelle, et elle a été déterminée par la hâte dans l'exécution du travail. Les éléments vivants, expression du droit du temps, furent toutefois placés en un haut-relief par d'innombrables interpolations, de nombreuses règles et des formules concises. Grâce à elles, la Glose et les Commentateurs tracèrent les fondements et les normes du droit qui constitua le droit commun européen. A l'inverse, les autres interprètes, par des recherches plus savantes, mirent au premier plan les éléments archaïques de l'œuvre, et pratiquèrent un examen plus approfondi, en remplissant de matériaux anciens les formes structurales anciennes, et en développant le droit mort avec toutes ses conséquences. Ainsi firent les Erudits au XVI^e siècle et plus tard l'école historique allemande au XIX^e siècle.

Le contraste entre les interprètes de l'œuvre, dans le sens indiqué, est un fait de tous reconnu.

L'anachronisme de la Codification est, par suite, le fruit des recherches les plus subtiles, faites par de savants interprètes qui cherchèrent dans cette œuvre la logique, l'harmonie et les formes du droit ancien, en remontant en arrière jusqu'au XII^e Tables, et en négligeant et en méprisant le but et l'œuvre du législateur.

Et c'est en cela précisément que le paradoxe de LEVY a son noyau de vérité.

Mais rien de plus.

Au contraire, la perpétuelle activité pratique et scientifique relativement au Corpus juris ne prouve pas seulement l'influence exercée par lui sur le droit de tous les temps et de tous les lieux, influence mise en relief d'ailleurs par LEVY, mais elle représente encore le travail de simplification et de sélection, de synthèse et d'interprétation de l'œuvre complexe, considérée comme source vivante et directe du droit. Il suffit de rappeler à ce sujet la réception du droit romain en Allemagne, droit qui fut, en ce pays, accueilli, suivant l'expression consacrée, « in complexu », et qui s'y maintint jusqu'au 1^{er} janvier 1900.

La limitation de sa sphère d'application, par rapport aux droits particuliers en vigueur dans chaque territoire, ne diminue pas l'importance du phénomène historique (39).

Et en outre il est bien compréhensible que la fonction du Corpus juris de Justinien à nos jours, à cause de la richesse de son contenu, ne pouvait

(39) Cfr. WINDSCHEID, Pand., par. 1, 2 ; DERNBURG, Pandekt, par. 2, 3 ; STOBBE, Geschichte der deutschen Rechtsquellen, vol. 1, p. 609 ; où, entre autres, se trouve rapportée la célèbre formule du temps d'Otton III, par laquelle le juge était investi de sa fonction : cave ne aliqua occasione Justiniani sanctissime antecessoris nostri legem subvertas... secundum hunc librum iudica, etc...

pas être, partout, semblable à la fonction, nécessairement étroite, d'un code moderne, contenant un nombre limité de préceptes; mais elle devait fatalement prendre, en même temps, la forme plus haute et plus complexe d'une œuvre de science, destinée à révéler et à répandre à travers les siècles la force et la substance du droit. Et c'est là un point essentiel pour former notre jugement.

C'est pour cela qu'à l'œil de l'historien informé l'œuvre devait nécessairement se montrer dans sa lumière plus vive pour sa fonction plus haute et perpétuelle, pour son contenu de science juridique, c'est-à-dire pour ce qu'il y a de plus grand dans ce que le génie de Rome a donné à l'humanité. En revanche, sa valeur au point de vue du droit positif a subi des vicissitudes diverses, elle pouvait être discutée ou limitée, et fréquemment elle devait passer au second plan.

D'où la vérité la plus pleine et la vérité définitive est celle marquée par le chemin triomphal du droit romain dans sa double fonction à travers le monde, autrement dit la constatation que la codification la plus glorieuse de l'histoire a eu une vie immortelle. Pour comprendre au demeurant cette vérité, il est nécessaire de donner sa juste valeur à ce bagage accumulé par l'école historique et par la culture contemporaine. Et l'esprit, libéré d'un poids excessif et importun, s'arrête à deux points fondamentaux.

Le premier : c'est que l'interprétation la plus vraie du Corpus juris, considéré comme œuvre législative, est consacrée par la Glose.

Le second : c'est que le contenu du Corpus juris est complexe, parce qu'il enferme tout le nouveau système de droit qui surgit des antiques traditions romaines et qui se développa et se transforma dans une parfaite continuité suivant cette ligne gigantesque de la vie de l'histoire de Rome. C'est pourquoi le Corpus place le droit nouveau en grand relief, mais contient en même temps toute l'histoire de sa formation au cours de plus d'un millénaire.

Justinien voulut codifier et codifia effectivement le droit en vigueur à son époque ⁽⁴⁰⁾. La tradition du droit était dans l'Empire la tradition romaine, en Orient et dans l'Occident.

L'empereur choisit parmi les œuvres ce qui était encore vivant comme le terme d'une longue évolution. Il ordonna à ses ministres d'éliminer de ces œuvres « l'excès et le vain ».

Tout ce qui était tombé en désuétude et se trouvait désormais archaïque, était vain.

Justinien avait donné des ordres précis, rationnels, auxquels on ne pouvait déroger, et son œuvre était vivante, vitale, et elle s'est révélée immortelle.

Seulement, par des interprètes trop savants de science historique, un droit archaïque et en dehors de l'histoire pouvait apparaître et est effectivement apparu, parce que ces interprètes, en suivant les Humanistes, mirent en relief, de préférence, les éléments archaïques de la Codification, ces éléments dont on a dit plus haut qu'ils appartenaient désormais à l'histoire ⁽⁴¹⁾.

(40) V. dans ce sens le jugement net et tranché de E. WEISS, aux *Arch. für Rechtsph.*, vol. XXI, p. 294.

(41) L'évolution du droit romain aux différentes périodes historiques est retracée dans mon ouvrage : *Fasi et fattori nella evoluzione del diritto romano*, dans les *Mélanges Cornil*, vol. II.

Ainsi l'école historique, chemin faisant, et la critique contemporaine qui a construit sur un même terrain, ont perdu le point d'équilibre nécessaire à l'intelligence de l'œuvre de Justinien et de tous les problèmes fondamentaux concernant le développement du droit de l'antiquité romaine aux temps modernes.

LE ROLE DU DROIT ROMAIN POUR LE DROIT COMPARÉ

Par I. DE KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI

Professeur honoraire à l'Université de Varsovie

Vice-président de la Commission de codification

Membre de l'Académie Internationale de Droit Comparé

En donnant une modeste contribution aux nombreuses recherches dans le domaine du droit comparé, publiées par notre illustre jubilé, M. Edouard Lambert, je me propose de tracer en quelques lignes le rôle que le droit romain peut jouer au service du droit comparé.

I. — On peut parler du droit comparé sous divers aspects, bien caractérisés tout récemment par M. N. Sugiyama ⁽¹⁾.

Je me borne au *droit privé*.

Certainement il faut tout d'abord faire des tableaux de l'évolution historique des différents droits qui doivent subir la comparaison.

Mais, il ne suffit pas de faire passer en revue mécanique les règles des divers droits de l'antiquité et des temps modernes. Il faut tâcher de montrer les *idées directrices* des droits particuliers ce qui pour le droit romain a été souligné déjà par A. Pernice ⁽²⁾.

C'est alors que nous pouvons arriver à une histoire du droit de l'antiquité, demandée par M. L. Wenger ⁽³⁾, et, en élargissant cette méthode jusqu'aux droits modernes, à une histoire universelle du droit, préconisée par M. F. de Zulueta ⁽⁴⁾.

De plus, il faut placer les idées directrices des divers droits dans les milieux sociaux et économiques des pays respectifs, et tâcher de démontrer si et à quel point ces idées directrices ont rempli leurs buts du droit, en les soumettant à la *critique* ce qui, pour le droit romain, dans un cas donné, a été souligné déjà par A. Pernice ⁽⁵⁾.

II. — Il faut se rendre compte que ce n'est pas le droit qui forme la *situation sociale et économique* d'un pays. Cette situation est formée plutôt par les facteurs internes, agissant sur cette situation, c'est-à-dire sur les

(1) Ma mission en France, 1934, Tokio, 1936, p. 44-67.

(2) Ueber wirtschaftliche Voraussetzungen römischer Rechtssätze. Parerga VIII. Zeitschrift d. Sav. St., Rom. Abt., t. 19, 1898, p. 98.

(3) Wesen und Ziele der antiken Rechtsgeschichte, *Studi in onore di P. Bonfante*, vol. II, Milano 1930, p. 463 s.

(4) L'histoire du droit de l'antiquité, Mélanges Paul Fournier, Paris, Sirey, 1929, p. 791.

(5) *Labeo*, II, 1, 1895, p. 71 note 2.

mœurs et coutumes, respectées dans les rapports sociaux et économiques de la vie humaine.

Le droit ne présente que les règles de conduite et les effets juridiques de celles-ci.

En face de la situation sociale et économique, le droit a deux buts :

1° D'aider par la contrainte les facteurs internes, agissant sur la situation sociale et économique, à remplir leurs fonctions en faveur de l'évolution de cette situation,

2° de réagir contre la *dégénération* des facteurs internes, agissant sur la situation sociale et économique, pour réaliser, dans les rapports humains, l'*équilibre* qui seul peut garantir l'évolution pragmatique dans ces rapports.

La dégénération a lieu quand les facteurs internes, agissant sur la situation sociale ou économique, sont détournés des buts qu'ils ont à remplir dans les rapports sociaux et économiques. L'effet de la dégénération est que l'évolution de la situation sociale ou économique prend une direction contraire aux buts des facteurs internes, agissant dans la situation sociale ou économique.

Parfois la dégénération de la situation sociale et économique est avancée tellement que le droit est forcé d'entrer dans les détails de cette situation et d'introduire des *institutions spéciales* pour remplir les buts du droit. Cela s'effectue surtout par la *codification* du droit qui prescrit la conduite des hommes et les effets juridiques de leurs actions dans la plupart des rapports humains. Dans ce cas il y a *apparence* que c'est le droit qui forme la situation sociale et économique, puisque la codification couvre presque tous les rapports sociaux et économiques. Et pourtant la législation ne forme pas la situation sociale et économique. Les facteurs internes, agissant sur la situation sociale et économique, continuent leur activité mais, par la législation, ils reçoivent la *direction* de cette activité, indiquée par les principes fondamentaux de la législation ⁽⁶⁾.

Par *cette apparence* que c'est le droit qui forme la situation sociale et économique, s'expliquent les tendances étatistes qui se manifestent de temps en temps tant dans l'antiquité, que dans les temps modernes. Sauf dans le cas où ces moyens d'étatisation sont exceptionnels et transitoires, la conséquence de l'étatisation est la mécanisation et la décadence de la situation sociale et économique. Les facteurs internes, agissant sur les rapports sociaux et économiques, réagissent parfois vigoureusement contre cette mécanisation, et alors, mais alors seulement, on peut dire que « la vie prime le droit ».

Or, la *codification* elle-même ne forme pas la situation sociale et économique d'un pays et le droit ne perd pas ses buts ci-dessus indiqués. Les règles de droit dépendent donc strictement des facteurs internes agissant sur la situation sociale et économique du pays respectif. Par là s'explique la différence des droits des différents pays, ce qui n'exclut pas la similitude des droits en face de la similitude des situations sociales et économiques.

Le droit a donc le but : 1° d'aider par la contrainte les facteurs inter-

(6) Comp. mon étude « Les dispositions de la loi et le droit. En droit privé. Etude de droit comparé », Varsovie, 1933.

nes agissant sur la situation sociale et économique en faveur de l'évolution de cette situation; 2° de réagir contre la dégénération de ces facteurs.

Or, le droit agit tantôt en faveur de ces facteurs internes, tantôt contre ces facteurs internes, et il n'agit pas en faveur *des effets* ou contre *les effets* de l'activité de ces facteurs intérieurs. L'action du droit en faveur des *effets* ou contre les *effets*, par exemple contre le luxe, contre la démoralisation des mœurs — ce qui est plutôt *la conséquence* des facteurs, agissant sur la situation sociale et économique — a toujours manqué le but.

La tâche du droit sera plus facile si le droit agit le plus tôt possible en suivant l'adage *Principiis obsta, sero medicina paratur*.

Il incombe à *la politique du droit* de trouver les principes juridiques qui puissent aider les facteurs internes, agissant sur la situation sociale et économique, à remplir leurs fonctions dans l'évolution de la situation, et, d'autre part, à réagir contre la dégénération de ces facteurs.

Déjà Gaetano Filangieri († 1788), de qui Napoléon I^{er} disait : « Ce jeune homme, notre maître à tous » (Enciclop. Ital., vol. XV, 1932, p. 258), dans sa célèbre œuvre *Scienza della legislazione*, Livre I, chap. VIII, réclamait l'institution d'un *censeur* pour contrôler la législation au point de vue de ses conséquences sociales et économiques. De même mon éminent collègue de l'Université de Varsovie, feu M. L. de Petrazycki ⁽⁷⁾ a souligné le rôle important de la politique du droit pour tenir compte de l'influence, favorable ou défavorable, de la législation sur la situation sociale et économique. L'idée de Filangieri est réalisée maintenant en Allemagne par l'institution d'un *Wirtschaftsprüfer* ⁽⁸⁾.

III. — Dans cette grande tâche qui incombe à la science du *droit comparé* c'est le *droit romain* qui peut nous servir comme *guide de comparaison*. Car, malgré toutes les lacunes dans nos connaissances du droit romain et des situations sociales et économiques dans les différentes périodes de l'Empire romain, nous connaissons pourtant les grandes lignes de l'évolution pour en tirer des conséquences sur l'activité du droit et sur l'influence des règles de droit sur la situation sociale ou économique de la période envisagée.

Il va sans dire, qu'en suivant l'évolution du droit romain, il faut tenir compte de différentes périodes du droit romain, surtout aussi de la différence qui se manifeste entre la période classique jusqu'à Dioclétien et la période post-classique ⁽⁹⁾.

Dans la période post-classique le droit a pris un caractère simplement hiérarchique en se basant exclusivement sur *la force* et non sur l'équilibre des intérêts moraux et matériels des parties, appuyé par la contrainte, comme c'était le cas dans la période classique ⁽¹⁰⁾.

(7) Lehre vom Einkommen, t. I, 1893, p. 339, 11 et t. II, 1895, Anhang : Civilpolitik und politische Oekonomie, p. 474 s.

(8) Voir E. Michel, Die Stellung des Wirtschaftsprüfers in der Wirtschaft, Zeitschrift der Akademie f. Deutsches Recht, 1936, Nr. 21-22, p. 973 s.

(9) Voir E. Betti, Diritto Romano e Dogmatica odierna, Arch. Giurid., vol. 100 (1928), fasc. 1, p. 42 s., et du même auteur, Diritto Romano, I, Padova (Cedam), 1935, Prefazione, p. X s.

(10) Voir mon rapport « Les facteurs intérieurs de l'évolution du droit romain privé », présenté au VII^e Congrès international des Sciences historiques, à Varsovie, en 1933, et publié dans l'ouvrage collectif « La Pologne au VII^e Congrès international des Sciences historiques », Varsovie, Université, 1933, vol. I, p. 243-250.

Les jurisconsultes classiques se rendaient compte que ce n'est pas le droit qui forme la situation sociale et économique du pays, mais que cette situation est formée par les facteurs internes, agissant sur cette situation. Le droit ne prescrit que les règles de conduite et les effets juridiques de celles-ci.

C'est pour cela que les jurisconsultes classiques soulignent l'importance des bonnes mœurs (*boni mores*) en déclarant nulles les conventions contraires aux bonnes mœurs, c'est-à-dire contraires aux principes généraux de l'ordre, établi par le droit ⁽¹¹⁾.

Ainsi s'explique que Cicéron (De off. III, 60) fait des grands éloges à son ami Aquilius Gallus qui avait introduit les formules contre la fraude et le tort (*de dolo malo formulae*), en donnant une large base à l'*exceptio doli* et au *bonae fidei iudicium* ⁽¹²⁾.

C'est aussi de ce point de vue qu'il faut comprendre la célèbre définition de Celse (D. 1, 1, 1, pr.) que le droit est « la discipline du bien et de l'équitable », ainsi que l'opinion d'Ulpien (D. 1, 1, 10, 1) que « les préceptes du droit sont de vivre honnêtement, ne pas nuire à autrui, d'attribuer à chacun ce qui lui revient » ⁽¹³⁾.

Il ne faut pas oublier non plus l'activité, quoique modeste, du *censeur* contre les mœurs malhonnêtes dans le commerce ⁽¹⁴⁾.

Dans l'*administration de la Justice*, le droit classique romain suit une *procédure d'arbitrage* sous la sanction du représentant de l'Etat (le préteur), ce qui est prouvé par les recherches de MM. Wlassak, publiées dans une série de profondes études ⁽¹⁵⁾.

Cette procédure d'arbitrage permettait de formuler par les parties, avec l'aide du préteur, l'ensemble des actes effectués par elles. Car, les actes particuliers peuvent être licites et sans reproches, alors que l'ensemble des actes présente une tromperie, ce qui est exprimé dans la célèbre définition du dol par Labéon (D. 4, 3, 1, 2) : *Labeo - sic definit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam*.

Le droit postclassique romain passait outre sur le but du droit, en ne demandant que la réalisation des dispositions particulières de la loi. De plus, la procédure d'arbitrage qui permettait de tenir compte de toute la situation des parties, était remplacée par la *cognitio extraordinaria*, c'est-à-dire par une procédure étatisée.

La conséquence de tous ces changements a été la décadence de la situation sociale et économique dans les pays de l'Empire romain ⁽¹⁶⁾.

(11) Voir mon étude « Conventions contra bonos mores », Mélanges Georges Cornil, Gand et Paris, Tome II, p. 20 s.

(12) Voir mon étude « Quid veniat in bonae fidei iudicium », Studi in onore di Salvatore Riccobono, Palermo, 1932, vol. II, p. 149-168.

(13) Comp. F. Senn, De la justice et du droit, Paris, Sirey, 1927, p. 41-44.

(14) Voir Mommsen, Röm. Staatsrecht, t. II, 1, 3^e édit., 1887, p. 381 sous le point 0.

(15) Le résultat de ces études est indiqué brièvement dans l'ouvrage de l'auteur intitulé « Die klassische Prozessformel », Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaften in Wien, Philos.-hist. Kl., 202 Band, 3 Abt., 1924, p. 143, 144, 145, 146 151 à la note 58. Comp. W.-W. Buckland, The main Institutions of Roman Private Law, Cambridge, 1931, p. 354. E. Betti, Diritto Romano, I, Padova, Cedam, 1935, § 89, p. 501 s.

(16) Comp. M. Rostovtzeff, Gesellschaft und Wirtschaft im römischen Kaiserreich, 1929 (en révision de l'édition anglaise de l'an 1925), vol. II, p. 210 s., surtout p. 237 s., W. Otto, Kulturgeschichte des Altertums, 1925, p. 144 s.

CHAPITRE IV
LES AUTRES DROITS ANCIENS

SECTION I

LE DROIT GERMANIQUE

RICCA-BARBERIS, *Le droit d'agir dans la tradition germanique et la tradition latine. Klage et actio.*

(Cette Contribution publiée dans le Tome II, Troisième Partie, Titre III, Chapitre XIII, § 108).

WESTRUP, *La propriété familiale.*

(Cette Contribution publiée ci-dessus, Chapitre III, Section I, § 13).

SECTION II

LE DROIT CHINOIS

ESCARRA, *Le Droit Comparé et la jurisprudence chinoise.*

(Cette Contribution publiée ci-dessous, Titre V, Chapitre V, § 39).

RADBRUCH, *Anselm Feuerbach, précurseur du Droit Comparé.*

(Cette Contribution publiée ci-dessous, Chapitre V, § 23).

SECTION III

LE DROIT HINDOU

MAZARELLA, *Les recherches ethnologiques sur l'ancien Droit Indien.*

(Cette Contribution publiée ci-dessous, Chapitre V, § 21).

SIMONS, *La signification des Religions pour la science du Droit Comparé.*

(Cette contribution publiée ci-dessus dans le Chapitre II, Section I, § 7).

CHAPITRE V

L'ETHNOLOGIE JURIDIQUE

MAZARELLA, *Les recherches ethnologiques sur l'ancien Droit Indien.*

KOSCHAKER, *L'histoire du Droit et le Droit Comparé, surtout en Allemagne.*

RADBRUCH, *Anselm Feuerbach, précurseur du Droit Comparé.*

KOCOUREK, *Le développement du Droit est-il gouverné par des lois ?*

(Cette contribution publiée ci-dessus, Chapitre Premier, § 6).

ARANGIO-RUIZ, *Les « gentes » et la cité.*

(Cette Contribution publiée ci-dessus Chapitre III : « Le Droit Romain », Section I, § 12).

BALOGH, *L'influence de l'économie sociale sur l'évolution du Droit dans l'histoire comparative du Droit et dans l'ethnologie juridique.*

(Cette Contribution publiée ci-dessous, Chapitre III, Section II, § 16).

KUEBLER, *Les degrés de faute dans les systèmes juridiques de l'antiquité.*

(Cette Contribution publiée ci-dessus, Chapitre III, Section II, § 14).

VERDROSS, *La loi de la formation des groupes juridiques et la notion de droit international public.*

(Cette Contribution publiée dans le Tome II, Troisième Partie, Titre III, Chapitre Premier, Section I, § 75).

WESTRUP, *La propriété familiale.*

(Cette Contribution publiée ci-dessus, Chapitre III, Section I, § 13).

LES RECHERCHES ETHNOLOGIQUES SUR L'ANCIEN DROIT INDIEN

Par Giuseppe MAZZARELLA,
Professeur ordinaire à l'Université de Catane

Traduit par Pierre GARRAUD
Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Lyon

I

Quand, en 1902, en commençant la publication de mon œuvre principale ⁽¹⁾, j'ai substitué la dénomination d'Ethnologie Juridique (depuis lors généralement acceptée) à celle alors usitée pour désigner la science du droit comparé, je n'ai pas eu l'intention d'effectuer un simple changement de nom; mais j'ai voulu indiquer que je me proposais de procéder à une transformation radicale de cette discipline, sous le triple aspect de l'objet, de la méthode, des matériaux. On peut désormais le dire, cette transformation, produite par un travail tenace et ininterrompu qui se développe depuis environ quarante années, est complète ⁽²⁾.

Du point de vue de l'objet, la transformation s'effectue moyennant le passage de la recherche génético-descriptive, caractéristique de la première phase du développement de la science du Droit comparé, à la recherche causale, c'est-à-dire à la détermination des causes et des lois historiques du phénoménisme des institutions. Du point de vue de la méthode, la transformation s'effectue moyennant l'élaboration d'un nouveau procédé général méthodologique, que j'ai dénommé *analyse stratigraphique*, et moyennant la substitution de ce procédé à la comparaison grossière et très imparfaite, antérieurement employée.

Du point de vue des matériaux, la transformation a été caractérisée par la reconstruction de quelques grands systèmes juridiques orientaux,

(1) *Studi di Etnologia Giuridica*, ajoutées au quatorzième volume, en 1936.

(2) Les caractères et les modalités de cette transformation ont été illustrés par moi dans divers travaux : *Les types sociaux et le droit*. (1908), Introduction : *L'Etnologia giuridica, i suoi metodi, i suoi risultati in Scitua*, 1910 ; *Die Neuen Methoden der ethnologischen Jurisprudenz*, in *Archiv für Anthropologia*, 1906 ; « *Gli Elementi irriducibili dei sistemi giuridici* », 1919-20, Vol. I, Introd. ; « *Le unità elementari dei sistemi giuridici* » in *Annali dell'Università di Camerino*, 1926 ; « *Il metodo delle variazioni stratigrafie che e la previsione dei fenomeni giuridici* » in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania* », 1933.

grâce à l'utilisation directe de toutes leurs sources historiques, soigneusement pesées dans un esprit critique, et étudiées dans les langues, dans lesquelles elles sont composées; et, en tant qu'ils reflètent les systèmes juridiques mineurs, par l'emploi des documents ethnographiques, relativement les plus sûrs.

Le système juridique le plus complètement et le plus minutieusement reconstruit au moyen de l'*analyse stratigraphique* est l'ancien Droit indien; cette reconstruction a exercé l'action la plus profonde sur la transformation de la Science du Droit Comparé en Ethnographie Juridique. Cette action transformatrice très intense exercée par l'ancien Droit indien, se manifeste sous un double aspect. En premier lieu, sa reconstruction sur la base de l'application de l'analyse stratigraphique fournit le modèle des reconstructions analogues de tous les autres systèmes; en second lieu, les résultats, obtenus en ce qui concerne la structure et l'évolution de ce droit, généralisés moyennant l'emploi de méthodes rigoureuses, permettront de parvenir, sur la base *exclusive* de l'examen des faits, à la découverte des causes et des lois générales du phénoménisme des institutions.

Je me propose d'exposer brièvement les recherches effectuées du point de vue ethnologico-juridique sur l'ancien Droit indien.

II

La série de mes travaux sur le système juridique de l'Inde ancienne débute par la publication d'un mémoire intitulé « *Il Prestito nelle India Antica* », dans le volume de 1903 de la *Revista Italiana di Sociologia*. Dans les deux années suivantes de la même revue, deux amples mémoires ont succédé à cette étude : « L'origine del prestito nel Diritto Indiano », et « La genealogia del prestito nell'antico Diritto Indiano ».

Ces trois travaux constituent un ouvrage unique consacré à l'évolution du prêt dans l'ancien droit indien. Dans ce système, le prêt est considéré comme une institution typique, du fait que les règles générales sur les obligations, confondues, du reste, avec d'autres règles de nature différente, viennent des sources indiquées dans l'exposé relatif à l'institution juridique susdite.

J'ai étudié le prêt sous l'aspect morphologique, sous l'aspect stratigraphique et sous l'aspect généalogique. Du premier point de vue, j'ai reconstruit, sur la base d'un examen très détaillé des sources, les divers ensembles élémentaires de normes, qui composent l'institution considérée. Du point de vue stratigraphique, j'ai pu affirmer que, dans toutes les phases historiques de l'institution du prêt, on rencontre le concours de deux types fondamentaux de l'organisation juridique : le type gentilice et le type féodal. Sous l'aspect généalogique, j'ai affirmé que l'intensité de ces deux types dans la structure du prêt subit des variations notables, dans les quatre périodes dans lesquelles se divise l'histoire de cette institution. Ces périodes furent par moi dénommées, en prenant en considération les sources utilisées : Dharmasûtrique (VI^e, II^e s. avant J.-C.); Mânavique (II^e s. av. J.-C.; II^e s. après J.-C.); Yajnavalkyenne (III^e-IV^e s. apr. J.-C.); Naradienne (V^e-VII^e s. après J.-C.). Les déterminations chronologiques relatives à ces périodes, fondées sur la considération de l'âge, attribué par la philologie sanscrite,

aux sources susdites (Dharmasûtra d'Apastamba, Gautama, Vasishttha, Baudhayana; Dharmasâstra de Manou, Yâjñavalkya, Vishnu, Narada, Brihaspati, Pitamaha) sont simplement approximatives. En outre, dans les écrits susdits, j'ai élaboré et appliqué une méthode nouvelle, contenue dans le cercle de l'analyse stratigraphique, à savoir la méthode des variations stratigraphiques, moyennant quoi j'ai pu reconstruire de manière inductive la structure du prêt indien dans deux phases préhistoriques successives, que j'ai appelées respectivement, originaire et Dharmasutrique. On sait que l'un des plus grands mérites de Post vient de l'introduction, dans la science du Droit comparé, de la conception des formes fondamentales de l'organisation sociale, ou types sociaux; et l'on connaît également la classification, par lui élaborée, en quatre de ces types (type gentilice, territorial, seigneurial, associationnel). Dans mon premier ouvrage ethnologique, *La condizione giuridica del marito nella famiglia matriarcale*, consacré à l'étude des formes les plus archaïques du mariage, et publié en 1899, j'avais suivi la classification des types sociaux de Post.

Mais dans la *Teoria Etnologica del matrimonio ambiliano* (formant le premier volume de mes *Studi di etnologia giuridica*), et qui constitue un complément de l'ouvrage précédent, j'ai élaboré une classification complètement différente des types sociaux, en admettant l'existence de deux seuls types fondamentaux d'organisation juridique : le type gentilice, caractérisé par l'absence de la stratification hiérarchique des classes sociales; et le type féodal, caractérisé par l'existence d'une pareille stratification. L'importance extraordinaire de cette nouvelle définition et de cette nouvelle classification des types sociaux peut se déduire du fait qu'elles constituent le fondement de l'analyse stratigraphique, autrement dit de l'instrument le plus puissant et le plus rigoureux d'investigation que possède l'ethnologie juridique.

Or ce fut précisément dans les trois mémoires sus-indiqués sur le prêt indien que je formulai les premières règles de l'analyse stratigraphique, dont tous mes ouvrages ultérieurs constituent une application et que j'ai sans cesse perfectionnée, pendant plus de trente ans. La troisième partie de mon œuvre, « *Les types sociaux et le droit* » forme un vaste résumé organique de mes recherches sur le prêt indien. J'ai déterminé les lois des variations morphologiques et des variations stratigraphiques, relatives à ses périodes généalogiques successives, autrement dit par rapport à tout le cours du développement préhistorique et historique, qu'a eu l'institution étudiée dans l'antiquité indienne.

III

Tous les peuples, étudiés par l'ethnographie, présentent constamment, quels que soient leur appartenance ethnique, le degré ou le type de développement de leur civilisation, dix ordres de phénomènes sociaux, reflétant les formes d'association sociale, la parenté, le mariage, la juridiction domestique, la propriété, les obligations, les successions, les rapports politiques, pénaux, procéduraux. Ces phénomènes sont indissolublement liés à tous les autres ordres du phénoménisme social des peuples en question, ordres dont la science les sépare artificiellement, pour un motif d'étude. Or je dénomme acte juridique un acte, exécuté par des individus ou par une collectivité, doté d'une double qualité requise, à savoir qu'il se rapporte à un ou à plusieurs des dix ordres de phénomènes, et qu'il soit licite selon les idées et

les sentiments collectifs du peuple ou de la fraction du peuple au sein duquel il se rencontre. Je dénomme pratique juridique un mode habituel d'opérer des individus ou de la collectivité, en vue de la formation d'actes juridiques uniformes. J'appelle norme juridique une formule qui décrit synthétiquement une pratique juridique. Les pratiques juridiques, qui, en substance, sont des formations de nature coutumière, se groupent en combinaisons d'ordres divers qui sont, en ligne ascendante : les sous-groupes ou combinaisons élémentaires, les groupes, les ensembles élémentaires, les institutions. Ces dernières sont les plus complexes parmi les combinaisons de normes existant au sein de tout peuple, et seules entre toutes elles présentent le caractère de l'autonomie. L'institution est un agrégat autonome et homogène de pratiques juridiques, appartenant d'une manière exclusive ou prépondérante au même ordre fondamental de phénomènes juridiques, et liées entre elles par un nœud intime de cohésion. Toutes les institutions qui reflètent un des dix ordres de phénomènes sus-indiqués constituent un ensemble fondamental d'institutions. Par suite le système juridique de chaque peuple est constitué par des ensembles fondamentaux d'institutions. A la théorie ethnologique de l'ensemble fondamental des institutions de l'Inde ancienne reflétant le phénoménisme procédural, est consacré mon ouvrage intitulé « *Le Antiche Istituzioni processuali dell'India* », formant le second volume de mes *Studi di Etnologia giuridica*. Les premières feuilles de cet ouvrage furent imprimées en 1906, mais sa publication intégrale ne put être faite qu'en 1909. Le champ d'application de l'*analyse stratigraphique* s'étendit sur une matière fort importante, non seulement à cause des perfectionnements techniques introduits dans la structure de l'instrument méthodologique employé, mais encore par l'ampleur considérable de l'objet de la recherche, et par l'adjonction de nouveaux aspects, sous le rapport desquels était considéré l'ordre des phénomènes. Ces aspects sont l'un psychologique et l'autre causal. Les matériaux utilisés sont constitués par les mêmes sources employées pour l'étude du prêt; et c'est aussi par rapport aux mêmes époques, pour lesquelles avaient été exécutées les recherches plus haut mentionnées sur le prêt, qu'a été étudié le régime procédural. La reconstruction des institutions procédurales de l'Inde ancienne a été effectuée sur la base d'un examen très minutieux des sources indiquées. Pour la première fois, la reconstitution d'une institution a été poussée jusqu'à la description des pratiques juridiques simples ou des éléments irréductibles, et ces éléments ont été groupés dans les combinaisons d'ordre divers, que l'on a antérieurement mentionnées.

L'application de l'analyse stratigraphique m'a permis d'arriver à une évaluation quantitative de la composition des combinaisons de normes, et par là aussi des institutions, qui sont, comme on le voit, les seules combinaisons autonomes de pareils éléments. Dans les écrits précités sur le prêt, j'avais introduit et appliqué les concepts du type prévalent, du type concurrent, du coefficient de concomitance du type concurrent, de l'indice de ce coefficient, ce qui m'avait permis de déterminer l'intensité du type gentille et du type féodal dans les ensembles élémentaires de normes composant l'institution étudiée (3). J'avais également utilisé des formules stratigra-

(3) En ce qui concerne les concepts fondamentaux de l'analyse stratigraphique, et la description des diverses méthodes qui la composent, v. la première section de mon ouvrage précité : « *Les types sociaux et le droit* ».

phiques et des représentations par tableaux pour indiquer, d'une manière synthétique, précise et uniforme, les résultats des déterminations relatives à l'intensité des types dans lesdites combinaisons.

Ces conceptions ont eu naturellement dans l'ouvrage sur les institutions procédurales une expression plus précise et une sphère d'application beaucoup plus vaste. J'ai pu appliquer quelques critères généraux de la corrélation de toute norme avec les types fondamentaux de l'organisation juridique; préciser l'intensité des types, non seulement dans les ensembles élémentaires de normes, mais aussi dans les combinaisons moins élevées, c'est-à-dire dans les groupes et dans les sous-groupes, ce qui m'a conduit à une confirmation beaucoup plus précise de la composition intrinsèque des institutions; j'ai construit les formules stratigraphiques des diverses combinaisons, formules rassemblées dans une vaste suite de tableaux qui représentent d'une manière précise la structure du régime procédural, dans les quatre phases historiques de l'ancien droit indien.

Les recherches généalogiques ont reçu un large développement; elles furent effectuées moyennant la comparaison des résultats obtenus par les déterminations stratigraphiques; comparaisons précédées par la rectification des formules y relatives, exécutée sur la base d'une méthode rigoureuse. La méthode des variations stratigraphiques, déjà employée dans les recherches sur le prêt, eût, par rapport au régime procédural, une plus vaste sphère d'application. Grâce à son utilisation, on procéda à la reconstruction complémentaire des combinaisons qui avaient été incomplètement reconstituées par défaut ou insuffisance des données des textes, et à la reconstruction intégrale du système procédural, en ce qui concerne les deux phases préhistoriques successives, c'est-à-dire la phase originaire et la phase prédharmasutrique.

Après les rectifications et les reconstitutions qui viennent d'être mentionnées, des tableaux furent établis, contenant les formes stratigraphiques des groupements particuliers de normes, relativement à toutes les époques préhistoriques et historiques. En tenant compte de ces tableaux, on arrive à la détermination des lois des variations morphologiques ou extensives, et des variations stratigraphiques du système procédural tout entier de l'Inde ancienne.

Les recherches, par moi exécutées sur le prêt, étaient limitées au champ de la morphologie, de la stratigraphie et de la généalogie, en tant que l'institution susdite était étudiée sous l'aspect de la structure; du point de vue des types fondamentaux de l'organisation juridique en elle représentés; et du point de vue du cours de l'évolution de l'époque originaire à l'époque naradienne. Au contraire, dans l'ouvrage sur les institutions procédurales, aux trois précédents points de vue, sous lesquels le régime procédural indien a été également examiné, s'ajoutèrent deux aspects fondamentaux: l'aspect psychologique, et l'aspect philosophique et causal. C'est-à-dire que je me suis proposé de déterminer, sur la base des résultats des recherches morphologiques, stratigraphiques et généalogiques effectuées, quels furent les idées et les sentiments populaires, dont les normes reconstituées étaient l'expression, et quelles furent les causes génératrices de ces normes elles-mêmes.

Pour la solution de ce double problème, j'ai élaboré et appliqué une méthode comprise dans le circuit de l'analyse stratigraphique, et dénommée

méthode des limites prédéfinies. L'analyse psychologique aussi bien que l'analyse causale ont été effectuées pour chaque époque préhistorique ou historique, relativement aux sous-groupes particuliers, et elles ont été jointes non seulement à la détermination des fondements psychologiques et des causes génératrices des diverses combinaisons élémentaires, mais encore à celle des lois des variations des fondements et de leurs causes. On a finalement démontré que la cause la plus générale de la formation de l'ancien droit procédural indien était constituée par la nécessité de limiter la vengeance du sang.

IV

Je suis passé de la construction de la théorie ethnologique d'une institution particulière, d'ailleurs très importante, qui est le prêt dans l'ancien droit indien, à celle de la théorie ethnologique de l'un des plus considérables ensembles fondamentaux d'institutions, appartenant au même système. Cette construction une fois effectuée, je suis passé à celle de la théorie ethnologique des neuf autres ensembles fondamentaux d'institutions du même système. L'œuvre consacrée à cette construction est intitulée « *Etnologia analitica dell'antico diritto indiano* ». Le premier volume en a paru en 1913; elle comprend jusqu'à aujourd'hui douze volumes (qui constituent les volumes III à XIV de mes *Studi di Etnologia Giuridica*); elle sera complétée dans le cours de cette année; elle est menée *essentiellement* sur la base des mêmes matériaux employés dans mes précédents écrits indologiques; elle étudie le droit matériel des six époques préhistoriques et historiques susmentionnées; elle constitue l'application plus large encore et plus complète de l'analyse *stratigraphique*. Le droit substantiel de l'Inde ancienne, est examiné, dans l'ouvrage susdit, sous les cinq aspects habituels : morphologique, stratigraphique, généalogique, psychologique, philosophique; on y détermine les lois et les causes de son évolution.

Dans un mémoire, intitulé « *I caratteri morfologici dei sistemi giuridici* », publié en 1914, dans la *Revista Italiana di Sociologia*, j'avais ébauché la théorie générale des connexions entre les phénomènes juridiques et leur milieu respectif. J'applique constamment cette théorie, dans l'*Etnologia analitica*, à sept des neuf ensembles fondamentaux du système, en arrivant à déterminer une très longue série de connexions entre les combinaisons élémentaires de normes juridiques et les phénomènes ambiants relatifs à ces normes. Puisqu'une connexion entre deux phénomènes est une relation telle que l'état de l'un exerce, d'une certaine manière, son influence sur l'état de l'autre, la cause est, elle aussi, une connexion. De telle sorte que, si nous connaissons la série tout entière des connexions qui relient les éléments d'un système juridique à leur ambiance respective, nous pouvons affirmer avec sécurité que dans cette série sont comprises toutes les causes de ce système, quelles qu'en soient les espèces (causes génératrices, conservatrices, modificatrices, transformatrices, extinctives); par suite la caractérisation morphologique, autrement dit la détermination des connexions entre les normes juridiques et les phénomènes ambiants, a une importance capitale pour la recherche causale. Les mêmes observations doivent être faites en ce qui concerne la catégorie constituée par la recherche psychologique : c'est qu'en effet les idées et sentiments collectifs, existant au sein

du peuple, dont on étudie le système, constituent des phénomènes d'ambiance, par rapport à ce système.

Pour avoir une idée de l'ampleur de la reconstitution morphologique, effectuée dans l'*Etnologia analitica*, je reproduis ici la table suivante extraite de son XIII^e volume encore inédit :

| Epoque — | Nombre des sous- groupes reconstitués — |
|----------------------|---|
| Dharmasutrique | 58 |
| Manavique | 150 |
| Yajnavalkyenne. | 271 |
| Naradienne | 419 |

On ne tient compte ici que des quatre époques historiques; on ne prend pas en considération les nombreux groupements de normes, constitutifs des variétés d'institutions; ni les résultats des reconstitutions complémentaires, relatives aux époques historiques, et ceux des reconstitutions intégrales, se rapportant aux deux époques préhistoriques.

En admettant maintenant que tout sous-groupe comprend, en moyenne, seulement cinq normes, alors que nombreux sont ceux constitués par une soixantaine ou plus encore d'éléments; et en admettant que, en moyenne, tout sous-groupe ait seulement dix caractères morphologiques (autrement dit des propositions contenant la détermination d'une connexion ambiante), tandis que de nombreux sous-groupes ont un nombre très important de caractères morphologiques, les résultats de la reconstruction morphologique sont donnés par le tableau suivant :

| Epoque | Nombre des normes — | Nombre des caractères morphologiques — |
|----------------------|---------------------------|--|
| Dharmasutrique | 290 | 580 |
| Manavique | 750 | 1.500 |
| Yajnavalkyenne. | 1.355 | 2.710 |
| Naradienne. | 2.095 | 4.190 |
| Totaux. | 4.490 | 8.980 |

D'où nous pouvons, dans les limites d'une large approximation, admettre que le nombre des normes reconstruites est, dans l'ensemble, d'environ 5.000; et que les caractères morphologiques retracés ne sont pas, dans l'ensemble, inférieurs à 10.000. Maintenant, si l'on considère que, relativement à chaque norme, et à chaque combinaison, doivent être étudiés leur composition stratigraphique, leur processus généalogique, leur constitution psychologique, les lois et les causes de leur évolution, on aura une idée de l'importance des recherches poursuivies et des résultats obtenus par l'*Etnologia analitica*.

V

La constatation (effectuée dans mes premiers ouvrages) de l'existence constante, au sein de chaque peuple, de dix ordres distincts de phénomènes

juridiques, auxquels correspondent dix ensembles fondamentaux d'institutions qui constituent chaque système de droit; également le fait que l'ancien droit indien est décomposable en éléments irréductibles de nature purement contumière, dotés de certaines propriétés (fait affirmé dans les « *Antiche istituzioni processuali dell'India* » et dans l'*Etnologia analitica dell'antico diritto indiano*) me conduisaient à rechercher si tous les systèmes juridiques présentent ou non une composition uniforme, indépendamment du type et du degré de développement et de l'appartenance ethnique de leurs peuples respectifs. A cette recherche sont consacrés deux volumes, qui forment mon ouvrage « *Gli elementi irriduttibili dei sistemi giuridici* », publié en 1919-1920. La possibilité de décomposer un système juridique en éléments irréductibles constitue une propriété du système même. La voie la plus sûre pour la confirmation de l'universalité ou de la spécificité de cette propriété consiste à déterminer si elle existe ou non dans tous les systèmes juridiques, scientifiquement étudiables. Mais, étant donné leur nombre très important et la difficulté de leur reconstitution et de leur analyse, cette voie est impraticable; c'est pourquoi j'ai suivi un procédé différent.

Dès mes premiers travaux, j'ai introduit et successivement simplifié un principe, dénommé *principe des aires stratigraphiques*, qui peut se formuler en ces termes : « N'importe quelle propriété générale d'un système juridique est douée d'une aire universelle de diffusion, si elle se rencontre, avec la même généralité, au sein également d'un autre système juridique, et si les peuples respectifs appartiennent à deux familles ethniques différentes ».

La démonstration est basée sur la prise en considération de la classification des propriétés des systèmes juridiques. L'observation démontre qu'il y a certaines propriétés qui se rencontrent dans tous les systèmes connus; d'autres qui se localisent dans les systèmes de peuples appartenant à la même famille ethnique; d'autres enfin qui se rencontrent dans un seul système. On dénomme ces diverses propriétés, universelles, spéciales, particulières. Or, une propriété qui satisfait aux conditions requises dans le principe plus haut formulé ne peut être particulière ni spéciale; elle doit par suite être universelle. La première et ample section de l'ouvrage en question est tout entière destinée à la détermination des propriétés du système juridique de l'Inde ancienne, et de celles des éléments irréductibles, dans lesquels il se décompose. Pour vérifier si ces propriétés sont ou non universelles, j'ai reconstruit le droit babylonien; j'ai consacré, dans l'œuvre susdite, des recherches, qui épuisent le sujet, et conduites toujours moyennant l'utilisation des procédés de l'analyse stratigraphique au monument le plus important de ce droit, le Code d'Hammurabi, et à d'autres documents historico-juridiques. Sur la base de ces recherches, j'ai pu affirmer que les propriétés générales du système indien et des éléments irréductibles qui le composent, sont identiques à celles du système babylonien et des éléments irréductibles constitutifs de ce dernier système. Et, puisque les Indiens appartiennent à la famille aryenne et les Babyloniens à la famille sémitique, et que ces derniers ont subi, du point de vue anthropologique-physique, et plus encore du point de vue culturel, l'action profonde des populations sumériennes, d'origine probablement mongolique, nous devons, sur la base du principe des aires stratigraphiques, admettre que lesdites propriétés ont une aire de diffusion universelle. J'ai pu ainsi tracer les lois géné-

rales des systèmes juridiques, qui, *actuellement*, se réduisent aux suivantes :

i) N'importe quel système juridique est constitué par un ensemble de pratiques juridiques simples, qui sont ses éléments irréductibles.

ii) Les règles de conduite, composant n'importe quel système juridique, sont de nature purement coutumière.

iii) Tout élément irréductible d'un système juridique est doué de la tendance à se grouper en institutions.

iv) Chacun des éléments irréductibles préindiqués peut se rapporter à un type fondamental d'organisation juridique.

v) Chaque élément irréductible est lié par des rapports de connexion avec l'ambiance dans laquelle se rencontre le système juridique relatif à cet élément.

vi) Dans chaque élément irréductible, se reflètent des convictions collectives, répandues au sein de la totalité ou de fractions déterminées du peuple, auquel appartient le système juridique relatif à cet élément; convictions qui prennent le caractère d'idées et de sentiments collectifs selon le degré différent de clarté et de fixité définitive, avec lequel elles se présentent dans la conscience de ceux qui composent le peuple, ou dans celle des fractions des peuples sussignalées.

vii) Chaque élément irréductible est doté de la tendance à conserver son existence et à persister inaltérablement dans sa propre structure.

viii) *En général*, un élément irréductible a l'aptitude à s'incorporer dans des systèmes juridiques différents de celui auquel il appartient originellement.

J'ai dénommé ces propriétés, auxquelles se rapportent les lois sus-indiquées, respectivement : décomposabilité, caractère coutumier, combinabilité, caractère typique, caractère ambiant, caractère psychologique, stabilité, communicabilité. La première est une propriété des systèmes, les autres sont des propriétés de leurs éléments irréductibles.

Les lois plus haut indiquées ne sont scientifiquement sûres que dans la mesure où elles reflètent l'ancien droit indien et le droit babylonien; comme lois générales des systèmes juridiques, elles présentent un caractère provisoire; chacune de leurs vérifications ultérieures, par rapport aux autres systèmes juridiques, contribuera à obtenir la certitude scientifique de ces lois elles-mêmes.

VI

Tout système juridique est constitué par trois séries d'éléments : éléments universels, c'est-à-dire communs à tous les systèmes parvenus au même point de développement, quelle que soit l'appartenance ethnique de leurs peuples respectifs; éléments spéciaux, autrement dit communs à tous les systèmes de peuples, appartenant à la même famille ethnique; éléments particuliers, autrement dit personnels au système étudié. Il s'ensuit que, dans l'ambiance de chaque système, opèrent trois séries de causes : universelles, spéciales, particulières. Dès lors, si nous pouvons déterminer les causes et les lois de l'évolution d'un système juridique donné, il sera possible, moyennant l'emploi des méthodes de comparaison convenables, d'affirmer *quelles sont, parmi les dites causes et lois*, celles qui ont un caractère d'universalité.

Dans un nouvel ouvrage, intitulé « *Saggio sulla Teoria Etnologica dell'Evoluzione del Diritto* », en partant de la prise en considération de l'ancien droit indien, envisagé avec la fonction de système typique de référence, je chercherai à déterminer, moyennant l'emploi de procédés rigoureux de généralisation, celles qui, parmi les causes et lois de l'évolution dudit système, affirmées dans les *Antiche Istituzioni processuali dell'India* et dans l'*Etnologia Analitica dello Antico Diritto Indiano*, ont un caractère d'universalité.

La prise en considération de l'Ancien Droit Indien est justifiée d'abord par l'ampleur et la continuité du cours de son développement, et en plus par la richesse de la documentation utilisable, et par l'extension des connaissances que possède la science de tous les aspects de l'ancienne civilisation indienne, par le fait que ce système est jusqu'ici le seul qui ait été *intégralement* étudié, sur la base des procédés rigoureux de l'analyse stratigraphique.

L'HISTOIRE DU DROIT ET LE DROIT COMPARÉ SURTOUT EN ALLEMAGNE

Par Paul KOSCHAKER,

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

Si en acceptant l'aimable invitation du comité de rédaction, je prends la parole dans ces *Mélanges* dédiés au fondateur de la science moderne du droit comparé en France pour faire quelques observations sur la méthode comparative en droit, en considérant surtout l'état de choses en Allemagne, je me rends compte que je ne puis développer que des idées déjà formulées par l'éminent maître dans son livre fondamental « *La fonction du droit civil comparé* ». C'est à lui que nous devons la séparation stricte de la « *législation comparée* » appliquée au droit moderne de « *l'histoire comparative* » qui représente un département de l'histoire du droit. C'est la dernière qui fera le sujet de cet article.

I. — L'Allemagne a dû céder pendant les derniers quarante ans à l'Italie la primauté dans la science du droit romain qu'elle a possédée au XIX^e siècle. Les mobiles de ce changement n'intéressent pas, sauf un seul. Tandis que pour les pandectistes Allemands du XIX^e siècle, le droit romain, en dépit de la « *historische Rechtsschule* », restait au fond la *ratio scripta* telle qu'elle était pour leurs devanciers, vers la fin du XIX^e siècle, la tendance devient visible non pas de le détrôner, mais de lui mettre à côté des co-régents. C'était le célèbre livre de Mitteis « *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Reichs* » (1891) qui donna l'impulsion à ce mouvement. Il est vrai que pour l'auteur, il s'agissait d'un problème de l'histoire du droit romain, c'est-à-dire de la position du droit romain dans les provinces orientales de l'empire romain après la *constitutio Antoniniana*. Mais pour résoudre ce problème, il était nécessaire de prendre en considération les droits provinciaux. C'est ainsi que Mitteis a franchi hardiment le cercle orthodoxe des sources romaines, en comprenant dans le cadre de ses recherches le droit grec, hellénistique, les papyrus égyptiens et les droits orientaux en général. Le succès du livre fut énorme et bien mérité. C'est depuis son apparition que les juristes — et non pas seulement en Allemagne — se mirent à étudier les autres droits « *antiques* » qui étaient restés jusqu'ici le domaine des historiens et des philologues.

Ces études disparates et mal ordonnées qui dépassaient de beaucoup les limites fixées par Mitteis n'avaient, au début, que peu de rapports

entre elles. Il faut d'autant plus apprécier la tentative de M. Wenger de leur donner une base commune, en concevant l'idée de l'histoire des droits antiques (*antike Rechtsgeschichte*). Cette conception précisée la première fois dans un discours inaugural à l'Université de Graz ⁽¹⁾, il l'a reprise maintes fois et il l'a développée de suite à une histoire du droit universelle de l'antiquité. Il est hors du cadre de cet article de donner une critique de cette idée. Qu'il suffise de mentionner deux points. C'est, en premier lieu, la tendance contre la domination exclusive du droit romain dans les recherches historiques — M. Wenger a remarqué maintes fois qu'il s'agit d'arracher le droit romain de son « splendide isolement », — tendance peu affaiblie par les efforts de M. Wenger de souligner, dans un article récent ⁽²⁾, l'importance prépondérante du droit romain comme la grande synthèse de tous les droits antiques. En second lieu, je mentionne le droit comparé dont une histoire du droit universelle de l'antiquité ne peut se passer. Mais le droit comparé, ce qui est bien significatif, ne sert qu'à prouver des influences réciproques des droits antiques. Il est strictement limité à ceux-ci. Par conséquent, on repousse avec vigueur chaque comparaison qui dépasse ces limites étroites, surtout celle avec les droits germaniques. Bien qu'on ne méconnaisse pas que des évolutions indépendantes peuvent aboutir à des résultats presque identiques, on condamne une méthode qui utilise ces faits comme « planlos », parce qu'elle ne révèle que des parallélismes « sensationnels » sans valeur scientifique ⁽³⁾. La comparaison entre les droits égyptien, babylonien et les droits hellénistique, romain et germanique est caractérisée comme « geistreich », à la vérité comme un jeu savant, où elle n'est tolérée qu'au fur et à mesure « als vielleicht eine Zukunft noch Zusammenhänge grauer Vorgeschichte wird aufdecken können ⁽⁴⁾ ». Un autre représentant de l'« antike Rechtsgeschichte », M. Schönbauer ⁽⁵⁾, exprime des vues analogues, en n'admettant la comparaison qu'entre les droits de peuples parents par la race ou par la civilisation.

Ce sont des raisonnements semblables qui ont servi de base à une tendance scientifique représentée jadis en Allemagne par Leist et reprise de nos jours avec vigueur, aboutissant à la reconstruction du droit indo-européen à l'aide de la comparaison des droits des peuples indo-européens;

(1) *Römische und antike Rechtsgeschichte* (1905). V. tout récemment le même auteur « Ancient legal history », discours prononcé à l'occasion du tricentenaire de l'Université de Harvard (1937).

(2) *Studi in onore di P. Bonfante II*, p. 365 ss.

(3) Wenger, *Tidsskrift for Retsvidenskap*, 1936, S. 199.

(4) Wenger, *Atti del IV congresso internazionale di papirologia* 164. La critique de M. Wenger se réfère à Fehr, *Hammurapi und das salische Recht* (1910) qui a comparé le Code de Hammourabi avec la loi Salique. Mais M. Fehr n'est pas le seul coupable. M. Wenger a oublié de réprimander M. d'Arbois de Jubainville pour avoir tiré profit, cinq ans avant M. Fehr, du Code de Hammourabi dans ses recherches sur l'ancien droit irlandais (*La famille celtique*, 1905), autant que moi qui, sept ans après M. Fehr, ai cherché de comprendre le droit babylonien par l'aide des droits germaniques (*Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis*, 1917). Dans un compte rendu dans la « Münchner kritische Vierteljahrsschrift » 1918, M. Wenger a jugé de mon livre, en disant que je n'aurais pas réussi dans mes études sur Hammourabi sans les études germanistiques. Je ne sais pas si M. Wenger maintiendra aujourd'hui ce jugement bienveillant.

(5) *Atti del IV congresso internaz. di papirologia* 442. Il s'agit *in concreto* de repousser la comparaison du droit égyptien avec les droits germaniques.

méthode empruntée à l'étude comparative des langues indo-européennes et limitée dans son emploi aux droits indo-européens, qu'il s'agisse de droits de l'antiquité ou non ⁽⁶⁾. Une troisième tendance scientifique dont Post et Kohler ont été les principaux représentants admettait, par contre, que le champ d'application du droit comparé était sans limites et pouvait même comprendre les primitifs. Elle visait à une histoire du droit universelle de l'humanité. Nous reviendrons encore à cette idée. Enfin, il y a une quatrième théorie sur l'emploi du droit comparé qui fut soutenue pour la première fois par M. Rabel ⁽⁷⁾. Peu adoptée encore en Allemagne, elle se sert du droit comparé qui, en principe, n'est pas restreint à certains droits comme d'un moyen méthodique pour connaître un certain droit.

L'aspect que les recherches de droit comparé en Allemagne nous offrent est peu uniforme, même chaotique. C'est un pêle-mêle de tendances diverses, très divergentes dans leurs vues sur la valeur et le but du droit comparé. Cela considéré, il ne semble pas inutile de poser, au moins pour l'une ou l'autre des tendances susmentionnées, la question de savoir quelle est la base scientifique du droit comparé. Car celui-ci, comme M. Lambert l'a démontré d'une manière pénétrante ⁽⁸⁾, ne contient jamais son but en soi-même. Droit comparé ne signifie pas cataloguer les droits étrangers et les aligner comme les produits de civilisations étrangères et primitives dans les vitrines d'un musée ethnographique. Comparer, c'est mettre en rapport, ce qui présuppose quelques points de vue dirigeants. Je choisis parmi les tendances susmentionnées qui emploient le droit comparé, celles qui ne connaissent pas des limites de la comparaison parce qu'elles sont plus voisines de l'histoire comparative dans le sens de M. Lambert ⁽⁹⁾.

Les parallélismes dans les institutions juridiques des plus divers peuples dans les temps les plus divers sont un phénomène incontesté et incontestable. On ne leur fait pas justice en les discréditant comme « sensationnels ». Ils ne sont pas réservés au droit, mais ils se rencontrent dans presque toutes les manifestations des plus diverses civilisations. Ce phénomène connu depuis longtemps par l'ethnologie a occupé les plus forts de ses esprits qui se sont efforcés d'en donner l'explication. Peut-être, le droit comparé se serait épargné des égarements s'il avait tenu compte de ces problèmes de la discipline voisine ⁽¹⁰⁾.

Déjà dans la seconde moitié du XIX^e siècle, la théorie de l'« Elementar- und Völkergedanke », fondée par A. Bastian et dominante dans l'ethnologie jusqu'au début de notre siècle, a essayé de donner une explication scientifique de ce phénomène ⁽¹¹⁾. En partant de la nature psychique uniforme de tous les hommes, elle soutenait la polygénèse de la civilisation

(6) Sur cette méthode cf. Koschaker, *Festschrift für Hirt* I, p. 150 ss.

(7) V. l'exposition fondamentale dans l'introduction à son livre *Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders* (1909).

(8) *Fonction* p. 8 ss.

(9) *Fonction* p. 915, 917.

(10) Pour ce qui suit cf. mon article dans le *Festschrift für Hirt* I, p. 145 ss.

(11) Voir p. e. Graebner, *Methode der Ethnologie*, p. 77 ss.; P. Radin, *Social anthropology*, p. 7 ss.; Schmidt-Koppers, *Völker und Kulturen*, I. Teil : *Gesellschaft und Wirtschaft der Völker*, p. 31 ss.; Trimborn, *Ztschr. f. vergleichende Rechtswissenschaft* XLIII, p. 416 ss.

humaine qui, en vertu de cette nature uniforme, passe partout par les mêmes stades, évolue partout dans la même direction (Elementargedanke), direction peu déviée par les particularités des conditions géographiques, climatiques et économiques (Völkergedanke). On arrivait ainsi à supposer certains degrés dans l'évolution de la civilisation dont les primitifs ne représentaient que des stades déjà dépassés par les peuples civilisés. De telle manière la théorie de Bastian s'accordait très bien avec l'évolutionisme de l'ethnologie ancienne (Tylor, Frazer). Elle gouverne le droit comparé dans les travaux de Post, le représentant le plus remarquable de l'ethnologie juridique. L'histoire du droit et le droit comparé sont opposés. Si celle-là s'occupe de l'histoire, c'est-à-dire des événements uniques qui ne se répètent jamais, ni dans le même ordre, le sujet de celui-ci est l'évolution juridique de l'humanité qui s'opère par la force de lois naturelles. A cette époque appartiennent les théorèmes que le droit de mère précède le droit de père, qu'il y a dans l'évolution du droit matrimonial les stades de la promiscuité, du mariage de groupes (Gruppenehe), par rapt et enfin par achat. On arrive, par conséquent, à l'idée d'un droit universel (J. Kohler) ⁽¹²⁾.

Tout cela est aujourd'hui suranné ⁽¹³⁾. L'évolutionisme, la théorie de Bastian étaient les enfants d'une époque qui était gouvernée par l'idée que les lois naturelles régissent partout, aussi bien dans le monde des phénomènes naturels que dans les sphères sociales et juridiques. L'opposition surgit en Allemagne : Ratzel, Frobenius, Ankermann et Graebner. Elle conduisit à la théorie des cercles culturels (Kulturkreise) ⁽¹⁴⁾ qui, à la vérité, est restée presque inconnue dans la jurisprudence. Certains artefacts, p. e. des ustensiles, des armes, des formes de la construction de maisons, se trouvant dans certains lieux unis avec d'autres éléments culturels et avec certaines institutions sociales déterminent un « cercle culturel » qui a un centre d'où il étend ses influences ⁽¹⁵⁾.

Je ne veux pas donner ici une ample critique de cette théorie. On lui reproche d'être arbitraire dans la délimitation des Kulturkreise ⁽¹⁶⁾. En vérité, les opinions des savants sont très divergentes à cet égard. Mais ce qui est important est ceci : La théorie des Kulturkreise considère l'évolution d'une civilisation comme un événement historique et, par conséquent, unique, qui ne se répète jamais. C'est pourquoi sa méthode est historique. Elle aime s'appeler « kulturhistorische Richtung », et l'école viennoise, en combinant l'ethnologie avec les sciences préhistoriques, surtout la paléontologie, a soutenu l'idée d'une préhistoire de l'humanité dans le sens

(12) Voir sa *Allgemeine Rechtsgeschichte* dans *Kultur der Gegenwart*, éditée par Hinneberg, II, 7, I (1914).

(13) Voir pour la critique de l'évolutionnisme, W. Schmidt dans Eyre, *European civilisation*, I, p. 5 ss., 13.

(14) Cp. W. Schmidt, *op. cit.*, p. 18 ss.

(15) En poursuivant cette idée jusqu'au bout, quelques savants sont arrivés à supposer un seul centre d'où toute la civilisation s'épanouissait, centre qu'on a cherché en Egypte (Elliot, Smith) ou en Asie (W. Schmidt, *op. cit.* p. 22). Cela est en parfait accord avec le dogme catholique et a, peut-être, influencé inconsciemment les savants catholiques de l'école de Vienne et de Mödling, qui sont des partisans fervents de la *Kulturkreislehre*.

(16) Voir p. e. Thurnwald, *Die menschliche Gesellschaft in ihren ethno-soziologischen Grundlagen*, I, p. 12 ss., Radin, *op. cit.* p. 20 ss.

d'une histoire universelle. Le livre de M. Menghin, « *Weltgeschichte der Steinzeit* » (1931), issu de cette école, est un essai très remarquable de réalisation de cette idée ⁽¹⁷⁾. En prenant un point de départ tout à fait différent, on arrive curieusement à une conception très semblable à celle de l'évolutionisme ⁽¹⁸⁾. Cependant, pour expliquer des concordances, on ne recourt plus à la polygénèse parallèle et indépendante (convergences), mais plutôt aux migrations, influences et réceptions. Comme M. Kern, *Op. cit.* p. 13, l'a précisé, l'« *onus probandi* » est renversé, il faut « *in dubio* » supposer des réceptions ou des migrations. Il incombe donc à celui qui soutient des convergences de faire valoir en ce sens des raisons particulières ⁽¹⁹⁾.

Cela est bien compréhensible si l'on prend en considération que la théorie des *Kulturkreise* travaille tout d'abord avec des éléments de forme qui lui sont offerts par les matériaux. Il est bien concevable que des formes de la construction de maisons, des armes, des ustensiles sont transmises à d'autres civilisations et on pourrait concéder la même idée pour les formes du droit. Comme M. Menghin, *Op. cit.* p. 6, l'observe justement, la comparaison employée par la *Kulturkreislehre* repose sur les critères de la forme et de la quantité, c'est-à-dire sur le principe que des formes identiques de deux civilisations, se trouvant dans des quantités et des rapports entre elles suffisants, ne sont pas le produit du hasard, mais remontent à une origine commune, quelle que soit la distance d'espace et de temps qui sépare ces civilisations. Par conséquent, la comparaison des formes est pour M. Menghin un « *procédé* » (p. 10) qui sert à prouver « *die verwandtschaftlichen Beziehungen zwischen bestimmten Inhaltskreisen* ».

Cela concédé, il reste pourtant bien douteux que l'on puisse employer ce « *procédé* » à l'organisation sociale, économique et juridique d'un peuple, abstraction faite de la circonstance que de telles institutions peuvent se déplacer avec les hommes pour lesquels elles sont destinées. D'ailleurs, M. Menghin lui-même (p. 11) doit concéder que les éléments de la culture matérielle dont se sert la *Kulturkreislehre* pour prouver des emprunts et des influences sont insuffisants pour être concluants dans le domaine de la culture sociale et spirituelle; et ce qu'il expose sur la connexion incontestable de la culture matérielle et spirituelle ne suffit pas à écarter cette objection. Pourrait-on affirmer que les Japonais aient abandonné leur organisation de la famille et leur mentalité en vertu du seul fait qu'ils se sont mis, au XIX^e siècle, à construire des chemins de fer et à s'habiller à la mode européenne ? Il est vrai que des innovations techniques, empruntées à une

(17) Cp. aussi, d'un point de vue méthodologique, F. Kern, *Die Anfänge der Weltgeschichte* (1933) et en général Flor, *Festschrift für Hirt*, I, p. 70 ss., 75 ss.

(18) On observera, d'un autre côté, une parenté étroite avec certaines idées de l'antike Rechtsgeschichte.

(19) Dans le même sens Menghin, *op. cit.* p. 8. S'il désigne la théorie de Bastian comme « *anti-évolutionniste* », en ajoutant que l'évolutionnisme devrait ramener des formes identiques de plusieurs civilisations à une origine commune, il prend le mot « *évolution* » dans le sens historique, tandis que l'ancienne ethnologie y associait l'idée d'une série d'événements régis par des lois naturelles. Ce n'est que dans le premier sens qu'on pourrait affirmer que l'évolutionnisme et la méthode comparative de la *Kulturkreislehre* ne se contredisent pas.

autre civilisation peuvent changer profondément la vie sociale et juridique et même l'assimiler à celle de la civilisation à laquelle on a emprunté la technique. Néanmoins, c'est la technique qu'on a empruntée et non pas le nouvel ordre social. Il semble donc que dans le domaine de la culture sociale et juridique l'évolution indépendante a joué un rôle plus important que dans la sphère de la culture matérielle. Si, par exemple, le cautionnement des Germains, des Slaves, des Grecs et des Babyloniens est presque identique dans les principes et même dans les détails, si la poursuite du vol et la revendication de la propriété sont gouvernées par les mêmes règles dans le Code de Hammourabi, dans les droits germaniques et dans l'ancien droit russe, si nous rencontrons l'institution du lévirat dans l'ancien Orient et chez les Aztèques, si la vengeance privée et l'asylie sont répandues à travers notre globe, si le droit féodal se trouve dans l'Europe, dans l'ancien et l'extrême Orient, on est disposé à devenir sceptique sur la valeur de la Kulturkreislehre dans ce champ de recherches. Ne pourrait-on dire que l'onus probandi incombe à elle si elle veut expliquer ces concordances par des migrations, réceptions et des influences réciproques ?

On range l'histoire comparative des institutions juridiques parmi la sociologie, ce qui est juste en tant qu'elle s'occupe de l'étude des droits des primitifs et représente ce qu'on appelait auparavant la jurisprudence ethnologique. Il semble cependant recommandable de la séparer de la dernière parce que son but est éminemment juridique. Bien que les limites entre des peuples primitifs et civilisés soient flottantes ⁽²⁰⁾ une différence cependant subsiste selon qu'on peut tracer l'évolution juridique d'un peuple seulement d'après les rapports de voyageurs et de missionnaires ou d'après ses propres sources écrites parce que celles-ci révèlent de tout autre manière sa pensée juridique. Cela n'implique pas que le droit d'une civilisation qui n'emploie pas l'écriture soit nécessairement plus primitif que celui qui dispose de sources écrites. Pourtant celui-ci sera, en général, plus consolidé et même nous sommes obligés d'admettre qu'il jouira d'une évolution autonome considérable ⁽²¹⁾. Ce sont justement ces droits qui font le sujet de l'histoire comparative des institutions juridiques stricto sensu.

Ces remarques critiques ne visent pas à rejeter la Kulturkreislehre. Mais toutes les idées nouvelles importantes — et personne ne refusera à la Kulturkreislehre cette épithète — sont soumises à des exagérations ⁽²²⁾. C'est ainsi que la Kulturkreislehre a relégué, peut-être trop fort, au second plan le principe de l'évolution indépendante (convergence) surtout dans notre champ de recherches. Il ne s'ensuit pas que nous retournerons à la théorie de Bastian. Tout au contraire, nous empruntons à la Kulturkreislehre l'idée très importante que toute évolution culturelle et aussi celle du droit n'est pas régie par des lois naturelles ⁽²²⁾ parce qu'elle est faite par des hommes, et ne peut être envisagée que d'un point de vue

(20) Voir p. e. Thurnwald, *op. cit.*, I, p. 2, Schmidt-Koppers, *Völker und Kulturen*, I. Teil p. 38 ss., Kern, *op. cit.* p. 37 n. 1.

(21) M. Schmidt même, partisan zélé de la Kulturkreislehre nous assure (*op. cit.* p. 24) : a sphere of culture can only acquire its many special characteristics if it has ample time to hold its own and develop these elements in separate independence from other spheres without in any way borrowing from others or being influenced by them.

(22) Voir aussi la critique que M. Breysig, dans son beau livre *Die Anfänge der Menschheit*, p. 434 ss., donne sur la Kulturkreislehre et qui contient beaucoup de vrai.

purement historique. Mais l'histoire consiste dans une chaîne d'événements qui ne se répètent nulle part de la même façon ⁽²³⁾. Les forces génératrices d'un droit donné sont complexes. Qu'il me soit permis d'employer l'image du parallélogramme de forces pour rendre claire ma pensée. Comme la force et sa direction peuvent être décomposées en plusieurs composantes, des facteurs typiques et atypiques participent à la formation d'un droit. Mais les premiers ne reposent pas sur l'Elementargedanke, ils n'opèrent pas par la force de lois naturelles. Ils signifient plutôt qu'un groupe d'hommes, placé dans un certain milieu géographique, social et économique réagit, de règle, dans une certaine direction. Mais cette direction est toujours déviée par des facteurs atypiques, comme, par exemple, par la race, des aptitudes particulières et surtout par l'histoire qui consiste aussi en des migrations et des réceptions et qui forme le caractère d'un peuple d'une manière décisive.

Ces considérations peuvent servir à donner une base scientifique de l'emploi du droit comparé dans l'histoire du droit. Mais il faut se rendre compte que ce que nous comparons ne sont que des composantes de direction qui ne sont pas soumises aux lois naturelles et n'ont qu'une valeur relative. D'autre côté, si l'on trouve des concordances en divers droits, il sera permis de les ramener *in dubio* à ces facteurs typiques. On ne négligera jamais — c'est entendu — les migrations, réceptions et influences réciproques, mais on n'en fera emploi pour expliquer des concordances que s'il y a des raisons particulières de les supposer ⁽²⁴⁾.

La méthode comparative ainsi fondée est un moyen excellent d'explorer un droit donné. Ce droit doit être examiné d'abord sur la base de ses propres sources. Le droit comparé ne peut être employé que subsidiairement. A cet égard il est très utile. Les sources d'un droit sont, de règle, lacuneuses. Le droit comparé peut aider à combler ces lacunes. Si une institution est bien documentée dans un droit, le droit comparé nous permettra d'élucider la tradition fragmentaire de la même institution dans un autre droit, en mettant en rapport ces fragments qui, dans leur isolement, seraient incompréhensibles; il nous permettra, en outre, de découvrir des connexions et de poser des questions qui autrement resteraient cachées ⁽²⁵⁾.

Néanmoins la méthode comparative est un instrument fort délicat qu'il faut manier avec prudence si l'on veut éviter qu'il ne nuise plus qu'il ne donne du profit. On ne peut comparer que des choses comparables. Comparer par exemple la loi Salique avec le droit Romain de l'époque classique, serait aussi faux qu'il serait utile de le faire, peut-être, pour le droit des XII tables. Il ne suffit pas de comparer simplement des institutions ou des maximes de droit analogues. Car celles-ci n'existent

(23) Ici M. Lambert, *Fonction* p. 915, en parlant de « lois naturelles auxquelles obéissent les manifestations de la vie sociale » est d'autre opinion.

(24) N'oublions pas qu'aussi pour la Kulturkreislehre existe le critère de la continuité. Comme M. Schmidt, *op. cit.* p. 19, l'observe très justement: the original diffusion of any characteristic element of civilisation cannot have proceeded by leaps and bounds leaving intervening inhabited regions unaffected by it.

(25) C'est avec beaucoup de raison que M. Westermarck, *The history of human marriage*, 5^e édit., I, p. 7, remarque: little details which by themselves would hardly attract our attention may, when viewed in the light of comparative method, become conclusive evidence.

jamais isolées, elles sont entourées d'un certain milieu social et juridique dans lequel elles déploient leur fonctionnement. Il faut donc examiner d'abord la position d'une règle de droit dans son propre système légal avant de la mener à la comparaison. Mais abstraction faite de ces limites, il n'y en a pas d'autres, ni la parenté raciale, ni le contact historique entre les droits mis en comparaison. Je puis affirmer par expérience que je n'aurais pénétré jamais dans le droit cunéiforme sans l'avoir comparé avec les droits germaniques ⁽²⁶⁾. Malheureusement, des principes fixes de la méthode comparative manquent encore, et il dépend, en grande partie, du tact et de la délicatesse du savant qui l'emploie, que ces limites soient observées. En attendant le développement de tels principes, il vaut mieux imiter l'exemple donné par des recherches excellentes de droit comparé comme celles de Partsch, Rabel et surtout du maître éminent auquel cet article est dédié et qui, dans son étude sur « La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative » ⁽²⁷⁾, nous a montré d'une manière qu'on ne peut pas surpasser, comment il faut traiter un problème de l'histoire comparative.

Un seul point reste encore à discuter. Je me rends compte qu'à la base des idées développées dans cet article, une discipline autonome du droit comparé est au fond niée. Ce qu'on appelle histoire comparative n'est rien d'autre que notre histoire du droit en employant la méthode comparative. Mais le droit comparé a besoin de matériaux. Il s'agirait donc de ramasser les composantes typiques susmentionnées dans une étendue aussi large que possible. Ainsi on arrivera peut-être à ce qu'on pourrait appeler le droit comparé général. Ce serait évidemment tout autre chose que l'histoire du droit universelle, régie par des lois naturelles. Car ces composantes ne sont que de valeur relative. Mais cela approfondirait beaucoup nos connaissances sur la formation du droit. Ce droit comparé général ne serait plus de l'histoire du droit, mais plutôt un département de la jurisprudence systématique, une typologie du droit. Inutile de dire qu'il n'aurait rien à voir avec le droit naturel, même pas dans un sens relatif. D'autre part, ce droit comparé général donnerait à l'emploi de la méthode comparative la sécurité dont il manque encore.

Enfin, à ce point de vue l'abîme qui semble s'ouvrir entre la Kulturkreislehre et nos idées disparaîtrait comme je le crois ⁽²⁸⁾. Bien que la

(26) Si cet amour n'est pas rendu par les germanistes cela s'explique par le fait qu'ils disposent de sources abondantes et d'une théorie fort développée. Ils exploitent un champ bien cultivé tandis que les études dans d'autres droits sont encore à l'état du défrichage. Il y a des exceptions. Cp. p. e. l'article de M. Beyerle, *Zeitschr. d. Savigny-Stiftung*, germ. Abt. XLVII, p. 567 ss. sur l'origine du cautionnement, et les recherches fondamentales de M. H. Meyer sur « Friedelehe und Mutterrecht » dans la même revue, vol. XLVII, p. 198 ss. qui profitent amplement du droit comparé.

(27) Tirage à part élargi de son livre *La formation du droit civil comparé*, I, p. 441 ss.

(28) Il est regrettable que le combat des opinions ait conduit à des formules pointues qui semblent exclure toute réconciliation. Il vaudrait mieux prendre en considération les mots de M. Westermarck, *op. cit.* I, p. 6 : « I cannot find that there is any reasonable ground for quarrelling between the ethnological school, which particularly studies the influence that one people has exercised upon another owing to contact of their cultures, and the evolutionary school... The two kinds of investigation supplement each other, and their results should exercise a wholesome influence on each other; but they cannot replace each other. »

D'ailleurs, si je ne me trompe pas, la tendance de réconcilier les divers courants

Kulturkreislehre souligne la méthode historique, ses matériaux — provenant pour la plus grande partie des civilisations qui n'emploient pas l'écriture et ne savent rien des événements et des personnages historiques — la contraignent à une typisation très forte. Elle travaille avec des cultures typiques — cultures des lames, des tueurs de daims, des pasteurs, paysans, cultivateurs, etc. — qui se suivent dans un certain ordre ⁽²⁹⁾. D'autre part, comme M. Kern l'observe ⁽³⁰⁾, on ne trouve jamais de cercles culturels purs et typiques dans la réalité historique. Ils sont mêlés à des éléments d'autres civilisations, ils contiennent des variantes, des formations particulières. C'est au fond notre pensée que des facteurs typiques et atypiques opèrent dans la formation d'un droit. M. Menghin ⁽³¹⁾ a comparé, d'une manière très instructive, des civilisations récentes avec celles des époques préhistoriques et il a utilisé les unes pour élucider les autres, bien que l'une se trouvât en Afrique centrale, en Australie, l'autre en Europe. Mais a-t-il fait ainsi autre chose que de l'histoire comparative ? Est-ce qu'il y a une différence insurmontable quand on dit : ces concordances reposent sur des migrations, des emprunts, des influences réciproques qu'on ne peut démontrer ni même rendre vraisemblables, ou quand on suppose des évolutions indépendantes, produisant les mêmes effets ? Ce que nous pouvons atteindre aujourd'hui par l'aide de la méthode comparative, c'est la meilleure connaissance d'un droit, d'une civilisation donnée. Remettons-nous donc à l'avenir de nous prouver la parenté raciale ou le contact culturel entre les Sémites au temps de Hammourabi et les Germains ⁽³²⁾, entre les tribus pygméennes de l'Afrique centrale et l'homme Européen à l'époque protolithique.

est visible dans la récente littérature ethnologique. Voir p. e. Bauman, *Africa* VII (1934), p. 130 ss.; Radin, *op. cit.* p. 23, et, quant au droit, Adam, *Zeitschr. f. vergleichende Rechtswissenschaft*, XLVIII, p. 256 ss.

(29) Cp. aussi W. Schmidt, *op. cit.* p. 26 ss.

(30) *Op. cit.* p. 80.

(31) *Op. cit.* p. 489 ss., 518 ss., 531 ss.

(32) On est surpris de trouver dans le livre très savant de M. H. Meyer, *Rasse und Recht bei den Germanen und Indogermanen* (Schriften der Akademie für deutsches Recht, éditées par le président de l'Académie et ministre du Reich Dr. Frank, 1937) qui rejette (p. 12) avec vigueur et avec raison quelques exagérations de représentants de la Kulturkreislehre, les sentences suivantes (p. 35 ss.) : « So sind neuerlich die der vorderasiatischen Rasse zugehörigen Chetiter als ein Volk indogermanischer Sprache nachgewiesen worden. Sie oder ein anderes, uns bisher unbekannt gebliebenes orientalisches Volk können also auch den Semiten des Orients jene Rechtsinstitute und Grundsätze vermittelt haben, die den Rechtshistoriker Hans Fehr seinerzeit veranlassen, die innere Verwandtschaft zwischen dem altbabylonischen Codex Hammurapi und dem fränkischen Volksrecht der Lex Salica aufzuzeigen und auf allgemein menschliche Urzüge zurückzuführen. » Ce qui est presque certain, à l'état de nos connaissances actuelles, c'est l'influence très forte que la civilisation babylonienne et peut-être d'autres civilisations (cp. Götze, Hethiter, Churriter und Assyrer, *Instituttet for sammenlignende Kulturforskning*, Série A : *Forelesninger* XVII, Oslo 1936) ont exercé sur les Hittites. Néanmoins, on n'ira pas si loin de soutenir que les Hittites ont emprunté leur droit aux Babyloniens. Mais affirmer l'inverse, soutenir que la poursuite du vol et la revendication de la propriété qui dans le code de Hammourabi ont des ressemblances frappantes avec l'Anefang germanique, que le mariage par achat du droit babylonien de cette époque, institution connue, comme on le sait, aussi des Germains au temps de la loi Salique, sont chez les Babyloniens d'origine Hittite et, par conséquent, Indo-européenne est une hypothèse inadmissible parce qu'elle veut expliquer l'inconnu par

le plus inconnu. Car la civilisation babylonienne et même le code de Hammourabi existaient depuis longtemps quand les Hittites apparurent la première fois dans la Babylonie, en l'envahissant et en aidant à détruire cette civilisation. D'un autre côté, c'est une hypothèse dangereuse parce qu'elle est soumise au malentendu d'y trouver une certaine tendance à attribuer l'origine des institutions juridiques répandues à travers notre planète justement aux Indoeuropéens.

ANSELME FEUERBACH, PRECURSEUR DU DROIT COMPARÉ

Par Gustav RADBRUCH

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

Traduit par H. MANKIEWICZ

Secrétaire général de l'Institut de Droit Comparé de Lyon

« Celui qui a été le premier à préciser le programme d'une science juridique universelle a été un auteur, qui est connu surtout comme criminaliste, mais qui mériterait d'avoir une place marquée dans l'histoire de la Philosophie du droit : Anselm Feuerbach (1775-1833) ». C'est ce qu'a dit, il y aura bientôt 30 ans de cela, Giorgio del Vecchio dans une Conférence sur l'Idée d'une Science du Droit Universel Comparé⁽¹⁾. Mais ce n'est qu'aujourd'hui que nous sommes en état de nous rendre un compte exact des travaux de droit comparé de ce grand juriste allemand ; car la majeure partie de ses travaux a été cachée dans les manuscrits de sa succession.

Depuis qu'il avait publié, en 1800, son « Essai d'une science criminelle du Coran »⁽²⁾, Anselm Feuerbach n'a jamais perdu de vue la fonction de la science du droit comparé⁽³⁾. Pendant de longues années, il rassembla les matériaux pour un ouvrage sur la science du droit universel, et il en rédigea un certain nombre de chapitres. Mais il n'y a qu'une minime partie de ces travaux achevés qui ait été jusqu'ici connue du public. Son fils, Ludwig Feuerbach, a publié dans la deuxième édition de la Succession Biographique de son père l'introduction-programme à l'ouvrage projeté, ainsi qu'un court chapitre sur le concept du mariage⁽⁴⁾. Ce n'est que récemment que le biographe de Feuerbach a pu donner des renseignements complémentaires tirés du manuscrit trouvé dans sa succession⁽⁵⁾.

(1) Giorgio del Vecchio, *Sull'Idea di una Scienza del Diritto Universale Comparato*, 2^e édi., 1909, p. 24 et s.

(2) Publié dans la *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft*, éditée par Grolmann, Feuerbach et Almendingen.

(3) Cf. sa préface aux écrits juridiques d'Unterholzner (1810), réimprimée dans *Kleine Schriften*, p. 163 et ss., ainsi que *Themis oder Beiträge zur Gesetzgebung*, 1812, p. 146

(4) *Anselm von Feuerbachs Biographischer Nachlass*, publiée par Ludwig Feuerbach, 2^e éd., 1853, tome II, p. 378 et ss., p. 402 et ss.

(5) *P.J.A. Feuerbach*, la vie d'un juriste racontée par Gustav Radbruch, p. 190 et ss.

Le présent article se propose d'en donner une vue d'ensemble synthétique.

Les chapitres achevés de l'ouvrage comprennent les parties suivantes ⁽⁶⁾ : Asie (9), notamment la Sibérie (3 et 45), Asie Centrale, notamment la Mandchourie (7 et 10), législation des nomades, notamment la Mongolie (11 et 35), Chine (29), Amérique (11). En outre, Feuerbach nous a légué des matériaux sur le droit indien (extrait des lois dites du Manou). Les études sur le droit chinois se fondent sur les Codes Ta-tsing-hoei-tien et Ta-tsing-leu-lee, celles relatives au droit mongol sur la Yassa, le code de Chingis-Khan et le Code Kalmouk-Saatschin-Bitschil. L'analyse que Feuerbach nous donne de la Yassa paraît cependant influencée par les écrits fantaisistes de Pétis de la Croix (1710) ⁽⁷⁾. Feuerbach établit ses publications sur une riche littérature internationale, par exemple sur les ouvrages de Peter Simon Pallas, l'explorateur de la Russie asiatique, de l'orientaliste et juriste Sir William Jones, du grand Alexandre d'Humboldt. En ce qui concerne ce dernier auteur, Feuerbach s'est servi d'une feuille de notes, portant le titre « Amérique, Législation, Constitution de l'Etat » et datée « Paris, octobre 1813 ». Les écrits utilisés par Feuerbach sont cependant, dans leur majeure partie, des récits de voyageurs sans formation juridique qui, comme s'en plaint Feuerbach, « préfèrent décrire les costumes, la nourriture et les boissons et ce qui frappe les sens vulgaires, plutôt que de parler des sujets rentrant dans la constitution juridique, qui, bien que plus cachés, résolvent cependant davantage que ces choses extérieures l'énigme de l'humanité ».

Il ne peut pas être douteux que la tâche immense que Feuerbach s'était assignée était alors irréalisable à raison des lacunes et du peu d'authenticité des matériaux dont on disposait à cette époque ⁽⁸⁾. Mais Feuerbach occupe honorablement la grande lacune que présente l'histoire de la science du droit comparé entre l'époque de l'*Esprit des Lois* de Montesquieu (1748) et celle de l'*Ancient Law* de Sir Henry Sumner Maine (1861). Il s'est déjà fortement éloigné de la manière de Montesquieu — manière aphoristique jouant spirituellement de la matière et s'inspirant de préoccupations politiques plutôt que scientifiques —. Et il a déjà fait un grand chemin vers une comparaison réellement scientifique des droits. Nous nous proposons de montrer que la distance qui sépare Feuerbach de son successeur Maine est sensiblement plus courte que celle qui existe entre lui et son prédécesseur Montesquieu, en nous référant systématiquement dans l'exposé des doctrines de Feuerbach aux théories correspondantes de Maine.

La conception de Feuerbach sur la *méthode* de la science de droit comparé se tient à égale distance entre les conceptions à sens unique de l'Ecole historique et du droit naturel, entre la doctrine qui fait découler tout le droit uniquement des particularités de chaque nation, du « Volksgeist » (esprit du peuple) et la théorie d'après laquelle le droit n'est qu'un produit

(6) Les chiffres ajoutés en parenthèses renvoient aux pages de la copie dactylographiée du manuscrit. Les chiffres doubles indiquent qu'il y a plusieurs brouillons du même chapitre.

(7) Curt Alinge, *Mongolische Gesetze*, 1934, p. 30.

(8) Ainsi également Savigny dans son article *Stimmen für und wider neue Gesetzbücher* — publié comme appendice aux éditions ultérieures de son ouvrage *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* — contre Feuerbach et Thibaut qui avait hérité de ce dernier l'idée de la comparaison des droits.

de la nature générale de l'homme. Feuerbach insiste, d'une part, sur le fait que l'humanité n'existe que sous la forme de peuples différenciés et que son évolution, bien qu'elle tende à l'unité la plus complète, conduit à une très grande variété dans l'unité. Mais il souligne avec non moins d'insistance que toute science consiste dans la connaissance du général et de ce qui est nécessaire dans leurs rapports avec ce qui est particulier et dû au hasard. Le but final auquel tendait Feuerbach était donc le même que celui qui est visé par ce qu'on appelle aujourd'hui la sociologie juridique, c'est-à-dire comprendre le droit non pas seulement dans ses rapports avec l'ordre juridique national concret, mais en fonction des faits de l'entourage naturel et social, et parvenir, par là, à des lois générales ou au moins à une « typicité » de l'évolution juridique. C'est ainsi que Feuerbach se sert de son exposé des situations juridiques en Sibérie, en Mongolie et en Chine pour montrer, par ces exemples concrets, comment se développe le droit dans les tribus de chasseurs et pêcheurs, et comment il évolue chez les bergers nomades et, enfin chez les peuples agraires et industriels. Nous exposerons les résultats généraux auxquels conduit sa comparaison des droits. Mais, hélas, cela ne suffira à permettre au lecteur de se rendre compte ni de l'ampleur des faits juridiques d'ordre ethnographique sur lesquels se fondent ces résultats, ni de l'éloquence admirable du style employé par l'auteur et qui fait le charme particulier de ces écrits, comme de toutes les publications de Feuerbach.

Feuerbach s'est tout particulièrement attaché à montrer que les conclusions de la théorie du droit naturel, dans la mesure où celle-ci entend décrire l'état originaire réel du droit et de l'Etat, sont en contradiction flagrante avec la réalité historique. C'est ainsi que Feuerbach combat la théorie de l'état de nature et, par là, le point de départ individualiste du droit naturel. Jamais l'homme n'a existé comme être isolé. Dès l'origine nous le trouvons encadré dans la communauté de la *gens* et de la famille — c'est-à-dire dans des communautés fondées par la nature même —, et, plus tard, incorporé dans d'autres cercles, de plus en plus larges, tels que la tribu et le peuple. D'une façon analogue, Sir Henry Sumner Maine a lutté une génération plus tard contre la théorie de l'état de nature, en décrivant l'existence primitive des hommes caractérisée par la coexistence non pas d'individus, mais de familles, et plus tard, de clans, de tribus et de formations communautaires. De même que Maine, Feuerbach a attaqué le préjugé philosophique de l'égalité primitive des hommes. Il a démontré que les peuples primitifs ont déjà connu la noblesse héréditaire qui était partiellement une noblesse de patriarches (préséance du fils aîné et de la tribu aînée) et partiellement une noblesse de mérite du chef victorieux dans la guerre et de l'ensemble de la tribu victorieuse, et, enfin, en partie une noblesse de richesse des grands propriétaires de troupeaux.

Feuerbach s'élève non seulement contre la théorie de l'état de nature, mais aussi contre « les longues démonstrations de l'existence universelle, conforme à la raison, et de la nécessité juridique de la *propriété privée* du sol et de la terre ». Aux époques primitives, il n'y a de propriété privée que dans une mesure restreinte. Elle est une conséquence de la puissance de l'homme sur son corps et ses forces et ne s'étend d'abord qu'aux choses dont l'existence ou la possession est le résultat de la force propre de l'individu et, par là, liée avec sa personne. Primitivement, l'homme est propriétaire de l'arbre qu'il a planté, de la maison qu'il a construite, de la fosse qu'il a creu-

sée, mais non pas du sol auquel adhèrent ces choses. La jouissance du sol appartient à la communauté (sous la forme de l'*allmend*) ou à un particulier, mais il ne comporte pas de propriété privée. La propriété privée du sol ne se substitue à la simple jouissance que lorsqu'il y a manque de terres. Tant qu'il y a de la terre en abondance, il n'y a pas de propriété foncière privée, mais seulement une propriété publique. Du domaine de chasse d'une tribu de chasseurs, de la rivière où une tribu de pêcheurs a l'habitude de pêcher, de la région qu'une tribu de bergers parcourt avec ses troupeaux, les individus étrangers à la tribu sont jalousement exclus. Il en résulte que la propriété publique — nous dirions aujourd'hui : la souveraineté territoriale — est plus ancienne que la propriété privée, bien que « la philosophie ait tissé des fils de la spéculation une autre vérité (exactement inverse) ». La philosophie visée ici par Feuerbach — c'est-à-dire la théorie de l'Etat de Theodor Anton Heinrich Schmalz (1760-1831) — avait prétendu que les peuples bergers, parce qu'il leur manquait un territoire d'Etat étaient incapables de construire un Etat. Feuerbach, au contraire, considère les régions parcourues par les nomades comme un territoire d'Etat et parle, dès lors, d'un « Etat de bergers migrateur » (*wandernder Hirtenstaat*).

A l'intérieur de tout Etat, il y a des parties du sol qui tombent non seulement sous la souveraineté, mais aussi dans la propriété publique à proprement parler. Ce sont les lieux sacrés que le peuple nomade considère comme le centre et le but stables de ces migrations ou comme le lieu de ses réunions solennelles; tel est le cas des sépultures de ses patriarches, ou princes, le temple des dieux nationaux, etc. Ainsi, en ce qui concerne le problème de la propriété les théories de Feuerbach s'apparentent à celles de Maine qui, cependant, ne visent que le degré plus élevé du régime agricole. Maine pense, en effet, également ⁽⁹⁾ que la forme primitive de la propriété a été non pas la propriété privée, mais la propriété collective, et il donne comme exemple la communauté de village indienne qui présente un mélange de droit des personnes et de droit patrimonial, ainsi qu'un mélange de droit privé et de droit public.

L'idée du *contrat* — panacée du droit naturel —, est également l'une des idées qui ne se sont développées que tardivement et difficilement dans l'humanité. L'idée que ma volonté d'hier ou ma parole d'hier me lie encore aujourd'hui est une idée complètement étrangère à ces hommes primitifs que sont « les enfants adultes de notre espèce ». Elle n'a surgi qu'au moment où l'idée de la nécessité de la sécurité du commerce a pu prendre forme. Avant cette date, la promesse a donné lieu à une espérance, mais non pas à un droit subjectif. Cette espérance est particulièrement bien fondée quand il s'agit de contrats syllagmatiques où l'on ne peut refuser de s'exécuter sans perdre la contre-partie. Mais le lien juridique ne commence à se développer qu'à l'occasion de contrats syllagmatiques exécutés par l'une des parties : dans ce cas l'autre partie est obligée ou bien de s'exécuter à son tour, ou bien de restituer ce qu'elle a reçu. Cette dernière possibilité tombe quand la prestation reçue a consisté dans des services. C'est à ce propos qu'à dû naître le droit à l'exécution du contrat. Or, on n'a pas besoin des services d'autrui, tant que chaque ménage peut satisfaire à ses besoins au moyen de ses propres forces, avec l'aide des femmes et des esclaves. Ce n'est qu'au mo-

(9) Robson sur Maine dans la publication en commun : *Modern Theories of Law*, 1933, p. 169.

ment de la division du travail qu'on ressent le besoin de services d'autrui, et c'est ainsi que naît la force obligatoire des contrats. Conformément à ces déductions, Maine a dit à son tour : « L'obligation positive qui résulte de la confiance de l'homme dans la parole donnée est une des acquisitions les plus lentes de la civilisation évoluée ». Dans les sociétés primitives, la situation juridique du particulier n'est pas sa propre œuvre, bâtie par des contrats : il y entre par sa naissance. D'après le mot devenu célèbre de Sir Maine, l'évolution sociale « passe du *status* au *contractus* ». Il est vrai que, à la différence de Feuerbach, Maine explique la naissance du lien contractuel par le « cérémonial solennel » qui a accompagné le contrat et dont la force obligatoire a passé peu à peu au contrat lui-même. Plus tard on a davantage insisté sur le caractère religieux de ce cérémonial qui confère « à la sainteté des contrats » un sens plus profond que ne le saurait faire le simple mot.

Les plus anciens parmi les contrats sont, d'après Feuerbach, *l'échange* et *la vente*. Selon lui, l'échange est dû moins à des besoins économiques « qu'au désir des changements et de la nouveauté, au sens enfantin qui, vite saturé de ce qui est, voltige vers ce qui est proche et futur, et demande ce que l'autre possède non pas parce qu'il est mieux, mais parce qu'à raison de sa nouveauté et en tant qu'objet de désirs, il possède un charme que la possession fait vite perdre à ce qu'on a ». « Ainsi l'échange est non pas une affaire à proprement parler, mais un jeu amusant qui fait agréablement passer le temps, mais derrière lequel la nature cache une intention très sérieuse et tisse les liens destinés à lier des mondes à des mondes ».

Le *droit de succession primitif* dérive selon Feuerbach de la propriété collective ⁽¹⁰⁾. La propriété primitive est la propriété familiale et reste, dès lors, dans la famille après la mort de celui qui l'exerçait de son vivant. Les fils du défunt — ou plutôt, la plupart du temps, son fils aîné —, représentent la famille. Leur succession est considérée comme une succession dans les droits d'éducation et de tutelle du père, plutôt que comme une succession dans ses biens. Les femmes dans la maison du *de cuius* forment une partie de la succession : les filles aussi bien que les femmes du défunt, étant donné que ces dernières avaient été acquises au moyen d'un prix d'achat de la fiancée, puisé dans le patrimoine de la famille. L'héritier peut marier les filles tout aussi bien que les veuves du défunt (à l'exception de sa propre mère) et encaisser le prix d'achat. Mais il peut aussi épouser lui-même les veuves du défunt (à l'exception de sa propre mère). Dans ce cas, il économise le prix d'achat d'une fiancée et la situation de la veuve est assurée. « Ce qui nous apparaît comme barbarie, c'est très souvent de l'humanité et de la sagesse que nous ne considérons comme folie que parce que nous n'avons pas une connaissance suffisante des circonstances particulières ». La succession ab-intestat est fondée sur la propriété familiale, et non pas sur

(10) C'est encore du vivant de Feuerbach que parut l'ouvrage d'Eduard Gans *Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*. Gans publie en tête de son ouvrage comme devise le mot de Thibaut : « Dix conférences intelligentes sur la constitution juridique des Perses et des Chinois susciteraient chez nos étudiants plus de véritable sens juridique que les lamentables bafouillages consacrés à la succession ab-intestat depuis Auguste jusqu'à Justinien ». Feuerbach salue cet ouvrage comme la réalisation de ses propres intentions, non exécutées, dans le domaine de la science du droit comparé. Cf. Anselm von Feuerbach, *Kleine Schriften*, 1833, p. 165.

la volonté présumée du *de cuius*. Par conséquent, elle est indépendante de sa volonté. A cette époque de l'évolution, il n'y a pas encore de testaments — bien que, comme le rappelle Maine, certains partisans du droit naturel aient considéré la liberté de tester comme une conséquence naturelle de la propriété. Comme Feuerbach, Maine fait découler le droit successoral de la propriété privée et il l'interprète, comme le comparatiste allemand, comme une succession non pas uniquement dans la fortune, mais dans toute la position familiale du *de cuius*, c'est-à-dire dans les droits et devoirs de la *patria potestas*.

A propos du droit successoral, Feuerbach analyse l'institution du *mariage par lévirat*, c'est-à-dire le devoir du frère du décédé d'épouser la veuve de celui-ci. Le lévirat ne se retrouve pas seulement chez les juifs, mais il est répandu à travers le monde. Il n'est pas partout né du même motif que chez les juifs, c'est-à-dire de l'intention de procréer après coup au défunt un fils capable d'assumer les devoirs religieux de l'enfant. Feuerbach explique le mariage avec lévirat simplement par le fait que le frère du défunt, en épousant sa veuve, économise le prix d'achat d'une fiancée en même temps qu'il assure l'entretien de la veuve. L'explication matriarcale du lévirat ne se trouve ni chez Feuerbach, ni chez Maine. L'ouvrage bien connu de Bachofen sur le matriarcat n'a paru que dans la même année (1861) que l'*Ancient Law* de Maine. Feuerbach et Maine représentent la conception patriarcale de la famille.

Comme l'une des formes de la famille patriarcale Feuerbach examine la *polygamie*. Il se demande pourquoi la polygamie, là où elle est admise, est d'un usage si rare et il attribue ce phénomène à l'augmentation du prix d'achat de la fiancée, due au manque de femmes.

L'*esclavage* ne se trouve que rarement chez les peuples chasseurs et pêcheurs. C'est parce qu'ils n'ont pas encore besoin du travail des esclaves. Ce n'est que chez les peuples bergers que naît, avec la différence entre riche et pauvre, l'institution de l'esclavage. Deviennent esclaves les pauvres qui renoncent à leur liberté pour pouvoir subsister, ainsi que les débiteurs qui ne peuvent pas payer des compensations élevées et, enfin, les prisonniers de guerre. Mais le domestique, puisqu'il fait le même travail et qu'il a le même standard de vie et la même formation que le maître, est traité avec clémence chez les peuples bergers. D'après Maine le droit ancien, qui considérait l'esclave du point de vue de droit des personnes, c'est-à-dire comme un membre de la famille, comportait un traitement plus humain que le droit plus évolué qui l'a considéré du point de vue du droit des choses, c'est-à-dire comme un objet de propriété.

Feuerbach se pose la question de savoir pourquoi, dans le droit primitif, le droit civil s'efface devant le droit pénal. Chez les peuples chasseurs et pêcheurs, qui n'ont qu'une propriété restreinte, ce que nous autres appellerions le droit civil se limite aux situations de chasse et de pêche, par exemple à la question de savoir à qui appartient la bête tuée par la flèche de l'un et trouvée morte par un autre. L'existence d'un droit civil — comme l'existence de tout droit — présuppose une certaine densité de la population qui provoque des contacts et des frottements, et ce n'est que la cité qui est la pépinière d'un droit développé. C'est ce qui explique que le droit civil est peu évolué chez les peuples bergers. Vu l'autarchie de chaque famille et l'absence de la division du travail chez ces peuples, on n'a pas en-

core le besoin sensible d'un droit civil. Les fonctions à assumer par le droit, par exemple la protection de la personne et de la propriété mobilière, sont assurées par le droit pénal. Maine aussi déclare que c'est un phénomène universel que plus un code est archaïque, plus sa partie pénale est complète et détaillée. Comme Feuerbach il explique le peu d'importance du droit civil par l'existence, à l'état rudimentaire, des situations à envisager par un droit civil et par le rôle peu considérable que le contrat joue dans les sociétés primitives ⁽¹¹⁾.

Mais le même phénomène se rencontre chez les peuples asiatiques évolués. Là aussi le droit civil est éclipsé par le droit pénal, comme c'est par exemple le cas en *Chine*. Feuerbach entend expliquer ce phénomène par l'esprit propre aux Etats qui considèrent l'homme comme appartenant à l'Etat, et non pas l'Etat comme appartenant à l'homme. De pareils Etats, dit-il, sont incapables d'envisager le particulier uniquement dans ses rapports avec d'autres particuliers — ainsi que l'exige le droit civil — mais ils envisagent ses actes uniquement dans leurs rapports avec l'Etat. C'est pour cela que, selon Feuerbach, les Etats de ce genre doivent intervenir au moyen de la peine là où, d'après notre conception, règnent le droit civil et la procédure civile. Mais il est bien douteux que cette explication de l'effacement du droit civil, tirée de la nature despotique de l'Etat, soit exacte pour la Chine. D'après un auteur moderne la prédominance du caractère pénal du droit chinois provient de ce que le domaine qui, chez nous est gouverné par le droit civil, est régi en Chine par les mœurs et la moralité et que, dès lors, la fonction de sanction de la peine se rattache exclusivement et directement aux mœurs et à la moralité ⁽¹²⁾. Mais Feuerbach, lui aussi, a souligné à cette occasion l'étroite liaison entre le droit et la morale.

Cependant, le *droit pénal* public dont nous avons parlé jusqu'ici est le produit d'une étape ultérieure de l'évolution. La peine publique succède partout au système de la vengeance privée et de la composition qui l'a remplacée et qui s'est conservée, jusqu'à une époque relativement fort avancée, pour le cas de l'homicide. Cette marche de l'évolution est si infaillible que Feuerbach peut considérer l'existence de peines publiques comme le critère de la législation d'une étape avancée de l'évolution. Maine enrobe le même fait dans cette formule à allure de paradoxe que le droit pénal primitif est non pas une *law of crimes* (droit des crimes), mais une *law of torts* [droit des délits civils] ⁽¹³⁾. Il dit : « La personne lésée attaque l'auteur de l'acte illicite par une simple action civile et, si elle aboutit, elle obtient réparation sous la forme d'une composition ». On a reproché à Maine qu'il n'a pas suffisamment tenu compte du rôle joué par la superstition et la magie dans l'évolution du droit pénal ⁽¹⁴⁾. On pourrait de même adresser à Feuerbach le reproche de rationaliser exagérément le droit primitif.

(11) Alinge, loc. cit., pense également que l'effacement du droit civil chez les mongols est dû « à l'absence de la conscience de la signification morale propre au contrat ».

(12) Stephan Kuttner, *Altes und neues Strafrecht in China*, dans la revue *Sinica*, *Zeitschrift für Chinakunde und Chinaforschung*, année VII, 1934, p. 137.

(13) Sur le *Law of Torts* et sa signification, cf., dans ce Recueil, l'article de F.-P. Walton, *La responsabilité dans le droit civil moderne (plus particulièrement dans le droit français) comparée avec la théorie anglaise du délit civil (torts)*. Note du traducteur.

(14) Robson, loc. cit., p. 167.

Toutefois, comme Maine, Feuerbach a insisté sur l'étroit rapport entre le droit primitif et la *religion* ; « Les prêtres et sorciers sont, la plupart du temps, les véritables régents des peuples non civilisés; ils ont été les ordonnateurs de leurs relations extérieures, leurs premiers éducateurs, leurs premiers ou seuls législateurs ». Feuerbach constate une différence entre la Yassa mongole et les codes chinois d'une part, et de l'autre, les systèmes juridiques orientaux dans le fait que ces derniers sont nettement laïques.

Feuerbach a également souligné l'influence du caractère *national* sur le droit, sans cependant, pour cela, être tombé dans les exagérations de l'Ecole historique. « Tout peuple, écrit-il, porte dans son cœur, avec son humanité et sa particularité ethnique, le germe de sa législation ». Mais il fait aussi remarquer que « la législation en tant que partie essentielle de la culture spirituelle se propage d'un peuple à l'autre » — quand un peuple triomphe d'un autre ou si le peuple vaincu devient l'éducateur du peuple vainqueur; enfin, quand le commerce met les peuples en contact réciproque. Vérités banales, évidemment, mais qui n'ont pas été des vérités courantes pour le temps de Feuerbach et, hélas, ne le sont point pour notre temps. Feuerbach professe — comme le fera après lui Ihering ⁽¹⁵⁾ — en opposition avec Savigny, la conviction que : « La pensée de l'universalité doit marcher de pair et à égalité avec celle de la nationalité. »

Au service de cet universalisme se met aussi la science du droit comparé et particulièrement l'action de Feuerbach. Car Feuerbach a envisagé et pratiqué la science du droit comparé non seulement sous l'angle de la jurisprudence ethnologique, mais aussi et surtout comme une comparaison des droits modernes poursuivie avec une intention de politique juridique. En 1821, Feuerbach a séjourné pendant plus de deux mois à Paris uniquement pour étudier le droit français ⁽¹⁶⁾. Il a consigné les résultats de ce voyage dans son brillant ouvrage *Ueber die Gerichtsverfassung und das richterliche Verfahren Frankreichs* (1825) ⁽¹⁷⁾. Bien entendu, cette exposition du droit vivant contemporain n'a pas été très remarquée, ni prise comme modèle par les juristes de son époque adonnés, soit à la jurisprudence des concepts, soit à l'Ecole historique du droit. D'autant plus grande doit être la reconnaissance de la science moderne pour ce précurseur de la science du droit comparé — pour ce précoce précurseur d'Edouard Lambert.

(15) *Geist des römischen Rechts*, 3^e éd., 1873, vol. I, p. 12.

(16) Cf. ma biographie de Feuerbach, citée ci-dessus, note 5, p. 154 et ss.

(17) [Sur l'administration de la Justice et la procédure judiciaire en France].

TITRE III

LE DROIT COMPARÉ PROPREMENT DIT SA VALEUR, SA METHODE ET SES FONCTIONS

On trouvera d'autres éléments sur les PROBLÈMES TRAITÉS DANS CE TITRE dans les contributions classées et indiquées ci-dessus dans le Titre I^{er} de cette Première Partie du Recueil.

CHAPITRE PREMIER

LA VALEUR DU DROIT COMPARÉ

GUTTERIDGE, *La valeur du Droit Comparé.*

BOUCAUD, *Les perspectives historiques et philosophiques du Droit Comparé.*

LA VALEUR DU DROIT COMPARÉ

Par H.-C. GUTTERIDGE. K. C. L. L. D.

*Professeur de Droit comparé à l'Université de Cambridge,
Ancien Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Londres,
Docteur honoris causa de l'Université de Lyon*

Traduit par Jacques LAMBERT,

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

L'étude du droit comparé a reçu, dans la période d'après-guerre, un élan qui s'accroît continuellement dans l'Europe centrale et occidentale et qui entraîne certaines conséquences qui méritent une sérieuse attention de la part des juristes anglais. Il n'est pas encore possible de déterminer avec quelque certitude quelles sont les forces qui ont amené ce mouvement, mais on peut les attribuer en partie au renforcement de l'idéal de solidarité et de coopération internationales et en partie à la croyance, de mieux en mieux assurée, que l'isolement juridique est en soi une mauvaise chose du point de vue des intérêts économiques de la nation. En tout cas, le droit comparé s'est maintenant procuré une situation stable sur le continent européen à la fois comme une partie de l'instruction universitaire et comme un sujet qui mérite d'être étudié pour lui-même. Le mouvement est particulièrement évident en France et en Allemagne, bien qu'il soit peu des pays continentaux dans lesquels il n'ait pas marqué quelques progrès.

Si nous cessons d'étudier la situation sur le continent européen pour concentrer notre attention sur les pays de langue anglaise, il devient difficile d'éviter un sentiment de désappointement. Il est vrai que la pensée juridique anglo-américaine n'est plus isolée de la vie juridique du continent comme elle l'était antérieurement, mais, jusqu'à aujourd'hui, il a été très peu fait, soit en Angleterre, soit en Amérique, pour donner aux études de droit comparé un statut précis. La principale contribution de l'Angleterre au développement du droit comparé, demeure aujourd'hui, comme dans le passé, la publication du *Journal of Comparative Legislation*, qui, sous l'éminente direction du Dr Walton, est généralement considéré à l'étranger, comme un des meilleurs, à certains égards peut-être le meilleur, des divers périodiques et revues qui sont principalement consacrés au droit comparé.

Je ne m'estime pas compétent pour exprimer une opinion sur la situation aux Etats-Unis et au Canada, mais il semble qu'elle soit très sem-

blable à celle de l'Angleterre. Le centre d'études le plus actif de Droit comparé qu'on puisse trouver, est, ainsi qu'on pouvait le penser, en Louisiane, à l'Université de Tulane, qui publie une revue juridique en grande partie consacrée au droit comparé. Un travail utile et abondant a été accompli par des organismes comme le *Bureau of International Research* de l'Université de Harvard, et par le *Comparative Law Bureau* de l'*American Bar Association*. Il est utile de remarquer que l'Université de Columbia a très récemment établi un cours de Droit comparé, qui, dit-on, donne de très bons résultats (1), et je crois qu'il existe un mouvement dans cette direction dans d'autres universités américaines.

Les considérations ci-dessus poussent à une enquête sur les causes qui ont retardé le développement des études de droit comparé dans les pays de *common law*. En ce qui concerne l'Angleterre, il ne peut y avoir de doute qu'une des principales raisons, soit l'état d'esprit des juristes anglais envers le droit étranger et les méthodes juridiques étrangères, état d'esprit qui, en général, consiste en un mélange de suspicion avec un certain degré de mépris. Au fond de son cœur, le juriste anglais moyen est en complet accord avec les sentiments qu'exprimait Junius, lorsqu'il se plaignait amèrement de la trahison de Lord Mansfield qui avait corrompu « la noble simplicité et le libre esprit de nos lois saxonnes », en important dans le tribunal qu'il présidait des éléments de pollution, « tels que les codes romains, le droit des gens et les opinions de civilistes étrangers ». L'explication de cet aspect de la mentalité juridique anglaise peut être trouvée, comme l'a dit Maitland, « dans notre très complète et très traditionnellement consacrée ignorance » du droit étranger. Mais ceci demande une explication, car le droit se trouve la seule branche de la science dans ce cas. Dans le cas des lettres, des sciences naturelles, de l'économie politique, de la musique, des arts et, même dans le cas d'une étude professionnelle comme celle de la médecine, il n'existe pas et il n'a jamais existé la même répugnance à franchir les frontières nationales. Mêmes les théologiens anglicans, qui sont, à certains égards, les plus nationalistes de tous les prêtres dans leurs points de vue, ont échappé aux liens d'une excessive « insularité ». Très franchement, je suis déconcerté par cette attitude de la part de nos juristes. Quel eût été le sort de l'art de guérir si nos médecins et nos chirurgiens avaient adopté la même position ? Il est inconcevable, par exemple, qu'un pathologiste vienne à refuser d'employer certains instruments simplement parce qu'il serait anormal et anti-patriotique d'employer des matériaux importés de l'étranger. Le droit n'est naturellement pas dans le même cas que la médecine, mais il est prouvé de quelle aide peut être le droit étranger pour résoudre une nouvelle question de principe par des cas comme *Bechervaise c. Lewis* (1872), L. R. 7 C. P. 372 et en particulier par le jugement magistral de Kotzé, C. J., dans *Lewis c. The Salisbury Gold Mining Co.* (1894), II C. L. J. 137, qui devrait être lu par tout individu ayant des doutes sur l'utilité du droit étranger.

A mon avis, le droit comparé est une branche de la science juridique générale. Il constitue cette branche de la science qui consiste en l'étude, par la méthode comparative, des concepts ou des règles de droit de deux

(1) *An experiment in the study of comparative law*, American Bar Association Journal, Mai 1931, pp. 335-338.

ou de plusieurs systèmes, au sujet d'une matière donnée. Ses buts sont, avant tout, de découvrir jusqu'à quel point les différences qui peuvent exister sont de caractère fondamental ou simplement accidentel ; deuxièmement, de déterminer les causes qui sont à la base de ces différences et leurs rapports avec la structure générale des systèmes dans lesquels elles se produisent ; et, finalement, lorsqu'il s'agit de règles du droit privé moderne, de se faire une opinion sur leurs mérites ou leurs défauts respectifs, en tenant compte des conditions particulières dans lesquelles elles sont appelées à fonctionner.

Si cette méthode est soigneusement et habilement poursuivie, elle donnera une documentation de valeur, et, je vais m'efforcer de le démontrer, non seulement pour le juriste, mais aussi pour le législateur, l'économiste, le politique ou l'homme d'affaires. En réalité, cette méthode applique au droit des procédés semblables à ceux qui ont déjà été adoptés dans d'autres sciences, comme par exemple l'anatomie comparée ou la philosophie comparée.

Il y a une question qui se pose à cet égard et qu'on peut difficilement ignorer, bien qu'elle semble porter uniquement sur des considérations de terminologie. On a suggéré qu'il existe deux divisions de la science juridique, dont l'une peut être classée sous le nom de « Philosophie Juridique Comparative » et l'autre sous le nom de « Droit Comparé ». Cette distinction ne semble cependant pas reposer sur des bases solides. La philosophie juridique comparative est simplement un aspect du droit comparé. C'est la forme du droit comparé qui utilise les méthodes comparatives du point de vue de la philosophie du droit analytique ou historique, de la même façon dont nous pourrions nous en servir pour faire de l'histoire du droit, du droit constitutionnel, du droit privé ou tout autre objet des études juridiques. La question n'est peut-être pas vitale, mais il vaut autant insister sur un point qui est quelquefois négligé : à savoir que la méthode comparative se prête à l'étude de toute branche de la science juridique et que sa division en plusieurs catégories différentes ne sert à aucun but utile, mais peut être une cause de confusion.

Il y a une restriction à faire. Je n'ose pas affronter le risque d'encourir la colère de quelques-uns de mes amis les plus chers en suggérant qu'il existe un Droit international public comparé. Mais il ne peut y avoir de doute que le droit international privé, à raison de l'élément étranger qu'il contient toujours, se prête très bien à l'emploi de la méthode d'étude comparative. En fait, ce moyen d'approcher la question a été adopté par Westlake, et dans une certaine mesure par Dicey et Foote, mais on peut difficilement dire qu'elle ait été suivie rigoureusement par les éditeurs modernes de leurs ouvrages. C'est regrettable, parce qu'une étude comparative complète des règles de conflits de lois aurait, dans bien des cas, amené des résultats fort appréciables. Cette méthode, par exemple, si elle était appliquée à la question du renvoi, aurait pu donner une allure différente à une bonne partie de notre jurisprudence sur la question et aurait évité beaucoup de confusion (2).

Après avoir tenté de définir le droit comparé et de délimiter sa zone

(2) Voir FALCONBRIDGE : « *Renvoi and the Succession of Movable* », *Law Quarterly Review*, vol. 41, p. 465.

d'action, nous devons maintenant envisager une question qui est peut-être la plus importante de toutes, à savoir, quelle est la valeur du droit comparé ? A quoi aboutit-il d'un point de vue pratique ? Et comment peut-il être utilisé pour l'enseignement du droit ? Tant le praticien que l'universitaire sont portés à contester sa valeur et c'est là l'attitude que nous avons à combattre et, si possible, à surmonter.

Je désire étudier ces questions sur les points de vue suivants, à savoir : 1° l'importance du droit comparé en tant que facteur de nos relations avec d'autres pays ; 2° son utilité pour les réformateurs du droit ; 3° sa place dans un plan d'éducation juridique. J'ai mis l'aspect international de cette question au premier plan parce qu'il me semble que, à l'époque actuelle, c'est l'aspect de beaucoup le plus urgent et le plus important de la question. Mais, pour qu'il n'y ait pas d'équivoque, je désire préciser que je n'entends pas m'embarquer dans une discussion sur le caractère possible ou souhaitable de l'unification du droit anglo-américain et du droit continental. Je ne veux pas le faire, non seulement parce qu'il serait impossible de traiter convenablement cette question dans le cadre de cette communication, mais aussi parce que la cause d'une étude extensive du droit comparé peut être défendue, sans soulever cette question très controversée. L'unification est un problème qui, en réalité, se suffit à lui-même, et qui peut être envisagé de tant de points de vue indépendants que si on l'introduit dans la discussion du droit comparé en général, il tendra inévitablement à masquer et à obscurcir toutes les autres considérations.

En ce qui concerne nos intérêts nationaux, la cause du droit comparé peut, me semble-t-il, être ainsi présentée. Les développements du machinisme au XIX^e et au XX^e siècle ont indiscutablement beaucoup rapproché les nations. Le monde semble tendre à se transformer en un tout économique et il n'est plus possible à la Grande-Bretagne de se tenir à l'écart de la pensée juridique du continent dans une attitude d'isolement. Nous sommes voués, pour notre bonheur ou notre malheur, à une politique de collaboration internationale dans bien des domaines : elle comporte l'acceptation des obligations naissant des traités, jointe, dans bien des cas, à la nécessité d'amender ou de développer notre propre droit. Les dangers consécutifs à une politique d'isolement juridique ont été illustrés de façon frappante par les désillusions des juristes allemands lorsqu'ils durent constater que le Traité de Versailles n'allait pas être interprété, ainsi qu'ils l'avaient un peu naïvement supposé, en accord avec les conceptions et les méthodes germaniques (3).

Dès 1856, Maine appelait notre attention sur le fait que notre succès dans les négociations internationales avait quelquefois été sensiblement affecté par notre mépris du droit romain (qui, à cet égard, signifie le droit comparé), mais les dangers qui découlent de l'isolement juridique sont bien plus grands maintenant, alors que la Grande-Bretagne devient partie à des conventions internationales d'une nature qui était à peu près inconnue de la génération de Maine. Il est évident que pour conclure avec succès des

(3) ISAY : *Die Isolierung des Deutschen Rechtsdenkens*, cité par le Professeur VAN TERLAN, dans *Journal of Comparative Legislation* (3^e sér., vol. IX, p. 199). Voir un exemple des résultats innatendus qui peuvent être produits par les règles nationales d'interprétation dans *The Croxteth Hall*, 1931, W. N. 13.

traités du type moderne et pour les mettre en œuvre avec douceur et efficacité, la rédaction et, dans certains cas, la substance de tels traités doivent être soumises à un examen attentif, au cours duquel le droit comparé de la question peut, vraisemblablement, jouer un rôle essentiel. Cependant, l'importance de cette question n'est pas limitée à la conclusion et à l'interprétation des conventions internationales. Elle touche à d'autres questions qui sont d'importance au moins égale, sinon plus grande.

Il semble que les règles du droit privé et les analogies soient destinées à jouer un rôle considérable dans le développement futur du droit international public, plus particulièrement, à raison de l'art. 38 du statut de la Cour Permanente de Justice Internationale, qui ordonne à cette Cour d'appliquer entre autres règles : « les principes généraux du droit reconnu par les nations civilisées ». Cela signifie que les principes généraux reconnus des principaux systèmes de droit privé seront applicables dans l'avenir aux conflits internationaux et que ces principes doivent être dégagés par l'étude comparative (4).

Jusqu'ici nous nous sommes occupés de la question telle qu'elle se présente dans les relations internationales, mais il est des arguments non moins puissants en faveur des études comparatives, alors même qu'on veut se restreindre aux aspects purement nationaux de la question. Il semble bien évident qu'aucun plan soigneusement étudié de réforme du droit ne peut ignorer l'expérience acquise par les autres pays qui se sont avancés plus loin sur la route que nous ne l'avons fait. Pour prendre l'hypothèse la moins favorable nous profiterons au moins des erreurs qu'ils ont commises. Il serait facile de multiplier les exemples, mais je veux m'en tenir à un cas qui pourrait bien se présenter dans un proche avenir.

Jusqu'à présent, ces accords entre les employeurs et les ouvriers qu'on nomme « conventions collectives » et dont beaucoup sont effectivement appliqués, sont ignorés, au sens technique, du droit anglais, parce qu'il est impossible de les insérer dans le plan des règles des contrats, telles qu'elles existent dans notre *common law*. On conçoit qu'il puisse devenir désirable de rendre ces conventions légales et de les contrôler : s'il en est ainsi, quel meilleur guide le réformateur du droit pourra-t-il trouver que l'abondante expérience acquise récemment par les Allemands à la suite du système savant qu'ils avaient établi pour la mise à exécution de ces conventions ? Les recueils de jurisprudence allemands contiennent une masse de documents qui fournissent une admirable démonstration des difficultés qu'on peut trouver pour mettre à exécution ce qui, à première vue, pourrait paraître une modification relativement simple du droit.

Il n'y a pas de raison pour que le réformateur du droit doive attendre le bon plaisir du législateur, et quelques-unes de ces questions pourraient bien faire l'objet d'études comparatives par anticipation. Je ne citerais qu'un cas, celui de la théorie de l'abus du droit qui a déjà trouvé une expression dans certains des systèmes juridiques continentaux. L'attitude du droit anglais à l'égard de ce problème particulier est hésitante et peu satisfaisante et une étude sur la possibilité d'un changement qui mettrait fin à la

(4) LAUTERPACHT : *Private Law Sources and Analogies of International Law*, p. 85. Le besoin d'un barreau international, qualifié pour présenter les cas devant la Cour Internationale, est souligné par Sir Cecil Hurst, G. M. G., dans son « *Reading* », donné à *Middle Temple*, le 11 juin 1931. Voir *L. J. Newsp.* 24 juin 1931.

chicane juridique constituerait une tâche qui vaudrait la peine d'être entreprise.

Je prends maintenant une question différente : y a-t-il une place pour le droit comparé dans notre système d'enseignement du droit, et, s'il en est ainsi, quelle est la façon la plus avantageuse de l'utiliser ?

En tant qu'il s'agit d'étudiants de recherche, le droit comparé offre des occasions qui pourraient difficilement être égalées pour un travail créateur. C'est dans une très large mesure un sol vierge et le chercheur, en règle générale, ne court guère de risque que ses découvertes aient déjà été faites. Les sujets offerts à la recherche par le droit comparé sont si variés et si divers qu'il doit y avoir peu de difficultés pour un individu à en découvrir un qui lui permette d'entreprendre un travail en harmonie avec sa tournure d'esprit, et en accord avec les projets qu'il peut avoir pour l'avenir. Dans la plupart des cas, une connaissance du français et de l'allemand est essentielle, mais il reste beaucoup de travail à faire dans l'étude comparative des droits et des coutumes de l'Empire Britannique, et ce travail est souvent libre de tout handicap linguistique. Il semble qu'il y aurait toutes les raisons d'encourager ce type de recherche juridique dans les universités anglaises. C'est à des juristes éduqués à cette école que nous pouvons avoir à nous adresser désormais pour veiller à la protection de nos intérêts en matière de coopération internationale, et ce sont uniquement les universités qui peuvent les former.

Ceux de nos étudiants qui possèdent les qualifications nécessaires ne devraient pas avoir grande difficulté à se procurer la documentation en Angleterre, mais les études de droit comparé, et, ce n'est pas le moindre de leurs avantages, offre au chercheur un motif pour poursuivre une partie de ses investigations sous l'égide de l'une des grandes universités continentales. Je suis à même de dire que les étudiants en droit anglais seraient les bienvenus à l'étranger et que toutes les facilités leur seraient offertes : en fait, leur présence est vivement désirée par bien des centres d'enseignement continentaux. Il est aussi, je crois, fort désirable qu'il soit donné plus d'encouragements aux étudiants étrangers avancés qui pourraient désirer effectuer une partie de leur travail dans une université anglaise. Il est difficile de préciser la subtilité des réactions dans des questions de cette sorte, mais il n'est guère de doutes, qu'une connaissance largement répandue de notre droit, et, en particulier, de nos méthodes d'application du droit, aurait des conséquences dans certaines régions à l'étranger où à l'heure actuelle il existe une certaine mésestimation; il n'y a pas de meilleur moyen pour parvenir à ce résultat que de placer l'élite des Facultés de droit continentales dans l'ambiance de l'enseignement de la *common law*.

Puis-je conclure cette plaidoirie, en faveur de l'abandon d'une politique d'isolement juridique, en insistant sur l'importance du Congrès International de Droit Comparé. Je le fais parce que cette réunion est unique dans l'histoire des relations juridiques internationales. Aucun autre congrès de ce genre, qui ait été tenu jusqu'ici, n'a embrassé tant de nationalités ou exercé une attraction si forte sur des juristes de toute sorte. C'est beaucoup plus qu'une simple réunion de techniciens du droit comparé, en fait ceux-ci constituent une très faible minorité de ceux qui sont présents. C'est aussi plus qu'une réunion de juristes « internationaux » au sens étroit

du mot. L'objet de ses promoteurs a été de fournir un terrain de rencontre commun, sur lequel les juristes du monde entier, qu'ils soient praticiens ou professeurs, pourront avoir l'occasion d'apprendre, par des contacts personnels, quelles sont leurs mesures communes et leurs communes aspirations. De cette façon, un autre lien sera forgé dans la chaîne de ces amitiés internationales qui, peut-être, se révéleront un facteur plus puissant en faveur de la bonne entente internationale que bien des efforts qui sont tentés actuellement dans ce sens. Je vais jusqu'à croire que les juristes ont travaillé dans le passé, avec plus de constance et plus effectivement qu'aucune autre section de la société, à contribuer à la paix du monde. Cela m'encourage à exprimer l'espoir que, au Congrès, puissent être posés les fondements d'une compréhension et d'une estime mutuelle qui nous donneront du courage pour maintenir le grand idéal de la suprématie du droit sur la force qui constitue, partout dans le monde, l'emblème de notre noble profession.

LES PERSPECTIVES HISTORIQUES ET PHILOSOPHIQUES DU DROIT COMPARÉ

Par Charles BOUCAUD

Professeur à la Faculté Catholique de Droit de Lyon

Le concept de *droit* implique, semble-t-il, essentiellement, celui de *droit comparé*. Le droit, qui est d'abord un rapport d'*équité* naturelle (*æquitas*, *æquare* = comparer), a, en effet, pour but de définir des rapports sociaux entre des personnes, *en comparaison* d'un critérium moralement obligatoire (ou réputé tel) ; et le dynamisme juridique, à travers les péripéties de l'évolution historique, *compare* tendancieusement la situation juridique des classes inférieures à celle des classes supérieures, pour les rendre progressivement plus égales, comme l'a fait chez les Romains la loi des XII Tables, qui voulait instituer, par comparaison, l'égalité juridique entre les « patriciens » et les « plébéiens » (*summis infimisque jura æquare*, suivant l'expression, traduite en latin, de l'historien Denys d'Halicarnasse).

Le Droit Comparé, à l'immense et complexe architecture duquel le nom d'Edouard Lambert est désormais attaché comme celui d'un de ses principaux artisans, est un moyen *expérimental* de définir les rapports de droit, en observant et en comparant les idées, les coutumes et les institutions juridiques des sociétés humaines. Sa tâche comparative fait ressortir quels sont les facteurs différentiels, mais quels sont aussi les facteurs communs des diverses cultures juridiques. Elle permet donc de dégager positivement et inductivement le droit « naturel » que la raison naturelle de l'espèce humaine, commune à tous les hommes, pratique généralement chez tous les peuples.

Comme l'écrivait, il y a quelque trente ans, Edouard Lambert, en définissant la « Fonction du Droit Civil Comparé », cette discipline comporte deux séries d'études : le Droit Comparé proprement dit, qui compare les sociétés juridiques *dans l'espace*, géographiquement ; et l'Histoire Comparée du Droit, qui les compare *dans le temps*, historiquement. Si on y joint la Philosophie Comparée du Droit, pour comparer les idées qu'elles se sont faites du Droit en général, pas-dessus leurs institutions respectives, l'architecture du Droit Comparé se présente comme une belle cathédrale à trois nefs, dont les vastes perspectives agrandissent les vues, parfois quelque peu myopes, des juristes professionnels.

I. — LE DROIT COMPARÉ PROPREMENT DIT n'était pas inconnu de l'Antiquité. Les jurisconsultes romains, notamment, l'avaient pratiqué sous le nom de *Jus Gentium* : au Droit Romain ils avaient comparé les Droits « pérégrins » ; et le fruit de leurs comparaisons fut l'établissement d'un Droit des Gens, qui était le Droit commun aux sociétés méditerranéennes. Les Institutes de Gaius, par exemple, comparent la puissance paternelle (1,55) ou la propriété (2,40) en Droit romain et en Droit étranger. Les préteurs, investis de la magistrature judiciaire, avaient été généralement questeurs dans les provinces, où ils avaient eu l'occasion d'étudier sur place les institutions pérégrines, et de les comparer aux institutions romaines ; et il y avait même à Rome un préteur « pérégrin », qui était chargé de rendre la justice aux étrangers, et dont la jurisprudence a influencé même la procédure civile. Sous l'Empire, le Droit Romain devient finalement un Droit cosmopolite, qui est le fruit mûr du Droit Comparé ; et ses jurisconsultes, même les plus classiques, et même ses législateurs, ne sont pas toujours d'origine romaine. La célèbre *Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum*, qui est d'un auteur inconnu du IV^e siècle, et qui compare le Droit Mosaïque au Droit Romain, est expressément un ouvrage de Droit Comparé, dont le but reste mystérieux ; une hypothèse récente de Constantin Hohenlohe, professeur à l'université de Vienne, soutient qu'elle est bien, comme on l'avait supposé, l'œuvre de saint Ambroise, qui aurait voulu montrer la nécessité de christianiser le Droit Romain classique, en montrant que, dans un Etat devenu chrétien, il était, par comparaison, aussi périmé que l'ancienne loi de Moïse (*Ursprung und Zweck der Collatio Legum*, Vienne, 1935) : le mystérieux document, dont nous ne possédons qu'une partie, aurait donc été une comparaison entre le Droit Juif, le Droit Romain et le Droit Chrétien.

Mais l'Antiquité n'a fourni qu'une ébauche de Droit Comparé, à l'échelle, relativement courte, de la civilisation méditerranéenne. Il reçoit, au contraire, à notre époque, un développement immense, à l'échelle mondiale de la Terre entière. La multiplication et l'extension des relations et des solidarités internationales font aujourd'hui fermenter dans le monde un besoin général d'unification juridique, et coalisent des aspirations vers l'établissement d'un Droit qui devienne « mondial et supranational » (comme dit Edouard Lambert), et dont le Droit Comparé rassemble les matériaux universels.

Le Droit Canonique apporte un appui intéressant à cette entreprise de rassemblement. Le Code Gasparri, promulgué par Benoît XV, en 1917, se réfère, en effet, aux divers Droits Civils du monde en certaines matières comme celles des contrats (canon 1529), de la prescription (c. 1508), ou des empêchements matrimoniaux pour cause de parenté adoptive (c. 1059 et 1080). Il en résulte que la jurisprudence canonique de l'Eglise romaine doit pratiquer le Droit Comparé, pour appliquer, en ces matières, à ses justiciables les législations civiles des pays qu'ils habitent respectivement ; et, comme cette Eglise est universelle, c'est au Droit Comparé mondial que ses canonistes ont à s'intéresser.

Mais ce n'est pas seulement aux institutions des Etats, que le Droit Comparé doit logiquement porter son attention ; c'est aussi aux institutions, coutumières ou statutaires, des sociétés corporatives. Elles comportent, en effet, des rapports de droit interne entre leurs membres ; et elles ont cha-

cune un style juridique, de nature à intéresser le juriste autant que les différentes écoles de peinture sont de nature à intéresser le critique d'art. Les sociétés industrielles ou commerciales, les sociétés professionnelles, les sociétés religieuses ou monastiques, même les sociétés sportives ou récréatives, ont chacune un Droit propre, qu'il est intéressant, ou même utile, de comparer l'un à l'autre et au Droit plus compréhensif des Etats. Par exemple, la pratique n'a-t-elle pas construit un Droit Commercial corporatif et international, notamment pour la vente des soies, auquel la Bibliothèque de Droit Comparé, fondée et dirigée par Edouard Lambert, a consacré un de ses volumes ? et n'est-il pas intéressant, même juridiquement, de comparer le style patriarcal et romain de l'abbaye bénédictine et le style démocratique de l'ordre dominicain ?

Enfin, pour être intégralement complet, le Droit Comparé ne doit-il pas s'abaisser à prendre en considération même les sociétés animales, particulièrement les sociétés d'insectes, qui comportent des exemples si curieux et si variés d'organisation sociale ? L'homme n'étant pas un pur esprit, mais un animal raisonnable, les sociétés humaines ne sont pas des sociétés d'anges, et peuvent donc trouver dans l'économie des sociétés animales quelques précédents instructifs. Mais, l'homme n'étant pas non plus une bête, les sociétés humaines, dont les individus sont moralement des *personnes*, ont aussi à voir dans les sociétés animales des exemples à ne pas suivre, sous peine de régression : un régime seulement zoologique n'est pas un régime humain. Ainsi, le Droit Comparé, en généralisant son attention aux organisations sociales des bêtes, permet de faire mieux ressortir, par contraste, l'imprescriptible dignité des personnes, qui composent les sociétés humaines, et qui ne sont pas seulement les individus d'un groupe.

II. — L'HISTOIRE COMPARÉE DU DROIT est un grand musée archéologique, où l'on réveille de leurs sommeils millénaires les momies de l'Ancien Droit, hindou, hittite, égéen, chaldéen, égyptien, celtique, germanique..., dont le code babylonien d'Hammurabi, la loi de Manou, le Senchus-Mor brehon, et autres documents semblables, fournissent des exemples bien déchiffrés. C'est une histoire naturelle du Droit, qui coordonne, en les comparant, les grands embranchements, les espèces et les familles de la civilisation juridique. L'ancien Droit hébraïque, dont témoigne la Bible, en est une pièce de choix : car, dit Edouard Lambert, « l'Ancien Testament est devenu à l'heure actuelle un des principaux centres d'observation que nous puissions choisir pour suivre les phases anciennes du développement du Droit ». Le Droit Musulman, et les coutumes des peuplades qui sont encore relativement primitives, comme celles de certains sauvages, ou de certains montagnards tels que les Ossètes du Caucase, témoignent même de la survivance de l'Ancien Droit en marge de la civilisation moderne.

Cette Histoire Comparée se construit lentement et monographiquement, à mesure que l'érudition s'enrichit de textes ou de monuments fraîchement retrouvés, ou que le développement des relations exotiques facilite l'étude des coutumes archaïques. La synthèse de sa documentation analytique ne peut encore être qu'ébauchée.

Mais, en attendant la synthèse finale, il y en a déjà une large pierre d'attente, et même une base commune, dans le Droit Romain, dont le développement a parcouru toute la carrière de l'évolution juridique, depuis

l'archaïsme barbare de ses origines jusqu'à l'humanisme classique de son achèvement, et dont les racines préhistoriques, étrusques, égyptiennes, ou chaldéennes, plongent dans les soubassements des civilisations primitives. Ainsi encadrée dans les perspectives de l'Histoire Comparée, l'étude du Droit Romain ressemble au « style nouveau » de Piranèse, dont la gravure composite assemblait des éléments divers, empruntés aux antiquités égyptienne, étrusque et romaine.

Sa fonction historique fait aujourd'hui l'intérêt principal du Droit Romain. Son étude exégétique, dont les Pandectes finales de Justinien fournissaient le thème traditionnel et classique, ne conserve plus guère, semble-t-il, qu'un intérêt d'érudition et de spécialité. Elle avait, sans doute, l'éminent avantage d'être une école excellente d'application et de formation juridiques, surtout quand le Droit des Pandectes était encore en vigueur dans la jurisprudence des Etats modernes ; mais cet avantage, dont il serait barbare de mésestimer l'importance, n'est-il pas autant et plus pratiquement procuré par l'étude de la jurisprudence et des « arrêtières » modernes, dont les « constructions juridiques » rappellent et remplacent l'art ingénieux des jurisconsultes romains, comme le théâtre de Racine est un équivalent français de celui de Sophocle ou d'Euripide - C'est pourquoi le grand mérite du Droit Romain est aujourd'hui de constituer, par son histoire, qui est complète, le chapitre premier, ou même le chapitre central, d'une histoire universelle et comparée du Droit, qui est en voie de formation.

Il serait utile et piquant d'illustrer de cartes géographiques en couleurs et de portraits les ouvrages consacrés à cette histoire générale. Comme le disait le poète Horace, on est plus impressionné par ce qu'on voit, et on l'est moins par ce qu'on entend seulement :

*Segnius irritant animos demissa per aures
Quàm quæ oculis subjecta fidelibus...*

L'histoire Comparée du Droit aurait ses cartes et ses portraits, comme ont les leurs l'histoire générale, la géographie, la géologie ou la paléontologie. On y verrait sensiblement et concrètement le coloris des diversités ou des affinités juridiques sur la mappemonde ; on y reconnaîtrait les grands bassins et les grands courants des civilisations juridiques ; on y remarquerait la succession des transformations du Droit aux différentes époques de son histoire et aux différents points cardinaux de la planète humaine ; et on y sympathiserait intuitivement aux figures des grands juristes et des grands législateurs que les arts nous ont transmises exactement ou typiquement. Il serait intéressant, par exemple, de reconnaître dans une même couleur la similitude, signalée par Summer-Mayne, de l'ancien Droit Irlandais, de l'ancien Droit Hindou, et de l'ancien Droit sud-africain ; ou de suivre en couleurs l'invasion de l'ancien Droit Grec dans la Méditerranée orientale et en Italie méridionale, ou celle du Droit Romain dans l'Occident médiéval, ou celle du Droit Français napoléonien dans la plupart des codifications du XIX^e siècle ; ou de repérer les points du globe où subsistent actuellement les couleurs archaïques de l'Ancien Droit.

On devrait enfin composer des manuels et recueils de textes, qui résumeraient les principaux documents de l'Histoire Comparée du Droit. Manque un *Corpus Juris Historicum* qui contienne, en raccourci et à titre d'échantillons, les passages les plus caractéristiques des textes les plus no-

toires de l'Ancien Droit, comme le Code d'Hammurabi ou le Senchus-Mor, avec des explications archéologiques et critiques de nature à informer le lecteur. Ainsi, et indépendamment de grandes collections plus complètes, deviendrait plus accessible une connaissance plus directe des législations antiques, sous la forme abrégée et virtuelle d'une synthèse anticipée.

III. — LA PHILOSOPHIE COMPARÉE DU DROIT interroge d'abord les premières civilisations connues, qui sont celles de l'Antiquité orientale.

Elles fondaient le Droit, théocratiquement, sur la volonté divine. Mais, en dehors du monothéisme hébreu, leur polythéisme et leur idolâtrie confondaient plus ou moins Dieu et le Monde. Elles étaient ainsi portées à confondre aussi la loi morale et les lois physiques, et à méconnaître, par conséquent, l'autonomie et la responsabilité personnelles de l'homme dans la Nature. Aussi n'ont-elles qu'ébauché grossièrement une philosophie du Droit, sans la distinguer de leurs théologies panthéistes et de leurs livres sacrés. L'*Avesta* de Zoroastre enseigne le dualisme persan, qui croit à un Temps sans limite, fatalement et alternativement traversé par les forces également divines du bien (Ormuzd) et du mal (Ahriman); dans l'Inde, l'idéalisme et le panthéisme des *Védas*, qui ont inspiré le Code de Manou, absorbent tous les êtres dans l'immensité de Brahama, dont ils procèdent suivant une hiérarchie de castes, contre laquelle a réagi la philosophie égalitaire du bouddhisme ; les *Kings* chinois assimilent l'ordre de l'Etat à celui du ciel, qui se déroule silencieusement et naturellement, et recommandent, avec Laotius, l'idéal tranquille et indolent du Tao, contre lequel ont réagi le rationalisme moral de Confucius et le démocratisme de Mencius ; l'astrologisme des Chaldéens et des Phéniciens voit dans l'influence des astres la source des actions humaines, de la vie civile et du droit ; les livres Hermétiques de l'Egypte soumettent la Terre à la royauté de la déesse Isis, la compagne lunaire du soleil Osiris, et à l'immortalité de ses lois.

La philosophie grecque, plus précise et plus intellectuelle, a formulé plus clairement l'existence d'un ordre naturel universel, et la corrélation spécifique de l'ordre humain à l'harmonie générale de l'univers. Résistant aux sophismes de Gorgias et de Protagoras, puis au positivisme sceptique d'Epicure, d'Arcésilas et de Carnéade, qui confondaient le droit avec la contrainte, l'utilité ou l'opinion, elle a distingué des lois positives la loi naturelle de la conscience morale, et marqué la valeur morale des lois positives en fonction des lois éternelles. Pythagore, Héraclite, Anaxagore, Archytas, Socrate, Platon et Aristote ont progressivement construit le temple grec du Droit Naturel, que les Stoïciens, notamment Zénon et Chrysippe, ont finalement consacré : dans les perspectives de cette philosophie juridique, tout l'univers est une immense république, qui est le cadre et le modèle des sociétés humaines; et on y reconnaît théoriquement l'égalité juridique de tous les hommes, et même un Droit international. Epictète et Sénèque ont été les docteurs suprêmes de cette philosophie. Elle a inspiré la philosophie juridique de Cicéron et des jurisconsultes classiques de l'Empire Romain, qui l'ont annexée à la technique positive du Droit.

Mais, dans la philosophie grecque, demeure incertaine la distinction réelle de Dieu et du Monde; ou elle y prend, au contraire, chez Aristote, l'aspect d'une séparation absolue entre deux réalités parallèlement éternelles. Le paganisme de l'Antiquité ne percevait pas le juste rapport du Monde avec Dieu, qui est celui *des êtres* avec l'éternelle réalité de *l'Etre* infiniment

essentiel : ni confusion ni séparation, mais distinction et union. Le christianisme, achevant le judaïsme, apportant l'idée de création, et ajoutant à l'idée de nature celle de grâce surnaturelle, enseigne, au contraire, la distinction de Dieu et du Monde, et même celle du monde voulu par Dieu et du monde corrompu par le péché, la providence naturelle de Dieu sur le Monde, qui est sa « création », et même l'union surnaturelle de Dieu et du Monde dans l'unité d'un immense « corps mystique » dont le Christ est la tête. C'est une révolution spirituelle, qui a des répercussions morales, juridiques et sociales. Elles retentissent dans la philosophie du Droit : les Pères de l'Eglise, notamment saint Ambroise et saint Augustin, le Droit canonique, la Somme de saint Thomas d'Aquin, et les grands Scolastiques de l'école espagnole tels que Soto, Suarez et Vittoria resuivent, retouchent, réparent, achèvent et surélèvent l'architecture traditionnelle du Droit Naturel que l'Antiquité gréco-latine avait édifiée. Ainsi s'élabore, jusqu'au xvi^e siècle, une nouvelle philosophie du Droit, de style chrétien.

Contre la décadence et les abus de la méthode scolastique réagissent ensuite de nouvelles tendances, qui appliquent à la philosophie du Droit la méthode d'observation pratiquée dans les sciences physiques, et qui font du Droit Naturel une discipline autonome, désormais distincte de la philosophie générale et de la théologie.

Deux mentalités se partagent alors la philosophie du Droit :

La première maintient l'union du Droit et de la Morale; c'est un rationalisme moral, ou même religieux, qui reconnaît l'existence d'une loi naturelle et supérieure aux lois positives de l'Etat; Hooker et même Locke, Grotius, Pufendorf, Wolf et Leibnitz, Domat et Portalis en sont les principaux représentants. L'autre mentalité sépare le Droit de la Morale, et se partage elle-même en deux courants : un courant naturaliste, ou même matérialiste, et pratiquement étatiste, représenté par Spinoza, Hobbes et Bentham, par les encyclopédistes du xviii^e siècle, et même par Jean-Jacques Rousseau, porte une physique sociale, dans laquelle le Droit n'est que le critérium ou même l'instinct de l'utilité générale; dans un autre courant idéaliste, au contraire, mais agnostique et subjectiviste, représenté par Kant et par Fichte, le Droit n'est qu'une catégorie formelle de l'esprit humain, et n'a pour objet que de concilier, en les limitant les unes par les autres, les autonomies respectives des volontés subjectives.

Ainsi reparaissent les vieilles tendances des sophistes et des sceptiques grecs, ou celles de l'idéalisme hindou, contre lesquelles avaient prévalu le classicisme gréco-latin, le judaïsme et le christianisme.

Ces diverses mentalités restent cependant coordonnées au culte de la « raison » : d'une raison unie à la religion et à la morale, comme chez un Leibnitz ou chez un Domat; ou d'une raison séparée de la religion, ou même de la morale; ou même d'une raison séparée de son propre objet, comme dans le subjectivisme kantien qui la sépare de la vérité objective, et dans le naturalisme qui la confond avec les estimations de l'instinct.

Ce rationalisme général aboutit à la conception d'un idéal juridique tout abstrait, qui, négligeant les données concrètes de l'Histoire, prétend légiférer universellement et uniformément pour l'entité de l'Homme en soi, et retombe ainsi dans l'abus des abstractions qu'on avait reproché à la décadence de la Scolastique.

Alors, contre cette idéologie trop abstraite réagit l'école historique,

dont Gravinà, Jean-Baptiste Vico et Montesquieu furent les précurseurs, et que représente surtout l'école allemande de Savigny et d'Ihering, apparentée à la métaphysique phénoméniste et panthéiste de Schelling et de Hegel. Dans les vues de cette école, le Droit n'est qu'une expression historique du sentiment national et de la tradition sociale, et le Droit Naturel de la raison abstraite n'est qu'une idéologie vaine. Versant dans l'excès contraire aux abus du rationalisme, l'historicisme méconnaît la spécifique essence du droit, qui n'est pas, sans contradiction et sans sa propre démission, réductible au seul fait, même collectif, historique et national. L'école historique prélude ainsi au positivisme d'Auguste Comte, à l'évolutionnisme d'Herbert Spencer, et au sociologisme de Durkheim, au regard desquels le Droit et même la Morale sont les produits sociaux d'une histoire naturelle et presque zoologique des mœurs.

Au terme de ces longues vicissitudes, la philosophie du Droit devient finalement une mosaïque hétéroclite et confuse.

Demeurent les tendances qui séparaient le Droit de la Morale. L'idéalisme kantien est représenté notamment par Stammler, avec son idée toute formelle d'un Droit naturel « à contenu variable », par Petrone, dont l'idéalisme juridique est apparenté à Kant, à Fichte et à Hegel, et même par del Vecchio, qui sépare l'idée technique de droit et l'idéal moral du droit; l'étatisme, qui voit dans l'Etat la source et la forme du Droit, comme synthèse objective des personnalités subjectives, est représenté notamment par Jellineck, par Kelsen, ou par Gentile; le positivisme est représenté notamment par Bergbohm, qui fut un grand négateur du Droit Naturel.

Mais demeurent aussi les tendances traditionnelles qui professent, au contraire, un Droit Naturel en maintenant l'union de la Morale et du Droit. Ce sont celles des spiritualistes, surtout des chrétiens, et spécialement des catholiques. Elles sont représentées notamment par l'école allemande de Krause et d'Ahrens, ou de Cathrein, par l'école italienne de Romagnosi, de Gioberti, de Mamiani, de Rosmini et de Taparelli, ou par l'école française de Jouffroy, de Boistel et de Vareilles-Sommières.

Il y a même, parmi les juristes, un besoin général de réhabiliter le Droit Naturel, dont on éprouve quelque nostalgie, ou de le remplacer par des succédanés, qui voudraient en être des équivalents. A ce besoin correspondent la théorie du « droit objectif » de Duguit, celle du « droit positif intuitif » de Gurvitch, celle de l'« institution » d'Hauriou et de Renard, ou celle de l'« interprétation » de Gény, qui sont des restaurations ou des imitations du Droit Naturel traditionnel.

Les juristes américains eux-mêmes, dont la pensée juridique, représentée notamment par Pound et par Dewey, ne s'élevait guère au-dessus du critérium de l'intérêt social et des habitudes sociales, s'acheminent aussi vers une renaissance du Droit Naturel : Cardozo recommande la philosophie du Droit comme discipline nécessaire aux juges, incorpore les idées morales à la pensée juridique, et tend vers un idéalisme de style européen; Hocking tend même vers une métaphysique du Droit, qui fournisse un critérium pour « peser » les valeurs respectives des intérêts à concilier judiciairement.

Comme dans l'Antiquité classique, mais à une plus vaste échelle, le Droit Comparé aboutit normalement et virtuellement à l'éclosion historique d'un Droit supranational et mondial, qu'Edouard Lambert a pressenti et contribué à préparer. Ce serait le fruit tripartite du Droit Comparé proprement dit, de l'Histoire Comparée et de la Philosophie Comparée du Droit. Ce serait l'équivalent moderne et agrandi du *Jus Gentium* et du *Jus Naturale* que l'Antiquité classique avait esquissés. Ce serait un Droit Mondial positif, qui styliserait les diverses législations positives dans l'unité de leurs dispositions communes; et ce serait, en même temps, un Droit Mondial naturel, qui les coordonnerait aux principes généraux de la raison naturelle et commune à toute l'espèce humaine.

Mais ce Droit Naturel n'est pas le code abstrait, et, pour ainsi dire, en l'air, de l'Homme en soi. C'est un Droit concret, intimement uni à toute la matière du Droit positif, dont il est la forme spirituelle et le ferment moral. Il s'unit au Droit positif, comme l'âme au corps, pour le constituer *lui-même*, spécifiquement et progressivement, comme la pensée idéale de l'artiste est inséparable du marbre, de la couleur, ou du son, pour constituer, *avec* ces données instrumentales, précisément l'œuvre d'art elle-même. Il n'est pas conçu en fonction d'une nature abstraite, mathématique, et presque fictive, mais en fonction positive de la nature concrète et réelle, telle qu'elle est dans la réalité psychologique, morale, économique, historique et sociale. Egalemeut éloigné d'un pessimisme qui désespère de la justice, et d'un optimisme qui se fait trop d'illusions sur les bonnes dispositions de la nature humaine, il lui fait confiance, mais tient compte aussi de ses déficiences et de ses défaillances, sur la psychologie desquelles une doctrine comme celle du péché originel projette un éclairage instructif.

Animé par la raison et par le sentiment de la justice, mais en communion constante avec la réalité concrète, ce Droit Naturel relie l'ordre humain positif à tout l'ordre naturel de tout l'univers, comme dans la philosophie grecque; et ceux qui ajoutent aux clartés de la raison les lueurs plus discrètes, mais plus totales, de la foi le relient même à un ordre surnaturel dont le judaïsme biblique et le christianisme ont ouvert les perspectives.

De même que l'ancienne France était juridiquement partagée en pays de Coutume et en pays de Droit Ecrit, qui était le Droit Romain, le Monde juridique se partage aujourd'hui en pays de Droit Civil, qui est à base de Droit Romain, et en pays de Common Law; à cette grande division de la civilisation juridique se juxtaposent même les survivances de l'ancien Droit oriental et de l'ancien Droit musulman, et celles du Droit primitif dont témoignent encore les coutumes des peuplades archaïques. Mais quel Bonaparte ou quel Portalis construira l'unité du Droit Mondial, comme le Code Civil a construit celle du Droit Français?

En attendant la synthèse finale et lointaine de toute la civilisation juridique, les études de Droit Comparé constituent déjà les « travaux préparatoires » d'un Code Civil universel, qui ne serait pas le fruit creux d'une idéologie toute abstraite, mais le fruit mûr de l'expérience humaine.

CHAPITRE II

LA METHODE ET LES FONCTIONS DU DROIT COMPARÉ

WEYR, *Remarques générales sur la nature juridique de la Méthode Comparative.*

KUHN, *La fonction de la Méthode Comparative dans l'histoire et la philosophie du Droit.*

NEUMARK, *L'importance du Droit Comparé dans la science des finances.*

Il convient de rapprocher des études classées dans ce Chapitre :

a) EN GÉNÉRAL :

GUTTERIDGE, *La valeur du Droit Comparé.*

(Cette contribution publiée dans le Chapitre précédent).

b) SUR LES MÉTHODES DU DROIT COMPARÉ :

OTETELISANO, *Les conceptions de M. E. Lambert sur le Droit Comparé.*

(Cette contribution publiée ci-dessous dans l'Introduction, Titre II, § 3).

SARFATTI, *Le Droit Comparé dans son essence et dans son application.*

(Cette contribution publiée ci-dessus, Titre I^{er}, § 5).

SUGIYAMA, *Essai d'une conception synthétique du Droit comparé.*

(Cette contribution publiée ci-dessus, Titre I^{er}, § 4).

TABBAH, *Entre les deux pôles — historique et sociologique — de la philosophie contemporaine du droit.*

(Cette contribution publiée ci-dessus dans l'Introduction, Titre II, § 2).

KOSCHAKER, *L'histoire du droit et le droit comparé, surtout en Allemagne.*

(Cette contribution publiée ci-dessus, Titre II, Chapitre V, § 22).

c) SUR L'UTILITÉ DES ÉTUDES COMPARATIVES POUR LE DROIT CANONIQUE :

LE BRAS, *Excursion des villages moï aux monastères cambodgiens ou de l'utilité des études comparatives dans le domaine du droit canon.*

(Cette contribution publiée ci-dessus, Titre II, Chapitre II, Section I, § 8).

d) Sur L'UTILITÉ DU DROIT CANONIQUE POUR LE DROIT COMPARÉ :

RENARD, *La contribution du droit canonique à la science du droit comparé*.
(Cette contribution publiée ci-dessus, Titre II, Chapitre II, Section II, § 9).

e) Sur L'UTILITÉ DU DROIT ROMAIN POUR LE DROIT COMPARÉ :

SENN, *La leçon de la Rome antique sur le fondement de la force obligatoire de la coutume*.

(Cette contribution publiée ci-dessus, Titre II, Chapitre III, Section III, § 17).

ainsi que les contributions classées et rappelées ci-dessus dans le Titre II, Chapitre IV, Sections I et II, §§ 11 à 16.

f) Sur LA SIGNIFICATION DU DROIT COMPARÉ POUR L'ÉCONOMIE POLITIQUE :

ANTONELLI, *Du droit comparé à l'économie comparée. La notion de système économique*.

(Cette contribution publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre V, § 161).

g) Sur LE RÔLE DU DROIT COMPARÉ EN CE QUI CONCERNE L'ÉLABORATION D'UN DROIT MONDIAL :

les articles publiés et rappelés dans le Tome II, Quatrième Partie, Titre II, Chapitre II : « Le Rôle du Droit Comparé pour l'Unification des Droits ».

REMARQUES GENERALES SUR LA NATURE JURIDIQUE DE LA METHODE COMPARATIVE

Par Frantisek WEYR,

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Massaryk à Brno,

Traduit par Paul ROUBIER,

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

et H. MANKIEWICZ,

Secrétaire général de l'Institut de Droit comparé de Lyon.

I. — FORME ET CONTENU DU DROIT

Si l'on admet que les *normes*, je veux dire les normes juridiques, sont le seul objet de connaissance de la science juridique, et si l'on admet en outre que l'essence logique proprement dite de toute norme est d'exprimer un *devoir*, alors on dira aussi que toute théorie de connaissance normative doit distinguer entre deux groupes principaux de notions. Ce sont, d'une part, les notions dont le contenu est la connaissance de qui *doit être* en vertu d'une norme présumée et, de l'autre, celles qui sont la *condition* nécessaire d'une pareille connaissance. J'illustre par des exemples concrets ce que je viens de dire. Appartient au premier groupe, par exemple, la connaissance de faits tels que les suivants — se rapportant toujours à un système juridique donné — : que le mari a tel ou tel *devoir* à l'égard de sa femme ; que, dans un droit déterminé, le fermier a des devoirs nettement concrétisés à l'égard du bailleur, l'emprunteur à l'égard du prêteur, le père à l'égard de son enfant légitime, que le citoyen *doit* ne pas accomplir certains actes interdits par les lois pénales, et ainsi de suite. C'est donc, en d'autres termes, la connaissance de toute une série, infinie, d'expressions de *devoirs juridiques*, stipulés dans un ordre juridique concret. Toutes ces expressions concrètes de devoirs forment l'*objet* propre, je veux dire exclusif, de la *connaissance du droit*. Quand cette connaissance est *systematisée*, elle acquiert le caractère de connaissance *scientifique* du droit, qu'est le but de la science juridique. Cette connaissance est nécessairement *concrète*, c'est-à-dire qu'elle concerne le contenu concret (individuel) de normes ou d'ordres juridiques déterminés.

La condition inéluctable de cette connaissance concrète du droit est, ainsi que je l'ai dit, l'existence de certaines notions qui, elles, sont nécessairement *générales*, à savoir abstraites. Ce sont les notions qui forment le deuxième des groupes sus-mentionnés. Pour pouvoir apercevoir que, en

vertu d'une norme juridique concrète, telle ou telle chose *doit être* (sein soll), il faut d'abord savoir ce qu'est une *norme*, et plus particulièrement ce qu'est une norme juridique. Puis il faut avoir une idée précise des notions sur ce que sont le *devoir*, notamment le *devoir juridique*, la *formation* et l'*application des normes*, les *sujets des devoirs*, les *créances juridiques* (droits subjectifs), etc. Evidemment, ces notions sont nécessairement *générales*, c'est-à-dire qu'elles sont valables pour toute connaissance juridique de ce qui doit ou de ce qui ne doit pas être au concret, quel que soit d'ailleurs le *contenu* de la norme concrète (qui, elle, exprime ce qui est le devoir dans un cas concret). Félix SOMLÖ (*Juristische Grundlehre*, 1919), et avec lui les doctrinaires du droit pur, appellent les notions de ce (deuxième) groupe les *notions de la nature du droit* (*Rechtswesensbegriffe*) qu'ils opposent aux *notions du contenu du droit* (*Rechtsinhaltsbegriffe*), formant le premier groupe.

Ces deux groupes de notions se distinguent encore par le fait que le contenu des notions du premier d'entre eux est déterminé par *celui qui les fait réellement* (législateur), tandis que le contenu de celles du deuxième groupe doit être recherché par la *doctrine* (science). Du point de vue positiviste — par opposition à celui du droit naturel — c'est celui qui fait réellement la norme qui est seul à dire ce qui *doit être* (en vertu des normes faites par lui). D'autre part, la définition de ce que sont une norme, une norme juridique, un ordre juridique, un devoir, une créance, un sujet de droit, etc., incombe, non moins exclusivement, à la *doctrine juridique*, c'est-à-dire que celle-ci doit préparer un *système* homogène et complet de *notions générales* — système qui, à notre avis, est l'*instrument* indispensable de la connaissance systématique du *contenu concret des droits*. Ces notions sont « générales » parce que, comme il a été dit, elles sont « valables » pour toute connaissance concrète du contenu des droits. En effet, il est impossible qu'au droit français s'appliquent des notions de « devoir juridique » ou de « sujet de droit » autres qu'au droit allemand ou tchécoslovaque. C'est pour cela qu'on peut appeler ces notions, concernant la *nature* propre du droit, des « notions formelles » et, dès lors, distinguer entre le *contenu* (concret, individuel) et la *forme* (abstraite, générale) du droit.

II. — « DOCTRINES GÉNÉRALES » ET « DROITS GÉNÉRAUX » DANS LA LITTÉRATURE JURIDIQUE

A côté d'exposés du droit *positif* — tels que les manuels *français, belges, allemands*, etc., du droit administratif ou du droit constitutionnel — on rencontre, dans la littérature juridique, des ouvrages dont le titre est « Droit administratif général », « Droit constitutionnel général », etc. (*Allgemeines ...recht*). Nous citons, à titre d'exemples, parmi la littérature juridique allemande, les ouvrages bien connus de Sarwey, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (1887) et d'Inama-Sternegg, *Verwaltungslehre in Umrissen* (1870), ou encore les publications, d'une date plus récente, de Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (1927) et de Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (1927). Par le mot « général » (*allgemein*) on veut, avant tout, faire comprendre quelque chose de négatif, à savoir le fait qu'il *ne s'agit pas* de l'exposé d'un droit *positif* (français, belge, allemand ou autre), mais qu'on

entend décrire des connaissances se rapportant *d'une manière ou d'une autre* à tous les divers droits positifs, c'est-à-dire qu'on veut parler des connaissances communes à tous ces droits et, dès lors, « générales ». En dehors de quelques rares exceptions, ces ouvrages étudient, non pas l'*ensemble*, mais seulement quelques parties de l'ordre juridique d'un Etat concret, telles que le droit constitutionnel, le droit administratif, le droit commercial, etc. Il y a, par conséquent, des livres portant le titre « Droit constitutionnel général », « Droit administratif général ». Mais il n'existe aucun ouvrage intitulé « Droit général », qui, calqué sur les modèles des livres sur le droit administratif ou le droit constitutionnel « général », traiterait de l'*ensemble* des ordres juridiques. Comme on sait, les livres de ce genre portent le titre, non pas de « Droit général », mais de « *Théorie générale du droit* » ou de « *Doctrina générale du droit* » (cf., par exemple, le livre de Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934).

Quand on examine, à la lumière de ce qui vient d'être dit, les anciens ouvrages sur le droit constitutionnel, le droit administratif, le droit commercial « général », on constate qu'ils comportaient tous un exposé comparatif, c'est-à-dire que leurs auteurs entendaient rechercher le contenu *typique* de certains systèmes juridiques concrets appartenant à une même époque ou à une même culture. Ils distinguaient donc entre le contenu typique et le contenu individuel des divers droits, le contenu typique de chacun d'eux étant dégagé par leur comparaison réciproque. Les auteurs de ces livres arrivaient ainsi à constater que certaines « institutions juridiques » — telles que la monogamie, la propriété privée, la représentation populaire par un parlement, l'obligation de faire le service militaire, etc. — reviennent *régulièrement* dans les divers droits examinés, et que, dès lors, elles ont un caractère *typique*.

Il résulte de ce qui précède que le droit comparé qui se sert de cette méthode, ne s'intéresse qu'au *contenu concret* des divers systèmes juridiques. Les savants qui procèdent de cette façon présupposent que la science a déjà élaboré et *défini* les notions et concepts dont ils se servent, et qu'il n'y a plus de doute sur ce que veulent dire des mots tels que monarque, propriété, parlement, etc. Pour cette méthode comparative, il s'agit donc uniquement de parvenir, par la comparaison des divers ordres juridiques, à dégager les droits et devoirs *types*, soit d'un monarque, soit d'un parlement, ou d'un propriétaire, etc., et à constater subsidiairement, par la recherche des *différences* qui existent entre les divers droits, ce qui leur est *particulier* et fait exception à la règle.

Mais dès que la conditions susdite fait défaut, c'est-à-dire dès que l'auteur d'un ouvrage sur le droit constitutionnel ou le droit administratif « général » pense que la notion générale — soit de la constitution, soit de l'administration, de la monarchie, de la république, du mariage, du parlement, de la force obligatoire des lois, décisions ou jugements — n'est pas encore suffisamment définie, son travail scientifique sur le droit constitutionnel, ou le droit administratif ou civil « général », doit s'assigner d'autres tâches. Alors, il doit : 1° donner de ces concepts des définitions *valables partout* et 2° construire un système *homogène* des notions ainsi acquises. Bien entendu, il ne pourrait pas faire abstraction du contenu concret des divers systèmes juridiques ; car, si ces systèmes ne parlaient pas régulièrement de chefs d'Etat (monarque, président d'une république), de parlements, de lois et de décrets, de tribunaux, d'autorités administra-

tives, etc., le chercheur scientifique n'aurait pas besoin de s'occuper, dans son « droit constitutionnel *général* », de la construction de notions *générales* à leurs propos. En effet, ces notions ne sont pas des *notions sur la nature du droit*, mais des *notions sur son contenu*.

Les auteurs d'ouvrages sur le droit constitutionnel général, le droit administratif général, etc., sont donc obligés d'examiner des systèmes juridiques concrets en nombre aussi élevé que possible, c'est-à-dire qu'ils doivent faire du *droit comparé*. Tâche et but de *cette sorte* du droit comparé sont cependant, en principe, autres que ceux du droit comparé traditionnel dont j'ai déjà parlé. Car ce serait commettre une grave erreur — par ailleurs assez fréquente chez les juristes de l'école traditionnelle — que de croire que la simple constatation de l'existence, dans la plupart des Etats, de chefs d'Etat, de parlements, de tribunaux, d'autorités administratives, etc..., permette à elle seule de dégager de ces concepts un *système homogène de notions valables partout*. La méthode comparative traditionnelle ne réussit pas, et d'ailleurs ne peut pas réussir, à construire un pareil système. Elle doit, dans ce domaine, céder la place à l'activité constructive de la *théorie générale du droit*, qui n'a de contact avec le contenu concret et les institutions-types des divers droits qu'en ce sens que les notions *générales* élaborées par elle n'ont d'autre fonction, ni d'autre but que de servir d'instruments de la connaissance systématique du contenu concret desdits systèmes juridiques. Les notions qu'aura établies la théorie générale du droit sont « générales », mais nullement « typiques », bien que les institutions auxquelles elles se réfèrent puissent être des institutions-types ou, au contraire, des institutions particulières propres à un seul droit. Il n'y a de rapports entre ces notions générales et les institutions juridiques typiques auxquelles elles s'appliquent que dans la mesure où la théorie du droit a l'habitude de n'établir des notions *générales* que sur des institutions *typiques*. La construction de ces notions est la tâche la plus importante des ouvrages *récents* sur le droit constitutionnel « général », le droit administratif « général », etc.

III. — LA NATURE DE LA MÉTHODE COMPARATIVE TRADITIONNELLE

La méthode comparative traditionnelle est une science « *causaliste* », c'est-à-dire orientée comme les sciences de la nature. Par suite, elle ne se borne pas à la recherche de ce qui est *typique* dans les divers systèmes juridiques. Elle tend à découvrir les *causes* qui ont produit le contenu typique des droits. Puisqu'il s'agit en première ligne de causes *sociales* ou *sociologiques*, la méthode comparative se rapproche de la sociologie juridique, si même elle ne se confond avec elle. De même, elle est parente de l'histoire du droit : la méthode comparative compare des systèmes juridiques *d'une même époque*, tandis que l'histoire (comparative) du droit compare des droits *d'époques différentes* et successives.

Les fonctions de la méthode comparative proprement dite sont sûrement très importantes, de même que ses résultats peuvent être du plus grand intérêt. Mais son emploi produirait des résultats funestes, si elle entendait assumer les fonctions de la *théorie générale du droit* au lieu de considérer les produits de celle-ci comme la *condition indispensable* de sa propre recherche.

LA FONCTION DE LA METHODE COMPARATIVE DANS L'HISTOIRE ET LA PHILOSOPHIE DU DROIT

Contribution envoyée

au nom de l'*American Society of International Law*

Par Arthur K. KUHN (New-York)

Associé de l'Institut de Droit international

Traduit par A. PERRAU,

Licencié en Droit

La tendance de la vie humaine sur cette planète dans le cours de l'histoire enregistrée a été le développement d'aggrégations d'individus vivant ensemble en unités organisées. Les familles et les tribus se sont développées en peuples et nations. Dans les temps récents, une école de penseurs a supposé qu'une ressemblance générale dans les conditions des individus, de classe, d'occupation et de condition économique semblables, tendait à une stratification horizontale des différentes classes de la société, conduisant à une solidarité internationale parmi ces classes. Si un tel état social pouvait être réalisé, il représenterait l'idée de corps social (*corporative*) dans son application universelle. A supposer qu'un tel état social suffise à atteindre les résultats que ses partisans en attendent, il supposerait l'existence de caractéristiques ethniques aussi bien que physiques et morales chez l'ensemble des habitants du globe contraires aux faits connus de la vie. Comme Reinsch ⁽¹⁾ l'a fait remarquer : « On ne peut pas faire abstraction des unités psychiques qui sont derrière la souveraineté nationale et lui donnent la force. »

L'Ancien Monde tenta à différentes périodes la création d'un état mondial avec un centre d'où émanerait la force nécessaire pour en maintenir la structure. Aussi longtemps qu'un tel état était composé d'un nombre raisonnable d'éléments dont les mœurs et les pensées n'étaient pas trop discordants, la cohésion en fût concevable. Dès qu'un grand nombre d'éléments discordants y furent introduits, ses jours furent comptés. A notre époque même une organisation mondiale d'états nationaux a rencontré beaucoup d'obstacles. Est-ce que ces obstacles s'opposent aussi à l'unifi-

(1) *Public International Unions*, p. 5.

cation des lois nationales par lesquelles les états séparés règlent leur vie ? Malgré l'existence d'une volonté politique d'unifier les coutumes, le langage et le droit des parties dont les anciens empires étaient composées, l'expérience de ces empires nous montre que cette unification n'était faisable que comme partie d'un lent travail d'assimilation, par l'effet duquel le droit du conquérant a été aussi souvent influencé que celui des pays conquis.

Ceux qui croient que de nos jours le monde tend vers un effacement des lignes nationales dans le domaine du droit privé présentent habituellement l'extension prodigieuse du commerce dans le monde moderne comme étant le levier qui doit amener à ce résultat. Mais ils perdent entièrement de vue que, si des relations internationales plus intimes conduisent à un plus grand intérêt pour les lois de nos voisins et à une connaissance plus large de ces lois, elles mènent aussi à une concurrence commerciale plus âpre. Les intérêts s'efforcent de gagner de la force par la localisation et la préférence. Mais dans la mesure où ce commerce et ces relations s'étendent au-delà du territoire local, les lois locales sont souvent harmonisées avec un ou plusieurs systèmes étrangers ou sont l'objet d'une réformation comme élément d'une unification générale.

Le droit peut être considéré comme l'une « des manifestations institutionnelles de la vie ». Sans s'engager dans aucune controverse sur la nature du droit, on peut s'accorder pour dire que le caractère de tout droit, pris objectivement, reflète l'évolution du peuple par lequel il a été produit, qu'il forme l'une des caractéristiques qui servent à identifier les peuples, tout autant que leurs traits ethniques, leurs coutumes, leurs mœurs, leurs langues et leur littérature. Bien qu'il soit vrai que la nature du droit d'un peuple n'est ni circonscrite par des limites territoriales, ni liée dans son étendue aux divisions raciales ou nationales, elle n'en forme pas moins l'identification d'un peuple tout autant que n'importe lesquels des autres éléments précités, ni plus, ni moins. Comme l'a dit Savigny : « C'est l'esprit du peuple, vivant et agissant chez tous les individus en commun, qui engendre le droit positif, si bien que pour chaque individu, il y a non pas par hasard, mais nécessairement, un seul et même droit. » ⁽²⁾.

Il y a ainsi deux forces qui tendent continuellement vers la diversification du droit, l'une consciente, l'autre inconsciente ou historique; ou peut-être, pourrait-on dire, l'une dynamique, l'autre statique. L'une appelle la législation à son aide, l'autre cherche un allié dans le droit public. La conception de l'Etat — qui est si largement acceptée dans l'Europe continentale moderne, — que le lien qui unit l'individu à l'Etat où il est né, reste effectif, même dans ses relations juridiques privées, bien qu'il soit entré dans le territoire d'un Etat étranger, accentue la diversité créée par ces deux forces et rend l'étude comparée des divers systèmes de lois indispensable à l'administration régulière et pratique de la justice dans le domaine du droit privé.

A une époque où le nationalisme a de nouveau triomphé dans les relations politiques internationales, on doit s'attendre aussi à une cristallisation de la législation de droit privé. L'aspiration vers un système juridique mondial qui a occupé l'attention de quelques juristes du 19^e siècle doit être

(2) *System des heutigen roemischen Rechts*, § 7.

ajournée. D'un autre côté le droit applicable aux branches des relations commerciales internationales, qui ont un champ d'action vraiment universel et qui par leur nature même ont le plus besoin pour progresser de réglementation uniforme, continue à aspirer à l'uniformité. Une unification internationale semblerait à la fois possible et désirable dans le droit maritime, dans le droit des effets de commerce, des marques de fabriques et brevets d'inventions, des connaissements, du transfert et la négociation des actions et obligations, et certaines autres branches.

Si l'on admet que la diversité du droit et de la législation est un phénomène continu, à quoi une comparaison des systèmes juridiques doit-elle nous mener ? Même sur les terrains que l'on vient de mentionner la méthode comparative est essentielle. Aucune unification ne serait acceptable pour une juridiction législative sans que les meilleurs traits des divers systèmes n'aient été retenus. Ceci demande une connaissance intime des points essentiels de chacun d'eux. Les congrès diplomatiques qui se sont réunis à La Haye et à Genève pour unifier le droit des effets de commerce n'auraient jamais si bien réussi si leurs travaux n'avaient été précédés d'une recherche complète à l'aide de la méthode comparative, non seulement de ce qui concerne la législation des nations commerçantes importantes, mais aussi de leurs pratiques judiciaires et commerciales.

Même là où l'unification n'est ni désirable, ni praticable, la méthode comparative est essentielle pour une compréhension de l'utilité et de la justice que la loi a à servir. Feu Rolin Jacquemyns, dans son apologie pour l'étude de droit comparé a dit ⁽³⁾ que rien ne stimule et ne fait fructifier la raison autant que la comparaison ou la recherche des analogies et des différences dans les objets ou les idées de même nature. Il montrait comment les conclusions tirées de la comparaison des systèmes juridiques pouvaient avoir de nos jours beaucoup plus d'autorité qu'à l'époque de Montesquieu, où un particularisme aggravé et s'aggravant régnait dans l'Europe entière. Depuis les codifications de la période napoléonienne, la progression de la consolidation du particularisme national a presque été ininterrompue et continuera sans aucun doute autant que la structure constitutionnelle des divers Etats le permettra. Cette consolidation nationale n'est nullement incompatible avec un certain égard pour la législation des juridictions étrangères. Au contraire, l'esprit national n'est aucunement synonyme de prévention nationale. Rolin Jacquemyns l'exprime d'une façon tranchante en déclarant que, lorsque le préjugé national détourne de la méthode comparée il représente le patriotisme des sots.

En effet, le préjugé national exerce une résistance sur l'administration efficace de la justice. La comparaison des lois étrangères, au contraire, jette une lumière nouvelle sur les principes des lois nationales et « nos convictions deviennent d'autant plus fortes et plus fécondes qu'elles deviennent moins aveugles ».

Regelsberger considérait la connaissance de la loi étrangère comme indispensable à la conception systématique de toute loi [nationale]. Nulle loi ne peut être estimée suffisante en elle-même. Elle ne peut être indépendante des autres branches du droit local ni des institutions de même nature des systèmes étrangers. C'est seulement par comparaison qu'une

(3) *Revue de Droit international et de législation comparée*, tome I, p. 4.

loi nationale peut être vue sous son vrai jour. Ce qui est en apparence général se trouve être, par la comparaison, limité dans son application, et par la même épreuve, ce qui est apparemment particulier se trouve être général (*Pandekten, Celsus*) (4). Le critique d'art bien connu, feu James Huneker, disait que l'on ne peut jamais être un critique complet de la littérature ou de l'art de son pays, si on ne connaît pas la littérature ou l'art des autres nations. Cela est également vrai pour le droit.

La méthode comparative devient utile dès que la période du développement juridique conscient est atteinte. Sir Henry Maine fait remarquer que la plus ancienne notion de droit n'est pas l'énonciation d'un principe ni même d'un ordre, mais le jugement d'un chef dans un cas particulier. Plus tard apparaît la notion d'une coutume qu'un jugement a confirmée, et plus tard encore, une période de développement conscient par la législation. Tandis que la législation primitive est portée à se borner à mettre par écrit le droit coutumier préexistant, c'est à ce moment que commence quelque forme de comparaison des lois, par suite de l'effort, si faible soit-il, pour essayer d'introduire des éléments de système et d'utilité. Toute la puissance de Rome n'a pas été suffisante pour accomplir l'unification des lois de l'Empire autrement que par un long processus d'assimilation de traditions, coutumes et lois étrangères, marchant de pair avec l'assimilation des populations.

Quand Rome fut entrée dans la période des grandes conquêtes et qu'elle eût commencé à incorporer dans l'Empire les peuples du monde civilisé, le *jus gentium* devint partie intégrante du système général romain, et exerça une réaction assez forte sur le vieux droit civil pour s'arroger hardiment la fonction de le réformer. L'Etat romain reconnut ainsi la diversification du droit dans les rapports entre ses propres citoyens et les étrangers. Il n'essaya pas d'imposer le droit romain aux provinces sauf dans le cas où il était nécessaire de maintenir l'autorité impériale et d'assurer l'ordre.

On voit par là que, même sous le gouvernement d'un empire théoriquement universel et tout puissant, les conditions de la vie pratique ont exigé la reconnaissance de la diversification des traditions, coutumes et lois entre les diverses agrégations de peuples. On perd souvent de vue l'importance de ce fait pour cette raison que la souveraineté est devenue coïncidente avec la juridiction territoriale et a été considérée comme la source de tout droit. Mais bien que la souveraineté en théorie puisse créer la sanction dernière de toute loi, elle ne peut pas par un simple acte de volonté, changer la coutume qui est un fait. Ce n'est pas notre dessein de remettre sur le tapis la vieille controverse entre l'école historique de juristes, qui considère que le droit, comme le langage, provient d'un développement inconscient (Savigny), et l'école utilitariste qui prétend que le droit a été consciemment créé comme un moyen pour arriver à une fin (Ihering). Notre but est simplement de montrer que le droit fait aussi bien partie des caractéristiques de la vie humaine que le langage, les mœurs et les standards moraux. Il subit l'influence de tous ces éléments et à son tour produit sur eux une très forte réaction. Il n'y a pas de conqué-

(4) Regelsberger, *Pandekten*, t. I, p. 147, citant la maxime de Celsus au Digeste, 4, 24 de legibus 1 3.

rant, si impitoyable soit-il, qui puisse changer les habitudes et les coutumes d'un peuple par sa seule volonté. Il faut en exterminer les membres; mais aussi longtemps que leur communauté de vie existera, il demeurera aussi un certain résidu d'identité juridique qui offrira autant de chances de modifier la loi du conquérant que d'être modifié par elle. C'est l'expérience qu'a faite la loi romaine. Pendant la période où la domination de l'Etat romain a été la plus complète, le système romain a été très puissamment influencé par les peuples soumis. La loi des XII tables fut en grande partie sciemment tirée de sources grecques. Le premier pas vers leur compilation fut l'envoi d'une mission en Grèce et dans les colonies grecques du sud de l'Italie, pour faire un rapport sur leur droit écrit et rassembler des matériaux. C'est précisément cette adaptabilité et cette tolérance du système juridique romain pour les systèmes des peuples soumis qui lui donnèrent son caractère cosmopolite final. Comme il était en grande partie le produit du droit étranger il se trouva assez élastique pour être « adopté » à son tour par les peuples et les nations, qui dans le cours de l'histoire, succédèrent à la domination romaine.

La fusion des éléments romains de droit avec ceux de tribus dites barbares fut le résultat d'un long processus historique. Un système de droit écrit, fondé sur le principe que toute justice émanait de l'état et d'une administration centralisée, n'était pas facilement adaptable à des peuples vivant dans une société organisée sans règles précises, dans laquelle tous les intérêts résidaient dans la famille protégée par un système de vengeance personnelle. Le développement de la souveraineté territoriale et l'élargissement progressif des pouvoirs du Roi étaient les conditions nécessaires pour que le système romain put refleurir.

Les guerres privées du début du Moyen Age étaient un danger pour la paix du roi et il avait tout intérêt à favoriser le système romain de châtiment public. L'autorité dans l'administration de la justice que le roi partageait avec l'Eglise, les seigneurs féodaux et les villes, tendit petit à petit à devenir exclusive, bien que cette évolution se soit poursuivie longtemps encore après la réception du droit romain ⁽⁵⁾.

La « réception » du droit romain dans les pays de l'Europe continentale peut être prise en dernière analyse comme une réincarnation de la méthode comparative dans la science juridique. On peut vraiment soutenir que la méthode scientifique implique en elle-même la comparaison des périodes historiques dont se compose le développement d'un unique système de loi, sinon la comparaison d'un ou de plusieurs systèmes. La première présente les contrastes dans le temps, la deuxième, pour parler par image, dans l'espace. L'intérêt nouveau pour le droit romain participa dans une certaine mesure aux deux. D'un côté, il faisait partie d'une renaissance du respect pour la science des humanités classiques en général; de l'autre il impliquait une comparaison par le point de vue de l'utilité. Avec le XIII^e siècle, le droit se sépara de la dialectique et de la rhétorique, et dans les Universités italiennes on se mit à l'enseigner dans une faculté séparée. Les textes de Justinien, plutôt que le droit populaire local, devinrent l'objet d'études. Il est naturel que cette étude ait pris au début un caractère quelque peu philologique. Elle a aussi cherché l'aide de l'histoire.

(5) Brissaud, *Histoire du droit public français*, p. 427.

La méthode comparative de recherche des institutions juridiques ne doit pas être identifiée avec l'histoire du droit, bien que l'on confonde souvent l'une avec l'autre. L'une et l'autre de ces méthodes sont critiques et reposent sur l'observation de la cause et de l'effet et de l'aptitude du droit ou de la législation à répondre aux besoins de la vie humaine, dans des conditions données. La recherche historique peut être appliquée au droit d'une seule nation, ou d'un seul peuple, ou à un champ limité de ce droit sans tenir le moindre compte de la solution d'un problème semblable chez les autres peuples ou nations. La méthode comparative, au contraire, tout en n'excluant pas la recherche de l'origine d'une institution particulière et en la suivant dans les phases successives de son développement, cherche à pénétrer le secret de son apparition et du traitement qui lui a été donné, dans les divers stades de l'évolution sociale, chez d'autres races ou peuples vivant dans des conditions différentes de lieu, climat ou organisation politique.

Ainsi, en France, les études préliminaires à la préparation des Codes napoléoniens ont été limitées aux précédents français et on n'a pas pensé qu'elles dussent s'étendre aux institutions juridiques d'autres territoires que ceux où les Codes étaient destinés à être appliqués. Comme Bufnoir l'a dit ⁽⁶⁾, les spécialistes chargés du travail de codification eurent la sagesse de ne pas rompre avec l'ancien régime excepté lorsqu'il y avait besoin d'adapter leur travail aux nouveaux principes qui devaient dominer l'organisation de la nouvelle société issue de la Révolution.

D'un autre côté la mobilité plus grande de la vie internationale, due aux moyens de communications très améliorés, a créé dans tous les Etats avancés la nécessité d'une législation adaptée aux besoins de la société et favorable au progrès, sans qu'on se préoccupe si cette législation peut être tirée facilement des institutions déjà existantes, ou d'exemples que l'on ne pourrait trouver que dans des systèmes étrangers.

Ainsi une demande plus ou moins populaire de connaissance du droit étranger a fait son apparition, non seulement à cause du commerce international, mais aussi à cause des mouvements sociaux. C'est de cette façon qu'on s'est intéressé aux méthodes sommaires de la procédure anglaise, à l'administration allemande du droit criminel pendant les trois premières décades du siècle présent, au système australien de l'enregistrement des terres, ou au système suisse d'indemnisation des accidents du travail, ou d'assurance contre la maladie.

Le droit comparé peut être ainsi d'utilité immédiate. Il peut aussi mener à une connaissance plus approfondie du droit local ou du droit en tant que science. On peut dire que l'histoire du droit est une des phases de la science du droit comparé parce qu'elle s'occupe des doctrines juridiques qui ont prévalu successivement dans un seul et même système de droit. Mais on peut dire avec autant de vérité que le droit comparé est une des phases de l'histoire du droit parce qu'il cherche à étudier les divers sorts que des institutions juridiques particulières ont subis dans des milieux différents. Pour cela il n'est pas toujours nécessaire de diriger nos recherches sur une longue période de temps, soit dans la même, soit dans plusieurs communautés. Le milieu, l'état de civilisation et le progrès

(6) Bulletin de la Société de Législation Comparée, tome 20, p. 66.

social sont tellement différents entre plusieurs nations ou peuples au même moment que souvent ils fournissent une matière suffisante pour en tirer une déduction sans qu'il soit besoin de recherches historiques. C'est ce qui a été bien exprimé par Henri du Buit ⁽⁷⁾ : « L'histoire de l'humanité se recommence sans cesse, et l'on peut trouver encore à l'heure actuelle des types vivants des principaux états que l'homme a traversés. De même tous les degrés successifs d'avancement des sociétés humaines, toutes les formes de gouvernement, toutes les variétés de législation et de mœurs, se survivent quelque part, du moins dans leurs lignes principales, justifiant ainsi peut-être l'hypothèse de Kant. La notion du temps, telle que nous la concevons, serait-elle purement contingente ; l'éternité ne serait-elle que la vue instantanée et permanente de l'ensemble des faits que l'infirmité de notre nature nous oblige à répartir entre le passé, le présent et le futur ? » L'état présent du monde fait que ces pensées sont autant de circonstances qu'elles l'étaient il y a un demi-siècle.

Maine a bien vu cette fusion essentielle de la méthode historique et de la méthode comparative; nous prenons souvent un certain nombre de coutumes ou de concepts juridiques contemporains et nous nous efforçons d'en inférer la forme passée de ces phénomènes, non seulement en partant de souvenirs historiques, mais aussi de l'observation de faits contemporains dans des parties du monde dans lesquelles la société humaine est dans une phase de désaccord avec la nôtre. Maine affirme avec insistance que par ce procédé nous nous émancipons d'une conception limitée du monde et de l'humanité au-dessus de laquelle les sociétés les plus civilisées et même les plus grands penseurs ne s'élèvent pas toujours, et qu'ainsi nous acquérons « quelque chose qui ressemble à une idée adéquate de l'immensité et de la variété des phénomènes de la société humaine » ⁽⁸⁾.

Ce point une fois acquis, la distinction entre le présent et le passé disparaît. Maine eut des occasions exceptionnelles d'étudier de très près les coutumes et les institutions juridiques de l'Inde et de l'Extrême-Orient. C'est là que nous trouvons des phénomènes bien développés, complètement détachés du développement juridique de n'importe quel système européen, et cependant offrant bien des points de comparaison avec l'expérience occidentale. « Ainsi l'observation directe vient en aide à la recherche historique, et la recherche historique en aide à l'observation directe. »

Le milieu politique et économique de races et de peuples différents peut être si semblable, bien que largement séparé géographiquement et historiquement, qu'il peut mener naturellement à l'évolution d'institutions juridiques semblables. Ce serait naturellement trop exagéré de dire que, de même qu'on trouve une faune et une flore semblables dans des lieux très éloignés les uns des autres, quand les milieux naturels, comme les conditions de température, de géologie et de météorologie sont semblables, de même les institutions humaines tendent vers un même type à des périodes semblables de leur vie politique et culturelle. Il y a trop de variantes et d'impondérables pour permettre une analogie si précise. Et cependant il y a un facteur qui demeure constant, ou assez constant pour qu'on puisse en tirer une déduction sérieuse, c'est la nature de l'homme lui-même.

(7) Même Bulletin, t. 20, p. 160.

(8) H. Maine, *Village Communities in the East and West*, p. 7.

L'histoire et la méthode comparative peuvent ainsi chercher ensemble à découvrir les résultats juridiques normaux des conditions politiques et économiques antérieures. Et les exemples concrets ne manquent pas. Maine lui-même nous dit que le système indien de propriété et de tenure, qui ressemblait beaucoup à l'ancien système de propriété des races européennes, subit occasionnellement des changements qui le mirent presque en harmonie avec le féodalisme européen. Montesquieu considérait les divers systèmes de lois qui prévalaient dans le monde comme n'étant que des manifestations variables d'une seule loi universelle dans sa généralité qui est la raison humaine. « Les lois civiles et politiques de chaque nation ne devraient être que les cas particuliers auxquels la raison humaine s'applique » (9). Mais il va trop loin lorsqu'il dit avec insistance que ces manifestations doivent nécessairement caractériser tellement les peuples chez qui on les trouve, que ce ne pourrait être que pur hasard que les lois d'une nation puissent convenir à une autre.

La civilisation occidentale a tellement réagi sur elle-même dans les diverses communautés du monde, qu'elle a atteint un degré d'harmonisation relative sur bien des terrains. Les lois et usages commerciaux dans tous les pays civilisés du monde reposent sur des bases semblables. La banque et la finance sont internationales; les lettres de change, les billets à ordre, les actions et les obligations et les autres titres à ordre ou au porteur sont utilisés dans le monde entier. Le concept des sociétés à personnalité civile ou compagnies ne varie pas beaucoup dans n'importe laquelle des juridictions commerciales. Cela est dû non pas à leur ancienne origine, mais au fait que les Compagnies, en tant qu'entités juridiques, commencèrent dans beaucoup de pays au moment où elles faisaient en commun le commerce d'outre-mer durant la grande période de découverte du monde et d'audacieuses aventures commerciales, où beaucoup de pays adoptaient les mêmes agences économiques dans un commun effort de concurrence. Beaucoup de questions de droit maritime, si elles ne sont pas résolues à l'aide de règles uniformes, sont néanmoins considérées comme soumises à un droit quasi-commun auquel la Cour Suprême des Etats-Unis s'est reportée comme « au droit général des nations » (10). Edouard Lambert et H.-C. Brown (11) fournissent un autre exemple quand ils font remarquer que « la législation ouvrière est l'un des domaines du droit où la contagion de l'exemple est la plus forte et où l'attraction des grands courants internationaux de pensée juridique se fait le plus inévitablement sentir ».

Austin relie le droit positif à la morale en faisant de l'éthique l'une des parties de la pierre de touche qui doit être appliquée au droit positif, mais le sépare de l'autre branche de l'éthique qui forme la pierre de touche de la morale positive. Mais il est assez curieux de constater que le droit comparé, bien que reconnu comme ayant un objet de droit positif, n'est pas devenu l'une des branches de la philosophie juridique, qui, dans le système d'Austin, étaient soumises à la domination du principe général d'utilité. « Une loi humaine, dit Austin (12), est bonne ou mauvaise lors-

(9) *Esprit des lois*, t. 3.

(10) *The Belgenland*, 1885, 114 U. S. 355.

(11) *Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon*, tome 6, p. 444.

(12) *Lectures on Jurisprudence*, 1^{re} partie, § 137.

qu'elle s'accorde ou ne s'accorde pas avec la loi de Dieu telle qu'elle est indiquée par le principe d'utilité ». Et cependant il considérait la jurisprudence comparée ou « générale » comme n'ayant pas à s'occuper « de la bonté ou de la défectuosité de la loi en tant qu'éprouvées par la pierre de touche de l'utilité », sauf toutefois dans la mesure où elle fait appel à des considérations de ce genre dans le but d'expliquer les principes juridiques. Sur ce point, nous craignons qu'il ait été conduit à une impasse par l'intensité de sa propre analyse ; car, bien que le but immédiat de la jurisprudence générale soit une claire connaissance du droit positif dans les divers systèmes juridiques, indépendamment de l'existence de ces systèmes dans le temps ou l'espace, la science générale du droit, comme toutes les autres sciences, prendrait le caractère d'un simple enregistrement de faits, d'un conservatoire de leur souvenir, d'un musée de spécimens, si la constatation de l'utilité présente ou future n'en était le but final.

Austin cherche à justifier son point de vue en montrant les avantages résultant d'une étude de la jurisprudence générale, considérée comme la base de la loi anglaise ou de la loi des dépendances britanniques. Cependant il s'abstient d'appliquer sa propre conclusion d'utilité au droit en tant qu'institution dynamique qui s'élargit toujours du dehors et s'approfondit au dedans, qui n'est pas soumise à des notions fixes, mais qui, même lorsqu'elle est limitée à un seul système, est en état de flux perpétuel et soumise à des philosophies changeantes de la vie.

C'est en effet par les attitudes changeantes de l'intellect humain envers les coutumes et la morale que le droit se diversifie dans le temps et dans l'espace. Les processus inductifs qui résultent de l'étude de ces changements constituent la science de la jurisprudence comparative par opposition à la philosophie du droit.

Ainsi, par exemple, le juriste allemand Post s'élève contre tous les systèmes de philosophie juridique abstraite pour cette raison que les déductions sont individuelles. Comme un sens absolu ou objectif de ce qui est juste et de ce qui ne l'est pas n'appartient point à la nature de l'homme, nul système individuel de morale ou de conscience du droit ne peut être donné comme critérium.

Au contraire, Post soutient qu'une véritable philosophie du droit repose sur l'observation de la conscience morale et juridique de l'humanité, telle qu'elle ressort de la morale et des lois de tous les peuples et doit se développer par la comparaison de ces manifestations du juste et de l'injuste avec la nôtre propre.

C'est de cette façon qu'il voudrait substituer une base ethnique à une base individuelle dans la psychologie juridique ⁽¹³⁾.

La méthode ethnologique s'occupe des causes et des effets dans le progrès du droit en cherchant à établir jusqu'à quel point les peuples de conditions culturelles analogues développent des institutions juridiques analogues. Ainsi Post, par de nombreuses illustrations concrètes prises dans la vie de races et de peuples primitifs fort éloignés les uns des autres par leurs situations géographiques et quant aux milieux historiques

(13) A.-H. Post, *Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte*, p. XI.

auxquels ils se rattachent, cherche à démontrer que le régime tribal de communauté des femmes (*Geschlechts-Genossenschaft*) a été la plus ancienne organisation chez tous les peuples nomades et pastoraux. Aussitôt qu'ils se fixent, leur société se réorganise en petites unités territoriales, tout en conservant, bien entendu, bien des éléments de l'organisation primitive.

Dans la suite, des étapes successives de l'évolution mènent à l'Etat. Pendant la période de la communauté tribale, la coutume de la vengeance du sang en a été le corollaire parce qu'elle était le seul moyen de protéger la vie et la propriété.

A cette époque, la culpabilité ou l'innocence de la victime était secondaire, l'objet principal étant l'intégrité de l'ordre social sur lequel toute la vie de communauté était basée ; au contraire, l'Etat n'a pas besoin de punir l'innocent pour maintenir la justice et l'ordre. D'autre part, le meurtre à l'intérieur de la tribu n'est pas punissable dans le stage de l'organisation par tribus, tandis que dans l'Etat, la protection est accordée à tous sans tenir compte de la parenté.

A l'époque ancienne le mariage par la force (rapt) était permis parce qu'il encourageait le mariage de personnes qui ne sont pas du même sang ; dans l'Etat il est interdit, parce que le même but peut être atteint sans mariage par la force.

Dans la communauté tribale, le chef de famille peut vendre ou mettre ses enfants en gage ; dans l'Etat, il ne le peut pas, car ils constituent des éléments constitutifs de l'Etat.

Il est curieux de constater combien ces observations de Post semblent s'accorder avec les vues exprimées presque à la même époque par Sir Henry Maine, bien qu'il semble que ces deux autorités soient arrivées aux mêmes conclusions sans se consulter, comme cela se produit si souvent dans les sciences naturelles. Car, tandis que Maine affirmait avec insistance que la méthode historique devait être vivifiée et corrigée par la méthode comparative, Post s'employait à rassembler des matériaux venant d'un grand nombre de sources indépendantes, non pour des buts historiques, mais pour donner un nouveau fondement à la philosophie du droit.

Ainsi, on peut dire, pour conclure, que le rôle de la méthode comparative dans l'histoire et la philosophie du droit est d'obliger l'historien du droit et le philosophe du droit « à voir leur sujet comme un tout », pour adopter l'expression élégante d'Oliver Wendell Holmes. Ce grand juriste et savant américain, dans son Introduction à la *Continental Legal History Series*, déplorait à la fin de sa vie que les ouvrages de la science étrangère ne lui eussent point été accessibles dans sa jeunesse. Il faisait ressortir par ce contraste les résultats obtenus par les travaux de droit comparé de ces dernières années qu'il considérait, comme « si illuminants » que seule leur étude attentive peut faire saisir comment le droit est devenu ce qu'il est aujourd'hui, donner la compréhension de ses grandes généralisations ainsi que des raisons qui peuvent recommander le maintien du droit dans sa forme actuelle ou rendre désirable un changement ».

Puissent cette étude attentive et cette compréhension faire toujours partie de l'équipement des générations à venir d'historiens et de philosophes du droit.

L'IMPORTANCE DU DROIT COMPARÉ POUR LA SCIENCE DES FINANCES

Par Dr. Fritz NEUMARK

Professeur à la Faculté d'Economie Politique d'Istanbul

A. — REMARQUES INTRODUCTRICES

A l'époque où l'Economie Politique commença à s'instituer en véritable « science », les problèmes de la Science des Finances formaient une partie intégrante des traités d'Economie Politique. Cette constatation vaut aussi bien pour le système physiocratique de Quesnay que pour l'« Inquiry » d'Adam Smith, les « Principles of Political Economy and Taxation » de Ricardo, etc. Jusqu'à nos jours, certains auteurs adhèrent à la conception qui ne voit dans la Science des Finances qu'une partie ou annexe de l'Economie Politique. A titre d'exemple, je mentionne que l'économiste américain Taussig consacra le Livre VIII de ses « Principles of Economics » (Vol. II, 2^e éd. New-York 1920, p. 481 et s.) à l'étude de la « Taxation », que Colson considère la Science des Finances comme « une branche spéciale de l'Economie Politique » (Cours d'Ec. Pol., Livre Cinquième, éd. définit., Paris 1931, p. 1) et que plusieurs autres économistes français, tel que Truchy, traitent une partie ou l'ensemble des problèmes financiers dans leurs cours.

En général un tel « arrangement » des matières indique en même temps un concept déterminé de la nature et des fonctions de la Science des Finances. C'est le concept d'une Science des Finances « pure », c'est-à-dire purement *économique*. Il va sans dire que cette conception se trouve aussi dans des ouvrages qui n'accusent pas une intime connexion extérieure avec l'Economie Politique, mais qui sont formellement « indépendants ». Aujourd'hui ce sont surtout des auteurs anglo-saxons qui représentent encore l'idée d'une Science des Finances exclusivement *économique*, tandis que la plupart des financiers italiens et allemands dont un certain nombre étaient également partisans de la conception mentionnée dans le passé, l'ont abandonnée de nos jours.

En effet, en jetant un coup d'œil sur l'état actuel de la Science des Finances internationales, on constatera qu'une conception plus large du caractère des phénomènes financiers et des fonctions de la Science des Finances l'a emporté. D'une part, même des auteurs pour lesquels les problèmes économiques ont une prépondérance nette dans le traitement des phénomènes financiers, admettent que « Public Finance is one of those subjects which lie on the border line between economics and poli-

tics » (Dalton : *Principles of Public Finance*, 3^e éd., London 1926, p. 3); mais ce sont surtout des auteurs allemands (Colm, Jecht, Mann, Sultan), et italiens (Griziotti, Pugliese, Fasolis) qui s'efforcent de mettre en relief l'importance décisive des phénomènes *politico-sociaux* pour les Finances, opinion représentée en France notamment d'une façon convaincante par G. Jèze (*Cours de Science des Finances*, 6^e éd., Paris 1922, I, p. 5 et s.); Aspect politique des problèmes financiers, « Festgabe für G. v. Schanz », Tübingen 1928, vol. I, p. 20 et s.). D'autre part, c'est le facteur *juridique* qui rencontre aujourd'hui une considération plus ou moins large dans beaucoup d'études financières. Cette dernière constatation vaut surtout pour la moderne Science des Finances allemande, française et italienne. C'est que l'institution d'un « droit des finances », dont le centre de gravité est situé dans le « droit fiscal » et dont l'autonomie scientifique est reconnue de plus en plus (e. a. par Hensel, Trotabas et Griziotti) a entraîné une sorte de « division de travail » entre le droit et la Science des Finances. Aujourd'hui l'ancienne méthode d'« énumération » pure et simple a été remplacée par un emploi plus rationnel des données juridiques. On ne se contente plus d'une simple « description » des institutions du droit fiscal, mais on s'efforce d'en étudier les raisons d'être, les conditions et les effets économiques et sociaux de leur fonctionnement.

Ce qui est particulièrement intéressant et important, c'est le fait que la Science des Finances moderne se sert de plus en plus aussi des résultats d'études de *droit comparé*. Naturellement, il y a eu de tout temps des auteurs qui ont étudié des questions financières sur la base de recherches juridiques comparatives. Cependant, en général, il s'agissait : 1) d'auteurs qui n'étaient pas des théoriciens, mais des hommes d'Etat, hauts fonctionnaires publics, etc., et, 2) de monographies sur des questions plus ou moins spéciales. Aujourd'hui, on peut observer une tendance générale de la Science des Finances à collaborer étroitement avec le droit comparé; c'est qu'on a reconnu que « l'elemento giuridico è... parte indissociabile del fenomeno finanziario » (Pugliese : *Presupposti... di un corso di diritto finanziario e scienza delle finanze*, Siena 1936, p. 11).

Je me suis proposé de démontrer dans ce petit article à l'aide de quelques exemples, quelle est ou quelle pourrait être l'importance du droit comparé pour la Science des Finances. J'étudierai sous ce rapport, le domaine de l'imposition, des dépenses publiques et du budget. Le cadre très restreint de cette étude ne permet que des indications; mais j'espère que même celles-ci suffisent pour illustrer ma thèse et je serais fort heureux si elles donnaient lieu à des travaux plus approfondis et complets.

B. — DOCTRINES D'IMPÔTS, DÉPENSES PUBLIQUES ET PROBLÈMES BUDGÉTAIRES A LA LUMIÈRE DU DROIT COMPARÉ.

I. — DROIT COMPARÉ ET DOCTRINE D'IMPÔTS

Les doctrines d'impôts forment de nos jours la partie centrale de la Science des Finances. Il semble donc être légitime de commencer notre étude par un examen de l'importance des études de droit comparé pour ces doctrines là.

Je traiterai dans ce paragraphe : a) *la nature et le but de l'impôt* à la lumière du droit comparé; b) l'importance du droit comparé pour les *comparaisons des charges fiscales*; c) le problème de *la double imposition* et le droit comparé.

a) *Nature et but de l'impôt à la lumière du droit comparé*

L'impôt est un phénomène financier historique. En effet, au cours de sa longue histoire, il a plusieurs fois changé de caractère, en correspondance avec les transformations des idéologies et des données matérielles de la vie économique et politique. D'une « aide » pécuniaire plus ou moins volontaire, il s'est transformé en contribution forcée, obligatoire — d'une ressource subsidiaire, extraordinaire, en moyen fiscal régulier et qui prévaut nettement dans le système des recettes publiques de nos jours. Parallèlement à cette évolution, les idées et théories sur les fonctions, le but et la justification de l'imposition ont changé.

Dans une étude scientifique sur l'imposition moderne, il est sans doute permis ou même nécessaire de définir l'impôt eu égard à son caractère actuel, aux particularités qui lui reviennent aujourd'hui. De plus, il va sans dire qu'une notion générale, abstraite ne peut pas tenir compte de tous les détails ou extravagances qu'on peut observer dans le système d'impôts d'un pays exotique ou arriéré. Mais si l'on veut arriver à une doctrine d'impôts réaliste et dont la portée n'est pas restreinte à tel ou tel Etat déterminé, on ne doit évidemment pas faire abstraction ou trop négliger des tendances évolutionnaires nouvelles quand même celles-ci n'ont pas encore pu l'emporter d'une façon générale.

Or, c'est le droit comparé dont l'étude attentive est propre à écarter des erreurs, des fausses généralisations sous ce rapport. A l'aide de deux exemples, je veux m'efforcer de prouver cette thèse.

Beaucoup de théoriciens financiers adhèrent à l'avis qu'une bonne définition de l'impôt devrait comprendre une indication des fonctions ou du but de l'impôt. A mon avis, un tel concept ne s'impose pas; mais hypothétiquement, je veux l'admettre.

Dans bien des définitions modernes de l'impôt — surtout celles données par des auteurs français (p. e. Truchy : Cours d'Ec. Pol. 2^e éd., Paris 1927, II, p. 265; Allix : Traité Elém. de Science des Finances, 5^e éd., Paris 1927, p. 396, qui se réfère à Cauwès), — il est dit que le « but » de l'impôt serait de subvenir aux dépenses publiques ou aux besoins des services publics. De plus, soit dans la définition même, soit dans des explications complémentaires l'accompagnant, certains auteurs affirment que l'impôt serait caractérisé par ce que son montant est fixé d'une façon unilatérale par l'Etat. Examinons le fondement de ces affirmations, exprimées en général d'une façon très nette et absolue.

1. — Quant au *but* de l'impôt moderne, il paraît au premier abord qu'il est indubitable qu'il consiste effectivement à pourvoir à la couverture des dépenses publiques.

Mais des études comparatives du droit fiscal démontrent qu'il y a des contributions motivées uniquement par des raisons *extra-fiscales* et dont les rendements ne sont qu'une conséquence secondaire, non voulue par le législateur; de plus on peut constater que l'imposition, tout en subvenant

aux besoins fiscaux, est utilisée de plus en plus comme instrument de la politique économique, sociale, démographique, hygiénique, etc., quand ce serait même aux dépens du rendement fiscal. Les exemples en sont innombrables : je me borne à la simple mention des droits de douane protectionnistes, de certains impôts sur des boissons alcooliques, les grands magasins, les opérations de Bourse, les impôts sur les célibataires, les taxes sur les objets de « luxe », etc.; en outre, il est des différenciations du taux d'impôt pour des motifs extra-fiscaux (p. e. sociaux ou conjoncturels).

La plupart des auteurs financiers modernes semblent être disposés encore à regarder de tels phénomènes comme plus ou moins « exceptionnels », comme étrangers à la « vraie nature » de l'impôt actuel. Ils tiennent à l'opinion selon laquelle le but *essentiel et exclusif* de l'impôt serait le but *fiscal*. Par conséquent, on désigne un impôt dont le but principal est de nature « extra-fiscale », comme « pseudo-impote » (Einaudi) ou « Scheinsteuer » (Gerloff).

Or, un tel concept est trop étroit; il ne correspond plus à la réalité des choses. Un coup d'œil sur les récents travaux consacrés à l'étude comparative des éléments extra-fiscaux dans l'imposition internationale en fait preuve. (A comparer les études de Bräuer, Lampe et surtout l'excellent livre de M. Pugliese : *La Finanza e i suoi compiti extra-fiscali negli stati moderni*, Padova 1932). Le but exclusivement fiscal formait peut-être un des traits essentiels de l'imposition d'avant-guerre, c'est-à-dire d'une époque où le libéralisme dominait la vie économique et politique de presque tous les grands Etats et où la poursuite de buts extra-fiscaux à l'aide d'impôts était un phénomène exceptionnel. Pour le présent, vu les changements profonds de la politique économique, du concept de l'Etat, etc., l'aspect de l'imposition s'est modifié. Aujourd'hui, le droit comparé le montre à la Science des Finances, une notion *réaliste* de l'impôt ne peut plus faire abstraction du fait que, *très ordinairement*, l'impôt sert à des buts extra-fiscaux, et cela à part des effets économiques et sociaux décaillant en général de l'imposition telle quelle et du mode d'utilisation des rendements d'impôts.

Non sans raison, un auteur russe (Twerdochleboff) a dit qu'en réalité, l'« impôt fictif » serait de nos jours plutôt la règle que l'exception.

Eu égard aux différences considérables quant à l'importance relative des buts extra-fiscaux poursuivis par les systèmes d'impôts nationaux (à comparer p. e. sous ce rapport le système allemand, italien ou russe d'une part, le système anglais de l'autre), il convient, à mon avis, non seulement de ne pas comprendre le « but » de l'impôt dans la définition générale de celle-ci, mais d'établir un ordre de « types » de systèmes fiscaux classés selon le caractère particulier et la mesure d'application de ces buts extra-fiscaux.

2. — Le deuxième point à considérer concerne la *fixation unilatérale du montant d'impôt* par l'Etat. Pour éviter des malentendus, commençons par étudier la signification de cette formule.

Celle-ci se réfère dans le sens qui lui est conféré par tous les auteurs l'employant, non pas à la fixation générale de l'objet d'impôt, ni de la matière imposable, ni du taux d'impôt. Sans aucun doute, toutes ces déterminations sont faites par l'Etat; mais on pourrait se demander ce qu'il faut comprendre ici par « l'Etat ». Dans la plupart des pays civilisés,

c'est aujourd'hui le Parlement agissant en représentant des contribuables, qui collabore avec le gouvernement dans l'élaboration des lois fiscales contenant les précisions mentionnées. J'ai parlé de la « plupart » pour indiquer qu'il est des exceptions. En effet, on ne saurait plus affirmer d'une façon trop absolue que le droit des contribuables de voter les impôts serait « un élément *indispensable* de la théorie fiscale moderne ». (De Vitti de Marco : *Grundlehren der Finanzwirtschaft*, Tübingen 1932, p. 74-75); car il y a, comme on sait, des dictatures où — tel qu'en Allemagne — les contribuables n'ont effectivement plus aucune possibilité d'exercer un pouvoir sur le mode et la mesure des impôts.

Cependant, la formule en question ne vise pas ces problèmes-là. Elle se rapporte plutôt à la fixation de l'obligation d'impôt *individuelle* et veut exprimer l'affirmation que cette fixation est exclusivement un acte administratif — au dire de Jèze (*Nature et régime juridique de la créance d'impôt*, « R. S. L. F. », t. XXXIV, 1936, p. 195) : « La créance d'impôt prend naissance en vertu d'une manifestation *unilatérale* de l'autorité publique. Elle ne naît jamais d'un contrat ». Cette opinion qui, vu le caractère essentiellement politique de l'imposition, est au fond incontestable, est partagée par tous les auteurs juristes ou financiers s'occupant de cette question (Cf. e. a. Westendorf : *Die Steuervereinbarung*, « *Finanz-Archiv* », N. F., 1934, vol. II, p. 333 et s.).

Mais néanmoins, une étude attentive du droit comparé (y compris la juridiction fiscale) semble nous obliger à reviser un peu notre formule. En effet, depuis quelque temps, on peut remarquer des cas d'une *fixation conventionnelle*, donc « *bilatérale* » du montant de l'impôt individuel. (Cf. Hensel : *Die Abänderung des Steuertatbestandes*, etc., « *Vierteljahresschrift f. Steuer u. Finanzrecht* » I, 1927, p. 72, 82 et s.). Pour bien comprendre la nature de tels « accords » ou « conventions », il convient de les distinguer d'institutions analogues et de relever les raisons de leur origine.

a) Les *évaluations forfaitaires* et les *exemptions fiscales pour des raisons d'équité*, constituent des phénomènes analogues aux « accords fiscaux ». Toutes les deux entraînent inévitablement une modification de l'état de cause en matière fiscale. Mais tandis que les exemptions mentionnées sont motivées par des considérations d'équité, les fixations forfaitaires reposent le plus souvent sur le désir de simplifier la procédure fiscale : c'est pourquoi elles s'appliquent soit à de « petits contribuables » (cf. *le forfait dans l'impôt sur le chiffre d'affaires français ou dans le régime du monopole d'alcool allemand*), soit à de grandes entreprises commerciales pour lesquelles une assiette exacte des impôts directs se heurterait souvent à des obstacles insurmontables (problèmes d'évaluation des installations, stocks, participations à d'autres entreprises, etc.).

Formellement, ni les évaluations forfaitaires ni les exemptions pour des raisons d'équité n'impliquent des manquements au principe de l'égalité devant la loi ; elles se basent, d'ailleurs, toujours sur des autorisations accordées par la loi aux autorités de l'administration fiscale et qui limitent d'une façon plus ou moins rigoureuse le « libre arbitre », la libre appréciation de celles-ci. Mais quand même, on ne saurait nier que *matériellement*, les « clauses d'équité » *peuvent* aboutir à une certaine modification de l'état de cause en matière fiscale, que les fixations du montant d'impôt

faites à cause d'elles peuvent être motivées en partie par des considérations extra-fiscales (économiques, sociales, etc.) et qu'il existe effectivement souvent en elles un élément de « convention ». Cependant, il faut admettre que, du point de vue juridique, l'évaluation forfaitaire, de même que l'exemption pour des raisons d'équité, reste un acte administratif pur et simple, que « le contribuable ne fait qu'émettre une *prétention*, une *opinion*, une *acceptation* », tandis que la fixation proprement dite se fait quoique « sur demande du contribuable » unilatéralement par l'administration (Cf. Jèze, op. cit., p. 196; Hensel, op. cit., p. 61 et passim).

b) Par là, les phénomènes indiqués se distinguent des « accords » ou « conventions » sur le montant d'impôt individuel. On peut bien affirmer que de telles institutions sont « étrangères » au caractère essentiel de l'imposition — néanmoins, elles existent en réalité. Quant à leurs motifs, il y en a — à côté du désir de simplifier l'assiette, c'est-à-dire de s'« entendre » sur des matières imposables difficiles à évaluer exactement, désir qui est aussi à la base des « évaluations forfaitaires » — surtout deux : ou bien écarter des *incertitudes* quant aux créances ou obligations d'impôt futures, ou bien, pour un fisc déterminé qui se trouve dans une sorte de « concurrence » avec un autre, attirer des contribuables puissants.

a) La première raison est déterminante notamment dans l'imposition locale. Ainsi, déjà avant la guerre générale, les communes allemandes étaient autorisées par l'Etat à conclure des « accords » avec des contribuables sur le montant d'impôts communaux, pour une ou plusieurs années (cf. Haussmann : *Der Rechtsgrundsatz der Gleichmässigkeit im preussischen Kommunalabgabenrecht*, Berlin 1917). Dans de tels cas, la collaboration et même le consentement du contribuable étaient, sans doute, une *condition* essentielle de la fixation valide du montant d'impôt, fixation qui restait bien formellement un acte administratif, mais était réellement de nature conventionnelle et qui aboutissait toujours et nécessairement à une modification de l'état de cause normatif. Ainsi que je l'ai déjà indiqué, de telles conventions que l'on rencontre aussi dans l'époque d'après-guerre se font surtout avec de « grands contribuables » dont les paiements d'impôts sont plus ou moins décisifs pour le budget de recettes communal, de sorte qu'ils déterminent généralement le sort économique, financier et social d'une petite commune. (Cf. les exemples donnés par beaucoup de monographies sur les finances locales, tel que Feldhege : *Die Finanzwirtschaft der Stadt Buer*, Bigge, 1933, p. 105, 124 — conventions fiscales avec de grandes Sociétés minières). La certitude et la régularité des obligations et des recettes fiscales — voilà la base des avantages attendus de telles conventions et par le contribuable et par le fisc et qui sont susceptibles de rendre plus stable un élément important des calculs des entrepreneurs d'une part, des budgets locaux de l'autre.

β) Le deuxième motif d'accords fiscaux peut résulter d'une « concurrence » entre plusieurs fiscs. La plupart des exemples sont offerts de nouveau par la politique fiscale des communes allemandes, surtout celle suivie après la grande guerre. En effet, le développement économique et social d'une commune peut dépendre d'une manière décisive du point de savoir si elle peut ou non parvenir à attirer une nouvelle entreprise commerciale d'une forte capacité contributive. D'où la tendance de conclure avec de

tels contribuables puissants des « accords » pour plusieurs années, entraînant de véritables « rabais » par rapport aux obligations fiscales éventuellement à fixer selon la lettre de la loi. Du point de vue de l'entrepreneur, il y a un intérêt évident à passer de telles conventions; on a pu s'apercevoir que, à l'occasion d'une fondation ou d'un transfert projeté de grandes entreprises, l'entrepreneur commença par aller prendre des « offres » de différentes communes quant aux impôts réels à payer dans chacune d'elles. Du point de vue économique et social, la politique des communes, elle aussi, apparaît bien compréhensible et même justifiable; mais quand au point de vue juridique, on ne saurait nier qu'elle implique un manquement net au principe de l'égalité devant la loi.

Finissons par mentionner que de tels accords fiscaux ne se bornent pas exclusivement aux finances locales où leurs inconvénients juridiques ne sont peut-être pas trop sérieux, mais qu'ils se trouvent aussi çà et là dans la politique fiscale internationale. Ainsi, l'étude du droit comparé nous montre p. e. que des cantons suisses concluent parfois des conventions fiscales avec des contribuables étrangers pour des raisons analogues à celles que nous venons d'expliquer.

En résumé, nous pouvons donc constater que le principe de la fixation unilatérale du montant d'impôt, quoique maintenu comme tel, subit de nos jours certaines exceptions de fait, et en considération de ce qu'il paraît y avoir une certaine tendance d'expansion de tels phénomènes, la Science des Finances ne saurait complètement négliger ceux-ci dont l'existence lui est révélée par l'étude du droit comparé.

b) *L'importance du droit comparé pour les comparaisons des charges fiscales*

Le problème des comparaisons internationales des charges fiscales a gagné dans l'époque d'après-guerre une importance particulière — importance surtout d'ordre politique et qui résultait du fait que dans le Traité de Versailles ainsi que dans le Plan Dawes, on établit le principe dit « principe de l'équivalence relative des charges fiscales » et qui fut lié juridiquement, politiquement et moralement aux obligations de « réparations » allemandes. Malgré le point de départ politique de la littérature abondante sur notre problème publiée au cours des dernières 15 années, il faut admettre que la Science des Finances a pu en profiter largement. En effet, grâce aux recherches de beaucoup d'auteurs compétents tels que Angelopoulos, Colm, Dessirier, Gerloff, Gini, Holz, Pirelli, Seligman, Shirras, Stamp, etc., dont il convient de rapprocher certaines publications d'Offices de Statistiques (cf. surtout « Einzelschriften zur Statistik des Deutschen Reichs », n° 2, Berlin 1927, et n° 23, Berlin 1933), le problème peut aujourd'hui être considéré comme bien éclairci — ce qui ne veut d'ailleurs pas dire qu'il soit parfaitement « résolu ». Mais on est arrivé à marquer scientifiquement les possibilités et les impossibilités, c'est-à-dire les limites de calculs et d'estimations des charges fiscales relatives, internationalement comparables.

1. — Vu le caractère fort complexe du problème en question, on comprend qu'il existe plusieurs méthodes à l'aide desquelles on peut espérer aboutir à une solution satisfaisante. Après que la comparaison de som-

mes absolues par tête d'habitant (favorisée encore e. a. par Colson, op. cit. p. 485-86) a été réfutée pour des raisons convaincantes (cf. p. e. Angelopoulos : *Charges fiscales et dépenses publiques*, Paris 1932, p. 35 et s.), on peut dire que de nos jours ce sont surtout deux méthodes qui prévalent dans les travaux scientifiques.

a) L'une d'elles aspire à saisir aussi complètement que possible la charge fiscale totale d'une économie nationale, charge qui est mise ensuite en relation avec le revenu national, indice principal de la « richesse nationale » ; le pourcentage ainsi calculé est enfin comparé avec celui calculé d'une manière analogue pour d'autres économies nationales. Voilà pour la méthode dite « *méthode de statistique d'impôts* » ; elle se base sur des chiffres réels, mais elle souffre, entre autres, beaucoup du fait que le revenu national ne peut être exprimé que par un chiffre dont une fraction plus ou moins grande repose sur des évaluations (estimations) et non pas sur des calculs exacts : défaut inévitable et dont l'importance augmente en raison du fait que les procédés appliqués par les divers Etats diffèrent fort entre eux, portant ainsi atteinte à la comparabilité. (Pour d'autres manques de cette méthode, cf. Mann : *Deutsche Finanzwirtschaft*, Jena 1929, p. 72-3).

b) La deuxième méthode, c'est celle dite « *méthode du droit fiscal* » et qui a été suivie notamment par le Statistisches Reichsamt dans sa publication n° 23 déjà mentionnée. (Cf. aussi Lindahl : *Aksiebolagens beskattning i Sverige och utlandet*, Stockholm, 1931). Ainsi que l'indique le nom, cette méthode part des prescriptions des lois et ordonnances fiscales, pour constater ensuite, en appliquant celles-ci à des cas fictifs, mais « typiques », l'intensité de la charge fiscale entraînée par elles.

On comprend sans difficulté de quelle importance est le droit comparé pour des comparaisons internationales des charges fiscales basées sur la deuxième méthode.

2. — Pour mieux faire ressortir de quelle façon le droit fiscal comparé doit être pris en considération par cette méthode, prenons un exemple, en mentionnant tout de suite que la notion du « droit fiscal » doit être conçue aussi largement que possible, de sorte qu'elle comprend outre les lois proprement dites, les ordonnances ministérielles, les décrets, les décisions essentielles des tribunaux, etc.

Commençons par dire que chaque comparaison de charges fiscales peut viser soit un impôt particulier, soit un certain groupe d'impôts, soit enfin le total des charges fiscales (y compris les contributions locales, les contributions obligatoires aux assurances sociales, etc.).

a) En première hypothèse, supposons que l'on veut établir une comparaison internationale des charges découlant de l'imposition du revenu d'un individu. La « base » de cette comparaison serait le revenu touché par une « famille moyenne », ou bien une série de revenus typiques d'une grandeur et d'une provenance diverses. Souvent, dans des discussions non scientifiques, on se contente d'une comparaison de la charge « tarifaire » correspondant aux revenus mentionnés, telle qu'elle peut être déduite du tarif légal de l'impôt sur le revenu. Mais une telle comparaison qui ne considère pas le droit fiscal dans le sens le plus large, est tout à fait erronée. D'abord, il faut songer à ce qu'il y a beaucoup de déductions faites soit de la « base de l'impôt », ces déductions faisant différer le « reve-

nu imposable » plus ou moins fort du revenu réellement touché, soit du montant de l'impôt même. Qu'on ne pense qu'aux prescriptions françaises et allemandes concernant les déductions du « minimum d'existence » ou abattement pour « charges de famille », ou bien au système de « l'Income Tax » anglais qui jusqu'à un certain montant ne soumet qu'une fraction du revenu à l'impôt, pourvu qu'il s'agisse de revenus provenant de « travail ». De plus il faut soigneusement étudier le droit fiscal pour connaître si et dans quelle mesure d'autres déductions du revenu brut sont admises, par exemple pour intérêts passifs, frais de transports au lieu de travail, impôts directs, pertes d'exploitation de périodes antérieures, etc. Pour donner une idée des différences énormes qui existent sous ce rapport parmi les législations nationales, je mentionne qu'il y a quelques années, le montant du revenu d'un ouvrier célibataire qui était exempt de l'impôt sur le traitement et salaires (« minimum d'existence »), s'élevait en France au triple du montant allemand, mais à moins de la moitié du montant exempt aux Etats-Unis. Des différences internationales analogues sont révélées par des études comparatives du droit fiscal quant aux déductions sociales (en raison de « charges de familles »), etc.

b) Mais ce n'est pas tout. Supposons que l'on ait pris en considération non pas seulement l'impôt sur le revenu — l'impôt cédulaire de même que l'impôt global — mais aussi, le cas échéant, des impôts supplémentaires analogues, tels que des impôts communaux, d'église, qu'il s'agisse d'impôts sur le revenu subjectifs ou d'impôts réels, ou de taxes civiques, etc. Néanmoins, on constatera tout de suite qu'une telle comparaison limitée à l'imposition du revenu proprement dite est insuffisante. Pour la compléter, il faut considérer aussi les charges des impôts sur la fortune (y compris les droits de succession) et des impôts dits « indirects ». Cela suppose encore une fois, une connaissance approfondie non seulement des tarifs d'impôts (et, d'ailleurs, des « budgets d'ouvriers »), mais aussi d'une foule de détails juridiques. Qu'on ne pense qu'aux prescriptions sur l'évaluation des capitaux contenus dans les lois d'impôts sur la fortune et les successions.

c) Pourtant, c'est dans l'étude de la charge fiscale des entreprises commerciales et industrielles seulement que se manifeste toute la nécessité et l'utilité, mais aussi la difficulté, d'une considération du droit comparé. Ici, il faut étudier à fond non seulement le droit fiscal proprement dit, mais aussi l'ensemble des normes du droit commercial qui se réfèrent à l'établissement des bilans, à la fondation, la liquidation, etc., des diverses formes d'entreprises, en tant que ces actes donnent lieu à la perception d'impôts et de taxes. (Cf les études comparatives très détaillées dans « Einzelschrift n° 23 », *op. cit.*). On comprend, vu les particularités bien connues du droit anglo-saxon, que, pour beaucoup de problèmes, une étude comparative des charges fiscales qui embrasse l'Angleterre et les Etats-Unis, ne saurait éviter une recherche de décisions juridictionnelles, parce que la charge fiscale réelle dans ces pays ne peut être appréciée sans tenir compte de certains « cas », qui y sont relatifs.

En résumant, constatons que le droit comparé joue un rôle décisif dans les comparaisons internationales des charges fiscales, tant que celles-ci se servent de la méthode d'une comparaison de « types » sur la base du droit fiscal. Quoique cette méthode, au contraire d'une comparaison de la charge fiscale relative au revenu national ou à la tête d'habitant, ne saisisse pas

la charge réelle, mais une charge fictive, elle accuse par rapport aux autres méthodes, plusieurs avantages importants. Elle est peut-être plus difficile et compliquée; mais pourvu qu'on l'applique avec la prudence nécessaire, elle donne des résultats plus sûrs et satisfaisants ⁽¹⁾.

c) *Le problème de la double imposition et le droit comparé.*

Le problème de la double imposition est au fond un problème moderne, né de l'évolution de l'économie capitaliste. Parallèlement à l'internationalisation des actions économiques, son importance économique et financière tend à s'accroître de plus en plus. Bien que, dès avant la guerre générale, elle ait attiré l'attention de la Science des Finances et du droit financier, ce n'est qu'au cours des dernières quinze années que toute sa portée a été reconnue.

La double imposition est un phénomène ayant plusieurs sens (cf. Allix, op. cit., p. 497-99). Nous nous bornons ici à la considération des cas où une double imposition — en général involontairement — provient d'un concours de plusieurs fisces représentant des souverainetés originaires différentes sur une même matière imposable (cf. Oualid : Les solutions internationales du problème des doubles impositions, « R. S. L. F. », t. XXV, 1927, p. 5, et Spitaler : Das Doppelbesteuerungsproblem bei den direkten Steuern, Reichenberg 1936, p. 133). Ce sont surtout les questions des *doubles impositions internationales* dont se sont occupées, ces derniers temps, la science et la pratique financières. Entre autres, la Société des Nations et la Chambre de Commerce Internationale ont largement contribué à une solution rationnelle de ces questions.

Ce qui nous intéresse le plus, c'est le fait que presque dans aucun autre domaine, la collaboration entre Science des Finances et Droit comparé n'a été aussi étroite et aussi fructueuse que dans celle des problèmes des doubles impositions internationales. Un indice extérieur en est que les études les plus importantes sur notre problème ont été faites en partie par des juristes, en partie par des économistes ou financiers théoriques. Je me borne à la mention de Schanz, Lippert, Seligman, Jèze, Blumenstein, Dorn, Griziotti, Einaudi, Stamp et Spitaler. Or, sans doute, les problèmes de la double imposition sont au fond de caractère économique et financier, ce qui est admis même par certains juristes, tel que Niboyet (Les doubles impositions au point de vue juridique, Recueil des Cours de l'Académie de droit international, 1930, I, p. 5). Mais néanmoins, on ne saurait contester que ces problèmes ne peuvent être traités d'une façon satisfaisante sans avoir recours au droit comparé. C'est dans les mesures dirigées contre les doubles impositions, surtout les conventions internationales y relatives, que se manifeste le plus nettement la nature « mixte », à la fois économique et juridique, du problème. Cela se comprend sans peine, si l'on conçoit avec Dorn (Das Recht der internationalen Doppelbesteuerung, Vierteljahresschrift f. Steuer-

(1) Les explications du texte se bornent à une considération des charges fiscales du point de vue de l'économie privée. Pour les problèmes d'économie politique résultant d'une comparaison internationale de ces « chargés », cf. Neumark : *Probleme der Steuerbelastung*, « Mitteilungen des Verbandes oesterreichischer Banken », vol. XVII, 1935, p. 207 et s.

u. *Finanzrecht*, I, 1927, p. 198) le caractère essentiel des conventions sur la double imposition comme « la mise en harmonie détaillée de deux systèmes d'impôts ».

En effet, une exclusion ou atténuation contractuelle des doubles impositions internationales est une affaire économique et financière, mais qui intéresse évidemment en même temps aussi le droit international et le droit fiscal comparé. Il s'agit de « répartir » la matière imposable entre les Etats intéressés de sorte que l'on prend en considération et la situation économique des contribuables, et les particularités des systèmes fiscaux nationaux, telles qu'elles se manifestent dans les lois respectives. De plus, on doit naturellement considérer aussi les intérêts fiscaux nationaux. Or, il ne faut penser qu'à la notion de l'« homogénéité » et celle de l'« identité » des impôts à répartir ou à adjuger internationalement pour reconnaître la nature complexe de notre problème et qu'il exige des études comparatives économique-financières et juridiques. Un autre exemple d'une notion fort importante pour la doctrine de la double imposition et qui fait ressortir le caractère indispensable d'études juridiques comparées, c'est celle du « domicile », en opposition à la « résidence normale » (foyer permanent d'habitation). Enfin, même des notions apparemment aussi définies que celle de l'« établissement » commercial se révèlent à la lumière du droit comparé comme ambiguës (cf. Reuter : *La double imposition*, etc., « R. S. L. F. », t. XXXIII, 1935, p. 463 et s.).

En nous bornant à ces quelques indications rapides, constatons *en résumé* que les problèmes de la double imposition, si importants à l'époque de « l'économie mondiale » et qui garde son aspect international malgré toutes les tendances « autarchiques », sont peut-être le mieux propres à montrer le rôle de premier ordre que joue le droit comparé pour des questions ressortissant au domaine de la Science des Finances.

II. — DROIT COMPARÉ ET DÉPENSES PUBLIQUES.

La doctrine des dépenses publiques, on le sait, ne forme pas selon l'avis de tous les hommes de la Science des Finances une partie de cette discipline. Parmi ceux qui refusent de comprendre les dépenses publiques dans l'« objet » de la Science des Finances se trouvent entre autres l'ancien économiste Justi — « fondateur » de la Science des Finances allemandes —, Malchus, Leroy-Beaulieu, Kaizl, quelques financiers italiens et, de nos jours, surtout Gerloff. Mais la plupart des financiers modernes adhèrent à l'idée contraire — ce qui n'empêche pas, d'ailleurs, que l'on soit très loin d'un consentement quant à la délimitation de la matière et à la méthode à suivre.

Il y a quelque temps, G. Jèze (Cours de Sc. des Fin., Dépenses publiques, 6^e éd., Paris 1922, p. 30) a constaté que « peu d'ouvrages sont consacrés spécialement à l'étude des dépenses publiques *en général* ». Depuis lors, cet état de choses ne s'est pas modifié beaucoup. La seule exception sous ce rapport est formée par le travail — peu volumineux, mais riche en idées originales — sur la « Volkswirtschaftliche Theorie der Staatsausgaben » (Tübingen 1927) de G. Colm. Cependant, ce livre, tout en ayant contribué à élucider certains problèmes fondamentaux de la comparaison

des dépenses publiques, vise avant tout — ainsi que l'indique déjà le titre — les problèmes économiques. Par cela, il se distingue par exemple nettement de la manière dont la matière est traitée par Jèze, qui, à côté d'une recherche des « conséquences financières, économiques et sociales », s'occupe largement aussi de la « nature juridique » de la dépense publique. En correspondance avec une pareille conception complexe, le droit comparé joue un rôle important dans les études de Jèze.

En laissant de côté des questions qui sont plutôt des problèmes budgétaires que des problèmes des dépenses publiques, nous nous bornerons, dans les explications suivantes, à l'étude de quelques exemples dont personne ne doutera qu'ils ne font partie d'une doctrine des dépenses publiques financières proprement dites; ils appartiennent au domaine des *dépenses de personnel*.

1° Nul doute que la Science des Finances, en examinant cette catégorie de dépenses, ne saurait se passer d'une prise en considération du régime juridique des traitements, pensions, etc., pourvu qu'elle ne veuille pas se contenter de quelques constatations trop générales et abstraites. Mais ce n'est pas tout; dès qu'on s'efforce d'étudier la matière de manière approfondie, des recherches comparatives quant aux divers régimes de traitements, de pensions, etc. ou bien quant aux montants des dépenses y relatives s'imposent.

Evidemment, de telles comparaisons accusent une importance de premier ordre pour un examen financier des dépenses de personnel. Ce qui intéresse avant tout le financier, en faisant de telles comparaisons, c'est la question de savoir si, dans un Etat déterminé, les dépenses de personnel (en général ou d'une administration déterminée) sont l'indice d'une gestion « économique » ou bien « gaspilleuse ». Or, un tel jugement ne saurait se baser uniquement sur des données statistiques, si exactes et détaillées qu'elles soient; — jamais il ne peut être fait sans la connaissance de bien des détails juridiques puisés dans des études de droit comparé.

Comment savoir, par exemple, si les traitements des fonctionnaires d'un Etat sont relativement — c'est-à-dire en comparaison avec ceux d'Etats approximativement comparables — exagérés ou modestes? Est-ce qu'on peut se contenter de comparer les dépenses de traitements, soit en sommes absolues, soit par tête d'habitant, soit enfin par tête de fonctionnaire? Si l'on veut aboutir à des conclusions convenables, on ne saurait évidemment procéder ainsi. Il faut plutôt, d'abord, connaître à fond le régime juridique des traitements, des pensions et des indemnités. On doit savoir, par exemple, si (et à partir de quel âge) le fonctionnaire est nommé à perpétuité ou non, quels sont les accessoires de la solde d'activité, si — et le cas échéant, sous quelle forme (surtout avec ou sans « retenues ») — un régime de pensions (pensions de retraite, pensions aux veuves ou aux orphelins) existe, quelle est la « carrière » normale de certains « fonctionnaires-types », etc. On comprend qu'il faut savoir de plus si la solde d'activité augmente automatiquement selon le nombre des années de service ou bien si une augmentation n'intervient qu'au cas d'un avancement, si l'état de la famille du fonctionnaire est considéré dans la fixation de la solde ou non, etc. Enfin, sous un certain point de vue, il peut être nécessaire de prendre aussi en considération les charges fiscales à subir par le fonctionnaire, c'est-à-dire de borner la comparaison aux traitements nets.

Ce n'est donc qu'en se basant sur des recherches étendues de droit comparé que l'on peut arriver à une solution satisfaisante de la question mentionnée ci-dessus. (A comparer l'étude du Statistisches Reichsamt dans ses « Vierteljahreshefte » 1932/I, p. 112 et s. sur « Beamtengehälter in Deutschland, Frankreich und Grossbritannien » ; voir aussi Gottzmann : « Aufwand, Personal und Besoldung in... Deutschland, Frankreich und Grossbritannien », « Finanz-Archiv », N. F. 1, 1932, p. 439 et s.).

2° Voilà pour une considération *générale* des traitements. Mais nous voulons compléter nos remarques précédentes par une étude rapide des dépenses de personnel pour deux administrations *spéciales*, celle de Justice et l'Administration des Finances.

a) Du point de vue des dépenses, surtout des dépenses de personnel entraînées par elles, les *Administrations de Justice* diffèrent considérablement d'un pays à l'autre. Qu'on ne pense qu'aux particularités de l'organisation de la Justice Britannique en comparaison des Administrations de Justice continentales qui, de leur côté, se distinguent également plus ou moins entre elles. Seules des études de droit comparé permettent donc d'arriver à une appréciation juste des dépenses de ces administrations. C'est notamment, l'institution de charges honorifiques dans l'Administration de Justice Britannique — mise en parallèle par Bastable (*Public Finance*, 3^e éd., London, 1922, p. 79) avec l'armée volontaire anglaise et dont il convient de rapprocher pour certains pays des institutions analogues des Tribunaux de Commerce — qui porte atteinte à la comparabilité des dépenses y relatives. La même observation vaut pour des magistrats dont les revenus consistent totalement ou partiellement non pas en traitements proprement dits, mais en des « taxes » qu'ils perçoivent du public (greffiers, huissiers, etc.). Il va sans dire que, du point de vue des charges de l'Economie Nationale, une telle différence quant à la « méthode » du prélèvement importe peu ; mais pour l'appréciation comparative de la gestion financière de l'économie publique, elle doit toujours être prise en considération.

b) Quant aux « frais » de l'*Administration Financière*, c'est avant tout la question de la quote-part des recettes d'impôts bruts pris par ces frais, qui intéresse le financier. Or, encore une fois, des recherches juridiques comparatives et qui se réfèrent au droit fiscal aussi bien qu'au droit administratif s'avèrent nécessaires, si l'on veut fournir une réponse correcte à cette question. D'une part, c'est la structure du système fiscal, c'est-à-dire le nombre et le genre des contributions dont il est composé, qui, à côté de la structure du revenu national, influence largement les frais de perception relatifs ; car ces frais varient selon le mode de l'impôt. D'autre part, les sommes qui apparaissent comme dépenses de l'Administration des Finances dans les budgets d'Etat, dépendent évidemment de l'organisation du service de perception. Ainsi les dépenses mentionnées seront, toutes choses égales, moins élevées dans des Etats où, comme en Angleterre, la collaboration des personnes agissant « honorifiquement » joue un rôle important. Le même rayonnement vaut pour les cas où, comme en Italie, la perception de certains impôts se fait sous forme d'une sorte d'affermage ; en effet, les agents de perception italiens « per contratto », c'est-à-dire les « ricevitori provinciali » et les « essatori delle imposte dirette », choisis par voie d'adjudication, prélèvent des « taxes » qui effectivement forment des frais de l'Administration des Finances, bien que leur montant (à peu près 2 % des

sommes perçues) ne figure pas dans le budget de l'Etat. (A comparer sur le problème des frais de l'administration fiscale : Leroy-Beaulieu : *Traité de la Sc. des Fin.*, 7 éd., vol. I, Paris 1906, p. 348 et s. 853/54 ; Colson, *op. cit.*, p. 288 et s. ; *Einzelschrift z. Statistik d. Deutschen Reichs*, n° 2, *op. cit.*, p. 185 et s. ; A. de Stefani : *Manuale di Finanza*, nuova ediz., Bologna 1932, p. 6/7, 283).

Mais ce n'est pas tout. Une comparaison internationale ou intertemporaire exacte des frais de l'administration fiscale doit aussi prendre en considération des « charges cachées » autres que celles découlant de fonctions honorifiques, et de plus examiner la question de savoir si l'administration fiscale de l'Etat est chargée de tâches « étrangères », c'est-à-dire qui sont réellement du domaine de l'administration des finances locale ou vice-versa. (Cf. R. Bergmann : *Die Kosten der Reichsfinanzverwaltung*, Jena 1933, p. 40 et s.). En ce qui concerne le premier fait, il faut songer p. e. aux frais résultant pour les entreprises par les travaux de calcul, de transfert, etc., des montants retenus « à la source », pour l'impôt sur les salaires de leurs employés et ouvriers. Ce n'est qu'un exemple, mais l'importance des sommes estimées pour ce seul cas à 50 mill. de R. M. environ par an, montre que selon les particularités des systèmes fiscaux, telles qu'elles sont révélées par le droit fiscal comparé, de grandes divergences peuvent se produire. Le même vaut pour des charges « étrangères » à une administration financière déterminée, telles qu'elles découlent peut-être de la structure politique irrationnelle d'un Etat et du « compromis fiscal » entre l'Etat et les communes, ou bien entre l'Etat central et les Etats fédérés (à comparer les exemples donnés par Mann, *op. cit.*, p. 106/7 ; voir aussi H. Delpech : *Les aspects d'un fédéralisme financier*, Paris 1933, *passim*).

Les indications précédentes, nous l'espérons, permettent déjà d'apprécier approximativement l'importance que le droit comparé possède pour la doctrine financière des dépenses publiques. Cette importance se manifeste encore plus nettement dans le domaine des questions budgétaires et qui notamment visent, en une large mesure, également la dépense publique. Ce sont ces questions qui formeront l'objet de la dernière partie de notre étude.

III. — LE DROIT COMPARÉ ET LES PROBLÈMES BUDGÉTAIRES

Trop longtemps, le budget a été traité, par la Science des Finances, en pur phénomène de comptabilité. Il est vrai qu'il y avait aussi des études juridiques sur les questions budgétaires et qui prenaient en considération, dans une mesure plus ou moins large, les législations étrangères. Mais, généralement, la Science des Finances n'en profitait pas suffisamment pour ses propres recherches. Et pourtant, elle ne saurait jamais arriver à une explication exacte, à une conception intégrale des phénomènes budgétaires sans considérer les résultats des études juridiques, avant tout, du droit comparé.

C'est G. Jèze qui, dans ses célèbres travaux sur le budget (*Le Budget*, Paris 1910 ; cf. aussi Jèze-Neumark : *Allgemeine Theorie des Budgets*, Tübingen 1927) s'est servi, le premier, d'une manière de voir com-

plexe, examinant à la fois le côté financier, politique et juridique du budget. En même temps, il a appliqué une méthode comparative dont l'utilité pour la connaissance des problèmes budgétaires est hors de doute.

Dans mes propres études, je me suis, par principe, rallié à la méthode suivie par mon éminent collègue français et je suis heureux de pouvoir constater qu'aujourd'hui, elle a été reconnue presque unanimement en Allemagne.

A mon avis, la notion du budget est au fond de nature financière ; la notion juridique suppose, logiquement et de fait, la notion financière (cf. Neumark : *Der Reichshaushaltplan*, Jena 1929, p. 8). Mais quoiqu'on puisse former, sans doute, une notion financière du budget très générale et conséquemment applicable à tous les phénomènes budgétaires, il paraît utile de mettre à côté d'une telle notion générale une deuxième notion plus étroite et qui vise spécialement le budget *moderne*. Cette notion doit comprendre quelques éléments de la notion juridique, telle que la fixation par voie d'une loi, donc collaboration des Chambres, limitation des pouvoirs de l'administration en découlant, etc. (Neumark, *op. cit.*, p. 9/10). Mais en relevant ces faits, on concevra tout de suite, vu les évolutions récentes dans ce domaine, qu'il convient d'élaborer quelques « types » de budget modernes répondant aux divers systèmes du droit constitutionnel et budgétaire. C'est qu'en effet seules des études juridiques comparatives peuvent nous faire comprendre l'ensemble des phénomènes budgétaires à observer de nos jours.

Sans égard au régime du droit budgétaire respectif, on ne saurait donc jamais apprécier l'importance et la portée financières des institutions budgétaires. Les lignes suivantes s'efforceront de prouver cette thèse à l'aide de quelques exemples auxquels revient, à mon avis, une valeur symptomatique.

Le budget étant au fond un phénomène financier, il se comprend que sa fonction fondamentale doit être de nature financière. Or, cette fonction consiste en ce que le budget, comme plan rationnel et intégral de la gestion financière de l'économie publique, facilite (ou même rend seulement possible) l'établissement d'un équilibre stable entre besoins (dépenses) et moyens de couverture (recettes) de l'Etat. Voilà pour la fonction financière fondamentale du budget « idéal ». En réalité, le degré de la réalisation de ce but de la part d'un budget concret dépend essentiellement du régime juridique y relatif.

1° Prenons par exemple le fameux principe de « l'universalité » du budget, principe qui, comme tel, doit évidemment être reconnu toujours et partout. Mais la considération du droit constitutionnel et du droit financier comparés prouve qu'il y a, en réalité, quelques exceptions à cette règle idéale, exceptions dont l'importance et l'utilité financières doivent être jugées par la Science des Finances. Parmi ces exceptions, se trouvent entre autres des manquements au principe du « budget brut » formant partie du principe de l'universalité (Jèze-Neumark, *op. cit.*, p. 221 et s.; Neumark, *op. cit.*, p. 130 et s.). Sans doute, l'inscription dans le budget des rendements nets des impôts et taxes est susceptible de compromettre toutes les fonctions essentielles du budget ; elle est donc réfutée par la Science des Finances. Mais quant à l'inscription — si répandue de nos jours — des rendements nets d'entreprises publiques, telles que chemins de fer, P.T.T.,

etc., on est arrivé à l'avis qu'elle peut être utile ; car souvent, les avantages d'une gestion plus commerciale ou économique de telles entreprises, rendue possible par l'octroi d'une certaine autonomie budgétaire, l'emportent sur le désavantage de la non-inscription de leurs dépenses d'exploitation dans le budget général de l'Etat. Cependant, il faut bien préciser les conditions d'une application rationnelle du système en question, et pour cela, la prise en considération du droit comparé, des expériences faites avec des régimes juridiques différents, est indispensable.

2° Autre exemple : la question de la *signification juridique d'un crédit budgétaire*, c'est-à-dire la question de savoir si le gouvernement *peut* (« crédit-faculté ») ou *doit* dépenser (« crédit-ordre ») un crédit accordé par le Parlement et inscrit dans le budget (Jèze-Neumark, *op. cit.*, p. 156 et s.; Neumark : *Zur Fortbildung des Reichshaushaltrechts*, « *Vierteljahresschrift f. Steuer- u. Finanzrecht* », vol. 3, 1929, p. 435 et s.). Du point de vue de l'« économie » de la gestion financière publique, la solution de cette question (qui évidemment a aussi une grande portée politique) est d'une haute importance. Sous ce rapport, le droit comparé nous montre non seulement les diverses possibilités d'une réglementation juridique, mais aussi les raisons déterminantes de celles-ci. Il va sans dire que le financier théoricien doit attentivement examiner ces « données » juridiques.

3° Considérons, ensuite, brièvement le principe de « l'autorisation préalable » du budget (Jèze-Neumark, *op. cit.*, p. 189 et s.; Neumark, *op. cit.*, p. 283 et s.; Sundelson : *Budgetary Principles*, « *Pol. Science Quarterly* », vol. L, 1935, p. 254 et s.). Vu le caractère essentiel de « plan » du budget et son rapport intime avec les fonctions budgétaires fondamentales, on comprend sans peine l'importance financière revenant à une fixation « à temps » du budget, c'est-à-dire à une fixation avant le commencement de l'exercice auquel celui-ci se réfère. Mais, pour des raisons techniques, politiques, etc., on ne peut pas toujours éviter de manquer à la règle idéale. Dans de semblables cas d'un retard plus ou moins étendu, il s'agit de trouver des expédients qui portent aussi peu que possible atteinte aux fonctions financières du budget.

Cette tâche de la Science des Finances est beaucoup facilitée par l'étude des solutions offertes par le droit comparé : budgets et douzièmes provisoires, « Notetats », système de budgets rectificatifs, de prorogation du budget antérieur, des « Votes on account », etc. Bien que ces solutions différentes se trouvent généralement en correspondance non seulement avec les idées directrices du système politico-constitutionnel des Etats respectifs, mais aussi avec les particularités nationales de leur système financier, l'étude du droit comparé et les expériences faites avec les divers régimes juridiques permettent à la Science des Finances d'en déduire certaines connaissances générales pour la doctrine financière du budget. Car à part le côté politique du problème, il se comprend que les diverses solutions juridiques répondent, d'une façon plus ou moins différente, aux conditions exigées par la Science des Finances dans l'intérêt d'une gestion budgétaire rationnelle et solide.

4° Mentionnons en finissant que les remarques précédentes valent pour le principe de la « *spécialité quantitative* » du budget (Neumark, *op. cit.*, p. 299 et s.) aussi bien que pour celui de l'« autorisation préalable ». En effet, dans ses efforts pour arriver à des règles rationnelles pour le trait-

ment budgétaire de besoins fiscaux naissant au cours de l'exercice sans être prévus dans le budget original, la Science des Finances ne saurait se passer d'un recours au droit comparé susceptible de lui conférer des suggestions précieuses, qu'il s'agisse des normes du droit constitutionnel, du droit administratif ou des normes d'un droit spécifique de budget, telles que les diverses lois de comptabilité, la « Reichshaushaltsordnung » ou le « Budget and Accounting Act » américain.

En résumé, nous pouvons donc constater qu'aussi, ou plutôt que particulièrement les questions budgétaires forment un domaine où la Science des Finances doit intimement collaborer avec le droit comparé pour arriver à des résultats satisfaisants et approfondis. La preuve en est qu'aucun auteur représentatif de la Science des Finances moderne, en traitant le budget, ne néglige plus une étude attentive du droit comparé.

C. — CONCLUSIONS

Nous voilà à la fin de notre examen rapide du problème de l'importance du droit comparé pour la Science des Finances. Malgré leur caractère fragmentaire, les explications précédentes ont peut-être permis de se former une certaine idée de l'utilité ou bien de la nécessité d'une collaboration étroite entre ces deux disciplines.

Il va sans dire, que cette collaboration ne signifie pas qu'aucune d'elles devrait renoncer à sa manière spécifique de voir, à sa méthode particulière, à son « principe d'identité » sous lequel elle s'occupe souvent de la même matière. Mais il ne peut y avoir aucun doute que la collaboration indiquée ne soit susceptible de rendre plus « réalistes » et donc plus « justes » les résultats de chacune des deux disciplines.

Pour l'homme de la Science des Finances qui est convaincu des grands avantages qu'il y a à prendre en sérieuse considération le droit comparé, c'est une vive satisfaction que de pouvoir constater que les juristes occupés à étudier les institutions fiscales commencent, de leur côté, à reconnaître l'utilité de regarder les résultats des études financières. Pour le droit budgétaire, on a déjà tiré les conséquences nécessaires de cette connaissance (cf. les études de J. Heckel, Kühnemann, etc.). Quant au droit fiscal, on s'est jusqu'ici encore trop contenté de reconnaissances théoriques (Hensel, Waldecker), du moins en Allemagne, de sorte que l'on ne saurait complètement réfuter les critiques à ce relatives émises récemment par Pugliese (*Presupposti* etc., *op. cit.*, p. 15).

D'ailleurs, je ne me dissimule pas que, pour quelques lecteurs français, beaucoup de mes explications précédentes apparaîtront comme des constatations assez banales. En effet, les financiers français modernes — qu'il suffise de citer, encore une fois, le nom de G. Jèze — ne manquent presque jamais à prendre dûment en considération le droit comparé. En beaucoup de cas, cela s'explique déjà du fait qu'ils sont en même temps des juristes réputés. En partie, on peut le dire également de l'Italie où des chaires du droit fiscal sont souvent conférées à des financiers-économistes (cf. Griziotti : *Finanztheorie und Finanzrecht*, « *Zeitschrift f. Nationalökonomie* », vol. VII, 1936, p. 461). Cependant, pour d'autres pays, tels que l'Allemagne et les pays anglo-saxons, l'importance du droit comparé

pour les recherches financières n'a été reconnue qu'assez récemment et, encore de nos jours, beaucoup d'hommes de la Science des Finances ne se servent pas suffisamment des grands avantages d'une collaboration esquissés ci-dessus.

Si, moi aussi, je me suis efforcé dans mes modestes études sur des problèmes financiers de suivre dans la mesure du possible une méthode « complexe » et d'avoir toujours égard aux questions et solutions du droit fiscal comparé, je dois l'intelligence de l'utilité d'une telle manière de voir particulièrement à certains de mes éminents collègues français. Après avoir fait connaissance des ouvrages admirables de G. Jèze dont la « *Théorie générale du budget* » a pu être traduite par moi en Allemand, j'ai eu le grand honneur d'être invité, il y a six ans, pour des conférences à donner dans le célèbre « Institut de Droit Comparé » de Lyon ⁽²⁾, par le Directeur de cet Institut : Edouard Lambert, à l'honneur de qui est consacrée cette collection d'études. Dès lors, j'ai pu suivre d'un peu plus près l'œuvre magistrale du grand savant dont les services rendus au droit comparé sont reconnus par la république des lettres internationale. A côté de ces deux hommes, ce sont mes amis et collègues H. Laufenburger et F. Perroux qui, par leurs travaux bien connus, m'ont confirmé dans la conviction que la considération du droit comparé est indispensable à l'économiste et surtout au financier de nos jours.

En terminant, j'exprime l'espoir que les remarques précédentes contribueront un peu à répandre ailleurs cette conviction, ce qui serait une reconnaissance ultérieure des buts suprêmes visés par les travaux de l'homme à qui les études présentes sont respectueusement dédiées.

(2) Voir dans la *Revue de l'Université de Lyon*, 1932, les articles d'E. Lambert sur « Coopération universitaire internationale », et de F. Neumark, sur « Finances allemandes et crise économique ».

CHAPITRE III

L'HISTOIRE ET L'ETAT ACTUEL DU DROIT COMPARÉ DANS DIVERS PAYS

SECTION I

L'ALLEMAGNE

RADBRUCH, *Anselm Feuerbach, précurseur du Droit Comparé.*

KOSCHAKER, *L'histoire du Droit et le Droit Comparé, surtout en Allemagne.*

(Ces contributions publiées ci-dessus, Titre II, Chapitre V, respectivement § 23 et § 22).

WEHBERG, *Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre.*

WAHL, *Le Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht.*

(Ces contributions publiées, ci-dessous, Deuxième Partie, Titre IV, Chapitre II, Section I, §§ 55 et 56).

SECTION I

L'ANGLETERRE

LEE, *L'étude du Droit Comparé en Grande-Bretagne.*

WORTLEY, *Quelques réflexions sur la recherche scientifique.*

Il convient de rapprocher de ces études celles de M. GUTTERIDGE, *LA VALEUR DU DROIT COMPARÉ*, publiée ci-dessus, Chapitre I^{er}, § 24.

L'ETUDE DU DROIT COMPARÉ EN GRANDE-BRETAGNE

Par R. W. LEE

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Oxford.

Docteur honoris causa de l'Université de Lyon

Membre de l'Académie Internationale de Droit Comparé

Traduit par Alain PITIOT.

Licencié en Droit

Les Iles Britanniques semblent offrir des facilités particulières pour l'étude du Droit comparé. Elles contiennent en effet quatre ou cinq systèmes de droit en vigueur et conservent le souvenir de beaucoup d'autres. Des appels au Comité judiciaire du Conseil privé sont interjetés de toutes les parties du monde. Toutefois, il faut bien convenir que la science du Droit comparé nous trouve encore, pour reprendre l'expression de Shakespeare, une « *tardy apish nation* », plus disposée à suivre qu'à ouvrir la voie. Nous avons, cependant, nous aussi, nos pionniers sur ce terrain. Le livre bien connu de Saint-Germain : « *Doctor and Student* », publié aux environs de 1530, est une étude comparative de la « *Common Law* » et du Droit canon. « On n'y trouve aucune recherche historique et fort peu de critique systématique, mais c'est une comparaison de deux systèmes de principes et de règles de droit, entreprise dans un but défini, et conduite par un auteur fort au courant de l'un et de l'autre » ⁽¹⁾.

Au siècle suivant, John Selden égala ou surpassa Grotius tant par l'érudition que par l'intérêt de ses œuvres. Il y eut aussi, au XVIII^e siècle, des spécialistes du Droit comparé, quoique pour la plupart ils se soient plus préoccupés de démontrer la supériorité du Droit Romain que de poursuivre une marche d'investigations objectives. Un ouvrage de ce genre, dont la première édition date de 1704, fut celui de Thomas Wood : « Un nouvel « *Institute* » du Droit Impérial ou Civil, montrant dans quelques cas principaux en dehors d'autres observations, comment le Droit canon, le Droit de l'Angleterre, les lois et les coutumes d'autres nations en diffèrent. En quatre livres composés à l'usage de quelques personnes de qualité ». Cet auteur, très cultivé, s'efforce de démontrer qu'« une grande partie du Droit Civil se retrouve dans le Droit anglais et s'entremêle sans cesse avec lui ». « Nos juristes, dit-il, ont emprunté les règles et la partie de raisonnement du Droit civil, quoique beaucoup d'entre eux aient été

(1) « Histoire de la Jurisprudence Comparative », par Sir Frédérick Pollock. *Journal de la Société de Législation Comparée*. Nouvelle Série. Vol. V. 1903, p. 82.

portés à penser, sans doute, que cela avait été leur propriété dès le début parce qu'ils en avaient pris Possession, et le trouvaient à présent dans leurs Livres. Ils ont entendu dire que tout cela leur avait été transmis par leurs Druides ; en réalité, la Fleta, Bracton et le plus ancien de leurs écrivains sembleraient bien nus si chaque juriste romain leur avait ôté son propre plumage ». Un autre écrivain de la même classe fut John Ayliffe, connu également comme auteur d'un « *Parergon Juris Canonici Anglicani* ». Il mourut en 1792 et deux ans plus tard fut publié le premier volume d'une « *Nouvelle Pandecte du Droit Civil Romain...* montrant en quoi ce droit diffère des Lois municipales de Grande-Bretagne, du Droit canon en général et de la partie qui en est actuellement en usage chez nous en Angleterre ». L'auteur nous confie que ce travail a été « l'objet de ses soins et de ses peines durant la majeure partie de sa vie ». Mais ce livre ne fut pas un succès littéraire, et le second volume ne fut jamais publié.

A une époque plus récente, Lord Mackenzie, un juge écossais, à ce titre plus porté aux études comparatives que ce n'est le cas ordinairement pour ses collègues anglais, a produit un utile manuel intitulé : « *Etudes sur le Droit Romain, avec des vues comparatives sur les Droits de la France, l'Angleterre et l'Ecosse, donnant sous chaque matière du Droit Romain un bref résumé des institutions correspondantes dans les autres systèmes* ». La première édition fut publiée en 1862.

Pourtant ces œuvres et d'autres semblables ont pour objet premier l'exposition des Principes du Droit Romain. La Science du Droit comparé, comme nous l'entendons à l'heure actuelle, date de la deuxième moitié du siècle dernier. Nous trouvons fort peu de chose en ce domaine, qui force l'attention, avant la publication en 1861 de l'« *Ancien Law* » de Sir Henry Maine. Sir Frédérick Pollock, cherchant peut-être à atteindre une précision impossible, dit : « La complète reconnaissance de la nouvelle branche de la science juridique, doit, semble-t-il, être datée de l'année 1869. En cette année, la Société de Législation Comparée fut fondée à Paris et Sir Henry Maine fut nommé comme le premier Professeur de Jurisprudence historique et comparative à Oxford ». Cette assertion est tirée de sa leçon d'adieu faite à l'Université d'Oxford en 1903 (elle a passé dans le *Journal de la Société de Législation comparée* ; *ubi supra*). Trois ans avant, dans un rapport au Congrès International de Droit comparé, à Paris, il s'était exprimé en ces termes : « Vers 1860, les tendances qui s'étaient lentement formées pendant un demi-siècle, dans les travaux de spécialistes inconnus au gros public, s'épanouirent au grand jour avec une rapidité dramatique. C'était l'éclosion d'une nouvelle force intellectuelle. Chacun admira, s'étonna ou se récria selon sa manière de voir. Il y eut pendant un temps considérable des combats aux péripéties émouvantes. Au bout de dix ans, tout le monde parlait librement d'évolutionisme et de méthode comparée. L'opposition était déjà surannée. Après une autre période de dix ans, presque tout le monde commençait à croire que ces idées avaient été reçues de tout temps, et que, si elles passaient autrefois pour être hétérodoxes, cela pouvait s'expliquer comme résultat d'un simple malentendu ». (Congrès International de Droit comparé. Procès-verbaux 1.258. Rapport présenté par Sir Frédérick Pollock.)

Je ne suis pas en mesure de déterminer par qui ou comment Sir Richard Quain, un juge de la Division du Banc de la Reine de la Haute

Cour de Justice, qui mourut le 12 septembre 1876, fut amené à s'intéresser aux études de Droit comparé. Dans son testament, il laissa une somme de 10.000 livres grevée d'un intérêt viager pour encourager les études juridiques en Angleterre, et préconisa l'emploi de cette somme à la création d'une chaire de Droit comparé en accord avec une Université, un Collège ou une Institution publique — (*The Times*, 7 octobre 1876). — Le résultat de ce legs fut la chaire Quain d'Histoire du Droit et de Droit comparé à « University College » à Londres, devenue maintenant une chaire de l'Université. La fondation prit effet en 1894. Ce n'est peut-être pas un simple hasard que la coïncidence dans le temps de l'inauguration de la chaire Quain avec la création de la *Society of Comparative Legislation* : elle naquit au cours d'un Congrès, tenu à l'Institut Impérial à Londres, le 19 décembre de la même année, sous la présidence de Lord Herschell alors Lord-Chancelier. Une définition des buts de la Société publiée dans le premier volume du Journal de la Société, montre que « La société a pour but de se rendre utile tant aux corps législatifs qu'aux hommes de droit, praticiens, juristes et étudiants de la sociologie. A l'étude du Droit, la société appliquera la méthode comparative de recherches qui a déjà fait ses preuves. Elle rassemblera, résumera et classera les matériaux actuellement disséminés dans un grand nombre de périodiques ou que l'on ne peut trouver que dans des documents officiels dont fort peu de bibliothèques possèdent des exemplaires. Elle s'efforcera d'encourager par tout autre moyen l'étude du Droit Comparé. En particulier parmi ses buts, se trouve celui de rassembler tous les renseignements relatifs aux lois ou *Statutes* édictés et aux formes et méthodes de Législation employées dans l'Empire Britannique et aux Etats-Unis. Il n'est pas rare, lors de l'introduction de certaines mesures au Parlement, qu'on se réfère aux lois d'autres pays. A l'heure actuelle, les résultats d'expériences étrangères ne sont toutefois qu'imparfaitement et accidentellement portés à la connaissance de ceux qui pourraient en profiter ; des lois peuvent être proposées et adoptées dans une communauté de langue anglaise en complète ignorance de mesures similaires prises dans un autre pays et abandonnées après épreuve ou fortement amendées. L'on conçoit donc qu'on a avantage à s'instruire à la fois et sur le fond et sur la forme des législations ; et beaucoup d'erreurs pourraient être évitées si les précédents fournis par l'expérience d'autres nations étaient rassemblés et étudiés ».

Tels étaient les buts des fondateurs de la Société : ils n'ont été, c'est là le sort commun à toutes les affaires humaines, que partiellement réalisés. Aujourd'hui, la Société ne donne que peu de signes, — si elle en donne, — de vie corporative. La principale, peut-être la seule fonction de ses membres a été l'abonnement au Journal. Mais cette publication, éditée par une série d'hommes éminents, a pleinement justifié son existence. Le premier éditeur en fut le regretté sir John Macdonell bien connu par son œuvre importante dans le domaine du droit comparé. Sir Lynden Macassey, les docteurs F. P. Walton et F. M. Goadby se sont montrés ses dignes successeurs.

En particulier, le journal a rempli une fonction fort utile en fournissant un résumé annuel de la législation de l'Empire Britannique qui s'est élargi dans ces dernières années pour comprendre la législation de quelques pays étrangers.

En ce qui concerne l'enseignement du Droit Comparé, ce qu'il y a à dire a été dit dans le discours présidentiel que j'ai fait à Bristol l'an dernier, devant la « Society of Public Teachers of Law » et qui a été publié depuis dans le journal de la Société. Nous n'avons rien de comparable dans ce pays aux excellents Instituts de Droit Comparé qui existent sur le Continent européen ; tels que celui qui a été établi à Lyon par notre estimé collègue et ami, le Professeur Lambert. A l'Université de Londres, il y a la chaire R. Quain dont nous avons parlé plus haut : le traitement qu'elle comporte ne lui permet pas toutefois de s'assurer de façon exclusive le temps et les services du Professeur. A l'Université de Cambridge, le Professeur Gutteridge possède le titre honorifique de Professeur de Droit Comparé, reconnaissance bien méritée de sa situation éminente dans ce domaine. Ces derniers jours, le testament du regretté Mr. William Senior, avocat, a été rendu public ; il laisse, grevée d'une rente viagère, une somme de 60.000 livres au « Clare College » de Cambridge, affectée au progrès des études d'Histoire du Droit et de Droit Comparé (*Times*, 7 avril 1937). En saluant ce legs généreux, nous nous permettons d'exprimer l'espoir qu'il entraînera beaucoup d'autres personnes à suivre un si bon exemple.

QUELQUES REFLEXIONS SUR LA RECHERCHE JURIDIQUE

Par B. A. WORTLEY

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Manchester ()*

Traduit par Jacques LAMBERT

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

I. — LE COMITÉ DU CHANCELIER

Le 4 août 1932, le Lord Chancelier, qui a toujours montré un intérêt exceptionnellement vif pour l'éducation juridique, adopta ce que l'on a appelé une mesure historique, en formant, sous la présidence de Lord Atkin, un comité, composé d'un groupe de praticiens du droit et de non professionnels éminents, y compris quatre anciens présidents de cette société, « afin d'étudier l'organisation de l'éducation juridique en Angleterre ». Un des buts de ce comité, celui qui nous intéresse dans cette communication, était d'étudier la possibilité « de nouvelles dispositions en faveur de recherches approfondies en matière d'études juridiques ».

Après avoir envoyé un questionnaire à chacune des universités anglaises et après avoir entendu de nombreux avis, notre comité rédigea un rapport qui fut présenté au Parlement en juillet 1934 (1). Depuis lors, il semble bien qu'on a fort justement laissé le temps aux professionnels et aux autres personnes qui s'intéressent à la recherche juridique d'examiner le rapport et, autant que je sache, il n'a rien été fait pour mettre en œuvre les propositions du comité (2). Il peut sembler par conséquent que le

* Cette contribution est un extrait du *Journal for Comparative Legislation*, 1935, p. 128 et ss.

(1) 1934. Cmd. 4663.

(2) Cette communication a été publiée dans *Journal of the Society of Public Teachers of Law* en 1935, après avoir été lue au meeting annuel de cette société à Exeter. Depuis lors le Lord Chancelier a nommé un Comité Consultatif Permanent de l'Education Juridique, composé de praticiens et de membres de la Société ; la Société a écrit au Lord Chancelier pour conseiller la création d'un comité destiné à étudier la création d'un Institut de Recherche Juridique pour l'Empire Britannique et la Société a commencé la publication d'une liste des thèses, non publiées, déposées dans les bibliothèques universitaires. Voir le Rapport Annuel de la Société en 1936, publié dans le journal de la Société. L'auteur ne prétend pas que ces mesures aient été la conséquence de la publication de cette communication simplement parce qu'elles ont été prises après. Elles sont plutôt la conséquence des publications du Comité du Lord Chancelier sur l'éducation juridique. Voir un exposé lumineux des Etudes de Droit Comparé en Angleterre dans *Comparative Law and comparative Lawyers*, S. P. T. L. Journal 1936 par le Professeur R. W. Lee, adresse du Président à la Société.

moment soit particulièrement opportun pour présenter quelques opinions purement personnelles sur la recherche juridique en général, dans l'espoir de tirer profit de toute discussion qui pourra avoir lieu après la lecture de cette communication.

II. — LES TROIS TYPES DE RECHERCHE JURIDIQUE

Suivant le plan adopté dans le memorandum que lui avait soumis la Faculté de Droit de l'Université de Cambridge, notre Comité a fait, dans la recherche juridique, trois grandes divisions : recherche juridique historique, recherche juridique comparative, recherche juridique clinique. Examinons très brièvement ces trois rubriques.

a) *Recherche historique.*

Le rapport ne dit que très peu de choses sur la recherche juridique historique. C'est peut-être parce qu'on ne peut pas dire que l'Angleterre soit en retard dans l'étude de ce sujet. Le vaste travail qu'ont accompli et que sont en train d'accomplir Sir William Holdsworth, le Professeur Hazeltine, le Professeur Plucknett et bien d'autres, est trop bien connu pour qu'il ne suffise pas de le mentionner devant les membres de cette société. Un grand travail a aussi été accompli dans le but de faciliter la recherche en matière d'histoire juridique par diverses sociétés et institutions. La *Selden Society* s'est montrée si précieuse que les juristes écossais ont récemment décidé de la copier. Le *Master of the Rolls*, utilisant les pouvoirs qui lui ont été donnés par la section 144 A de la Loi de 1922 sur le Droit de Propriété (*Law of Property Act 1922*), a fait naître et a encouragé de nombreuses sociétés ayant pour objet la préservation des antiquités locales. L'Institut pour la Recherche Historique (*Institute of Historical Research*) n'a pas pour objet principal la recherche juridique, mais il entretient déjà un séminaire d'histoire juridique, et il est très fréquent que ses étudiants se livrent à des recherches sur des sujets juridiques. Tout étudiant sérieux et qualifié a la possibilité d'utiliser cet institut (qui, entre parenthèses, est un très bel exemple du développement minutieux et audacieux d'un idéal libéral de recherche), étant donné qu'il fournit un laboratoire d'enseignement par le moyen de séminaires, une bibliothèque de référence de premier ordre destinée aux chercheurs avancés et un centre de réunions. Tous les catalogues et l'équipement technique se trouvent à l'Institut, mais, comme l'a dit le bibliothécaire actuel ⁽³⁾, il n'est fait aucun effort pour se procurer tous les documents historiques possibles à seule fin de gêner ceux des étudiants qui sont trop paresseux pour se servir du *British Museum* et des autres bibliothèques de recherche.

b) *Recherche clinique juridique.*

La recherche de clinique juridique a été définie ⁽⁴⁾ comme « l'inves-

(3) *The Institute of Historical Research and its Problems* par G. Parsloe.

(4) *Report of Legal Education Committee*, p. 12.

tigation *ad hoc* des règles de droit et d'équité en général, dans le but de les faire modifier par la législation, lorsque... leur état actuel est tel qu'il entraîne des résultats anormaux ou injustes ou qu'il aboutisse à entraîner un certain degré d'incertitude ». Comme notre rapport l'indique, il a également été bien pourvu à cette forme de recherche par le Comité permanent du Lord Chancelier pour la Révision du Droit, qui est en étroit contact avec les professions juridiques.

c) *Recherche juridique comparative.*

En ce qui concerne le troisième type de recherche, le Comité de l'Education Juridique conclut que « la pleine importance de la question du progrès des recherches juridiques comparatives n'a pas encore été réalisée en Angleterre ; le résultat en est que, à cet égard, nous sommes en arrière de bien des pays continentaux ». En d'autres mots, en dépit du très admirable travail de pionnier accompli par le Professeur Gutteridge, Sir Maurice Amos et d'autres enthousiastes, et, en dépit de l'existence de la Société de Législation Comparée (*Society for Comparative Legislation*) il reste beaucoup à faire afin de fournir, dans le domaine du droit comparé, des facilités de recherches dignes de la métropole d'un grand Empire.

Nous pensons qu'un peu de réflexion montrera que l'importance grandissante du droit comparé, à la fois comme question d'importance pratique et comme matière de recherche académique, ne fait pas de doute.

Le développement rapide du commerce international et des communications, joint à la naissance de nouveaux Etats, a inévitablement fait surgir des problèmes juridiques qui ne peuvent être résolus de façon satisfaisante par des méthodes purement nationales. Le développement frappant du droit international privé n'est qu'une des conséquences des transformations économiques et sociales modernes. Il y a un fait aussi important dans le développement de ce qu'on pourrait justement appeler une nouvelle *lex mercatoria*, un nouveau droit commercial, basé, non pas tant sur la coutume que sur les conventions internationales, librement adoptées comme loi par des Etats souverains. Nous pouvons en citer comme exemple les conventions récentes concernant : la navigation maritime, la navigation aérienne, la télégraphie sans fils, la mise à exécution et la reconnaissance des jugements et des décisions étrangères et la législation qui maintenant a absorbé ces conventions.

Il est impossible de comprendre complètement le fonctionnement et les résultats soit de cette nouvelle *lex mercatoria*, soit des nouvelles règles de droit international privé, sans quelque connaissance de ce qui se passe dans des juridictions autres que la nôtre et sans quelques moyens d'accéder aux recueils d'arrêts et aux périodiques étrangers. On voit même croître autour de ce nouveau *jus gentium* une grande richesse de précédents judiciaires persuasifs et respectés. Tout ceci devrait être facilement accessible aux chercheurs et aux praticiens sérieux. Malheureusement ce n'est pas le cas bien que, comme le dit notre rapport, à Londres seul, « il y ait une collection sans rivale de matériaux accessibles à la recherche, qu'on trouve non seulement dans les bibliothèques de l'Université de Londres et

de ses collèges, des Inns of Court, de la Law Society, des tribunaux, mais aussi du Conseil Privé, du Foreign Office et du Colonial Office ; toutes accessibles aux étudiants inscrits. Et ce n'est pas tout, à cette liste, nous pourrions ajouter que la *Grotius Society*, la Société de Législation Comparée, la *Royal Empire Society*, ont à Londres des bibliothèques de valeur et qu'il existe, sans aucun doute, une grande quantité de documents de valeur dans d'autres villes d'université d'un bout à l'autre du pays. La section juridique de la Bibliothèque de la *Royal Empire Society* à elle seule contient ⁽⁵⁾ « une vaste collection d'ordonnances et d'arrêts de toutes les parties d'outre-mer de l'empire, qui arrive au total de plus de 20.000 volumes... ». L'attitude de cette société, qui a ouvert ses portes à tous les étudiants sérieux, est probablement caractéristique de beaucoup d'autres. En outre, les juristes comparatistes et les Instituts qui font un travail d'une si grande valeur sur le continent se sont toujours montrés des plus cordialement désireux de coopérer avec les étudiants anglais du droit comparé. Sans tenter un recensement complet du travail qui est fait sur le continent, nous pourrions prendre exemple du travail de deux de nos plus distingués membres étrangers, le Professeur Lévy-Ullmann, de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, et le Professeur Edouard Lambert, de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Lyon. L'Institut de Paris organise des séries de conférences sur des sujets de droit comparé par des juristes français et étrangers, entretient des séminaires de recherche pratique sur les méthodes, la traduction et la terminologie des droits étrangers, et publie des monographies sur les sujets les plus divers. Le travail des séminaires de recherche est divisé en sections concernant le droit privé, le droit public, l'ethnologie juridique, la législation des finances et l'économie politique. La place nous manque pour énumérer les nombreux sujets qui sont étudiés en ce moment sous chaque rubrique, mais le séminaire de droit privé, à lui seul, touche à des questions aussi diverses que les fonctions du consentement dans la formation des contrats dans les droits allemand, français, anglais, et à l'organisation des Cours suprêmes en Allemagne, aux Etats-Unis, en Roumanie, en Egypte, en Hollande, en Suède, en Belgique et dans l'U. R. S. S.

L'école de Lyon est particulièrement remarquable pour les études pénétrantes de droit anglo-américain qui ont été publiées sous la direction du Professeur Lambert ; par exemple, l'été dernier, certains membres anglais de notre société ont eu le privilège d'entendre, à l'Université de Lyon, une brillante « soutenance de thèse » par un étudiant yougoslave de l'Institut, qui comparait les principes de la Loi Uniforme de Genève sur la lettre de change avec ceux du droit anglo-américain.

Un plan très ambitieux d'étude du droit comparé privé, dans le but d'étudier la possibilité d'obtenir une plus grande unité parmi les systèmes juridiques du monde, est celui que finance le Gouvernement italien et qui est mené par une branche de la Société des Nations connue sous le nom Institut International pour l'Unification du Droit Privé. Le siège de cet Institut est à Rome ; il comporte une bibliothèque très complète sur les

(5) Prospectus de la R. E. Society, p. 5.

systèmes juridiques de l'Angleterre et des autres pays, et sous la direction du Président d'Amelio, il entretient un personnel permanent. L'Institut travaille en collaboration avec des juristes étrangers et il a récemment présenté à l'approbation du Conseil de la Société des Nations, un projet de loi uniforme sur la vente commerciale et sur la responsabilité des hôteliers, accompagné des rapports correspondants. Au cours de l'été, ces projets de loi seront distribués par le Secrétariat de la Société des Nations aux divers gouvernements intéressés, pour qu'ils donnent leur avis. Que notre pays doive ou non accepter et prendre une décision au sujet de ces projets, après qu'ils auront été soigneusement examinés, c'est une question que nous n'avons pas à discuter. Le fait important, à l'égard des travaux de l'Institut, c'est qu'il constitue un effort réel et sérieux pour examiner la question de la diminution des conflits de loi. Même, si pour quelques années, il n'y a pas de résultats pratiques, il doit arriver que le monde tirera profit du nombre des contacts personnels établis par l'Institut entre juristes des divers pays et du développement de l'esprit de coopération et de compréhension juridique auquel ces contacts donnent lieu.

Mais l'abondance même des documents disponibles pour la recherche en matière de droit comparé a ses inconvénients. Il devient de plus en plus difficile, non seulement de localiser, mais aussi de connaître l'existence de tout ce qui est publié même sur les plus ordinaires des problèmes juridiques internationaux. Sans négliger l'importance de la coutume comme source du droit, nous devons dire que, maintenant, la recherche en matière de droit comparé est essentiellement une recherche sur livres et sur documents. Et même, la recherche juridique moderne, quelle qu'elle soit, consiste en grande partie à oublier ce qui a déjà été décrété et décidé sur telle ou telle question particulière. La profession médicale a récemment découvert qu'il était nécessaire de réduire le prix et le volume de ses périodiques scientifiques ⁽⁶⁾. Les juristes peuvent un jour être contraints de prendre des mesures analogues. En tout cas, il semble clair à l'auteur que, à moins que nous ne soyons disposés à laisser pourrir dans l'obscurité de bibliothèques dispersées et sans contacts, ce que nous récoltons comme moisson juridique, il faudra faire quelque chose pour rendre accessible à une utilisation raisonnable la moisson de littérature juridique qui croît chaque année. A ce problème le rapport du Comité sur l'Education juridique apporte une solution simple et non génératrice de controverses.

III. — SOLUTION DE QUELQUES DIFFICULTÉS D'AUJOURD'HUI.

Notre Comité conclut que, « une des premières mesures pour promouvoir la recherche juridique serait la formation d'un catalogue central des bibliothèques juridiques de Londres » ⁽⁷⁾. Cette solution a déjà été prônée dans la *Law Quarterly Review* ⁽⁸⁾. Et il y a de bons précédents en faveur d'enquêtes sur des bibliothèques touchant à d'autres branches de

(6) Drs. Berry et Bonser dans *Nature*, 135, 1935, p. 664.

(7) P. 14.

(8) 49, L. Q. R. 472.

savoir. Il existe le catalogue publié par la *London School of Economics*, concernant tous les livres qui traitent de sujets économiques et que l'on peut trouver dans les bibliothèques principales de Londres ; il y a la Liste Mondiale des Périodiques Scientifiques, et j'ai entendu dire par des autorités compétentes qu'il sera bientôt publié un catalogue de tous les périodiques contenus dans les bibliothèques universitaires de Grande-Bretagne et de l'Irlande du Nord, qui ne se trouvent pas sur la liste mondiale des périodiques scientifiques. La tâche de constituer un catalogue de tous les documents disponibles pour la recherche juridique comparative ne serait pas impossible et l'auteur exprime le vœu sincère que le Comité qui a été suggéré dans le rapport et qui doit s'occuper des facilités de recherche soit bientôt constitué et commence ses délibérations.

Bien entendu, la confection d'un catalogue, même des Bibliothèques juridiques de Londres seul, entraînerait quelques dépenses, mais ainsi que l'expose le rapport, « ce serait une question d'importance pour l'ensemble de l'Empire et même pour les juristes de tous les pays... et pourrait bien sembler digne de l'aide du Gouvernement ». On se souviendra que le Gouvernement italien finance un projet bien plus ambitieux et on doit se souvenir que notre Gouvernement a prévu une subvention de £ 139.000 pour les dépenses du *Medical Research Council*, pendant l'année budgétaire 1932-1933 ⁽⁹⁾, « somme équivalente à celle de l'année antérieure, mais inférieure de £ 9.000 à celles des quatre années qui avaient précédé celle-ci ».

Nous pensons que le travail de rédaction du catalogue pourrait être fait à très bon marché. Dans ce but, on pourrait créer un petit bureau central sous le contrôle d'un juriste instruit dans le droit comparé qui en serait directeur. Le directeur pourrait recevoir l'assistance d'un comité de spécialistes et le travail effectif du catalogue pourrait être fait par deux ou trois juristes qui posséderaient une éducation de bibliothécaires et la connaissance des principales langues européennes ; on pourrait également désigner des personnes *ad hoc* pour faire un catalogue et traduire les citations d'ouvrages rédigés dans les langues moins connues. L'importance du personnel à employer dépendrait naturellement de deux facteurs : l'importance de la somme disponible et la durée de la période pendant laquelle on serait disposé à attendre le catalogue. Nous ne pouvons en dire plus.

Comme conclusion l'auteur aimerait présenter les suggestions concrètes suivantes :

1° Le petit bureau central qui a été proposé dans cette communication aurait pour objet principal la préparation et la mise à jour des documents disponibles pour le praticien et pour le chercheur en matière de droit anglais, colonial et étranger : ce ne serait pas en soi une bibliothèque ou une institution d'enseignement.

2° Lorsque le catalogue serait prêt pour l'utilisation, en totalité ou en partie, le personnel du Bureau Central pourrait servir comme bureau de contrôle afin de vérifier, conformément à des règles établies antérieurement, si les personnes qui désirent utiliser les documents des diverses

(9) *Report of the Medical Research Council*, 1934, Cmd. 4503, p. 5.

bibliothèques possèdent les qualifications nécessaires. Le Bureau pourrait alors faciliter la tâche de chacun en obtenant toutes les permissions préliminaires pour l'utilisation des bibliothèques spéciales.

3° Le Bureau pourrait tenir une liste de toutes les personnes utilisant le catalogue, de leurs thèses et de leurs sujets de recherches. On pourrait aussi tenir une liste volontaire du travail de recherche exécuté dans les universités britanniques et continentales. Ces listes faciliteraient la coopération entre les érudits engagés dans des recherches sur des sujets semblables ou similaires, particulièrement en matière de droit comparé. Il est tant de thèses académiques, par exemple, qui ne naissent que pour fleurir ignorées, alors qu'elles pourraient sans doute servir aux chercheurs de clinique juridique et aux praticiens lorsqu'ils se trouvent en présence de questions peu habituelles.

4° Lorsque le Bureau aurait achevé sa tâche préliminaire, on pourrait peut-être le compléter, afin qu'il serve de *clearing house* pour les renseignements concernant la recherche juridique. Il fonctionnerait en quelque sorte sur le modèle du *clearing house* américain en matière de renseignements sur le gouvernement local.

5° Si les locaux du Bureau le permettaient, ils pourraient servir de lieu de rencontre à ceux qui s'intéressent au droit comparé et ainsi favoriser la coopération avec les juristes étrangers et coloniaux.

6° Lorsque le Bureau serait bien établi, il pourrait peut-être commencer la publication d'un annuaire des lois de l'Empire, conçu sur le modèle récemment suggéré par le *Journal for Comparative Legislation* ⁽¹⁰⁾.

Nous croyons que tout ceci est très faisable et ne porterait aucun préjudice à tel projet de Faculté de Droit Impériale qu'envisagent pour l'avenir le Comité d'Education Juridique. Une Faculté de Droit Impériale est un rêve, qui peut être ou ne pas être réalisé avant bien des années, mais, il semble qu'il n'y a pas de raisons pour que les besoins immédiats de la recherche juridique comparative ne soient pas satisfaits.

(10) 1935. *Journal for Comparative Legislation*, p. 128.

SECTION III

LA BELGIQUE

VAUTHIER-LANDRIEN, *L'Institut Belge de Droit Comparé.*

(Cette contribution publiée ci-dessous, Deuxième Partie, Titre IV, Chapitre II, Section III, § 58).

CORNIL, *La complexité des Sources du Droit Comparé.*

(Cette contribution publiée ci-dessous, Titre IV, Chapitre Premier, § 31).

SECTION IV

LA FRANCE

GOULE, *La Société de Législation Comparée.*

(Cette contribution publiée ci-dessous, Deuxième Partie, Titre IV, Chapitre II, Section IV, § 60).

BASDEVANT-BASTID, *L'Institut de Droit Comparé de Lyon.*

(Cette contribution publiée ci-dessus, dans l'Introduction, Titre Premier, Chapitre III, § 1).

ESCARRA, *Le Droit Comparé et la Jurisprudence Chinoise.*

(Cette contribution publiée ci-dessous, Titre IV, Chapitre V, § 39).

LE BRAS, *Excursion des villages moï aux monastères cambodgiens ou de l'utilité des études comparatives dans le domaine du Droit canon.*

(Cette contribution publiée ci-dessus, Titre II, Chapitre II, Section I, § 8).

SECTION V

L'ITALIE

ROTONDI, *L'Institut de Droit Commercial Comparé de l'Université Commerciale L. Bocconi de Milan.*

GALGANO, *L'Institut d'Etudes législatives de Rome.*

(Ces contributions publiées ci-dessous, Deuxième Partie, Titre IV, Chapitre II, Section V, §§ 62 et 63).

SECTION VI

LE JAPON

SUGIYAMA, *Essai d'une conception synthétique du Droit Comparé*.
(Cette contribution publiée ci-dessus, Titre Premier, § 5).

SECTION VII

LA ROUMANIE

COSTIN, *L'Institut Social Roumain*.

(Cette contribution publiée ci-dessous, Deuxième Partie, Titre IV,
Section VI, § 64).

OTETELISANO, *Les Conceptions de M. E. Lambert sur le Droit Comparé*.

(Cette contribution publiée ci-dessus dans l'Introduction, Titre II,
§ 3).

TITRE IV

LES SOURCES DU DROIT COMPARÉ

CHAPITRE PREMIER

**VUE D'ENSEMBLE SUR LES SOURCES
DU DROIT COMPARÉ**

CORNIL, *La complexité des sources du Droit Comparé.*

LA COMPLEXITE DES SOURCES DU DROIT COMPARÉ

Par Georges CORNIL

Professeur honoraire à la Faculté de Droit de l'Université de Bruxelles

Docteur honoris causa de l'Université de Lyon

Membre de l'Académie Internationale de Droit Comparé

Le droit comparé est une discipline qui a des parchemins.

Sans parler de la vieille formation romaine du *jus gentium* qui impliquait une comparaison de régimes juridiques différents, il est permis d'affirmer que l'auteur inconnu qui composa, voici plus de 1500 ans, l'ouvrage auquel l'érudition de la Renaissance a donné le titre de « *Collatio Mosaïcarum et Romanarum legum* », s'adonnait déjà au droit comparé.

La caractéristique de l'époque actuelle est d'avoir élargi le cadre du droit comparé. Il convient de le remarquer dans une publication dédiée à Edouard Lambert qui consacra le meilleur de son activité scientifique à faire apparaître l'inéluctable élargissement de la conception et de la mission du droit comparé.

1. *Législation comparée.* — Au cours du XIX^e siècle, il y eut parmi les juristes une vigoureuse poussée de comparatisme qui, dans les pays de langue française, s'attacha d'abord presque exclusivement à la législation comparée.

Ce fut en 1834 la fondation de la Revue étrangère et française, continuée, à partir de 1844, sous le nom de *Revue de droit français et étranger*. Le but était de répandre en France la connaissance des institutions et des législations étrangères, afin de signaler les améliorations et les réformes qu'il était convenable d'introduire dans les lois françaises, en consultant l'expérience des peuples voisins (Consulter : *Revue de Droit français et étranger*, tome I, Paris, 1844; Avant-Propos). Que les comparatistes français de cette époque se soient confinés sur le terrain de la législation, ça n'a rien de surprenant pour ceux qui n'oublient pas que les professeurs de droit civil n'avaient pas encore dépouillé alors le titre officiel de professeurs de code civil.

La même délimitation de l'activité des comparatistes apparaît dans la dénomination de la Société de Législation comparée, fondée à Paris en 1869. En ouvrant la première séance de cette société savante, le 16 février 1869, le président Laboulaye remarque qu'il est naturel que chacun sente le besoin de connaître la législation et la manière de vivre de ses voisins. Il poursuit en affirmant que les comparatistes ne sont pas seulement à la recherche de quelques points de rapprochement plus ou moins

intéressants, mais que le but des comparaisons est de dégager de celles-ci une véritable philosophie du droit, qui nous permet de remonter aux principes de notre propre législation (Consulter : *Bulletin de la Société de Législation comparée*, n° 1, mars 1869, pp. 1 ss.). C'était donc l'esprit de nos lois, qu'il convenait de dégager d'une comparaison avec les législations étrangères. Et aucun comparatiste actuel ne songe à méconnaître les très grands services que continue à lui rendre l'*Annuaire de Législation étrangère* que publie, depuis 1872, la Société de Législation comparée.

Tandis que Laboulaye présidait à la constitution de la Société de Législation comparée à Paris, Asser, Rolin-Jaequemyns et Westlake fondaient à Gand une remarquable Revue, dont la brillante destinée ne cesse de se poursuivre et qu'ils dénommaient « *Revue de Droit international et de Législation comparée* ». Dans un article liminaire, écrit au début de l'année 1869, Gustave Rolin-Jaequemyns observe à son tour que l'étude de la législation comparée des divers pays civilisés décèle les exigences de l'humanité et du droit naturel : le but de la comparaison des législations doit être de faire comprendre les idées de droit et de justice universelles qu'il s'agit de satisfaire partout, sans affaiblir pourtant l'esprit national. (Consulter : *Revue de Droit international et de Législation comparée*, tome I, 1869, pp. 1 ss.)

Nous voyons donc que, simultanément et tout à fait indépendamment l'un de l'autre, le belge Rolin-Jaequemyns et le français Laboulaye expriment la même idée : le comparatisme doit conduire à la philosophie du droit; mais il faut l'envisager comme une science auxiliaire de la philosophie du droit. Mais pour ces deux penseurs, les ambitions du comparatiste ne dépassent guère encore l'établissement de rapprochements entre des législations nationales différentes.

2. *Doctrine comparée.* — Dans les pays de langue allemande, grâce apparemment à la diffusion des doctrines de l'école historique, le fétichisme des textes législatifs avait, au XIX^e siècle, des racines moins profondes : la science du droit (*Rechtswissenschaft*) y avait le pas sur la législation (*Gesetzgebung*). La science du droit avait pour tâche de découvrir les principes juridiques en interrogeant le développement historique des institutions, c'est-à-dire en procédant à des comparaisons dans le temps plutôt que dans l'espace. C'est cette méthode de comparatisme historique que Zachariæ proposait, en 1829, à une union internationale pour l'étude des problèmes européens; et parmi ces problèmes de l'époque, il citait notamment : la constitution représentative, les rapports de l'Eglise et de l'Etat, l'indépendance du pouvoir judiciaire, le perfectionnement de la législation civile et pénale. La solution de ces problèmes ne peut être demandée à la comparaison de seuls textes de lois; il faut attendre des éclaircissements infiniment plus sûrs de la comparaison des vues de savants, formés à l'école de l'histoire des institutions et du droit. (Consulter : *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, herausgegeben von Mittermaier und Zachariä, tome I, Heidelberg, 1829, pp. 1 ss.).

Lorsque, un demi-siècle plus tard, en 1878, fut fondée la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, on constate déjà par l'omission du mot *Gesetzgebung* dans le titre de la Revue, que la tendance s'est accentuée, qui place le comparatisme sur le terrain de la science du droit plutôt

que sur le terrain purement législatif. Dans un avant-propos sur la fin et les moyens de la science juridique comparée, les fondateurs précisent l'objet du comparatisme historique : la science juridique comparée doit nous apprendre, disent-ils, comment les peuples de souche commune élaborent indépendamment les idées juridiques qui leur sont transmises, comment un peuple reprend les institutions d'un autre peuple et les transforme conformément à ses vues propres, comment enfin, même sans aucun lien réel, les régimes juridiques de nations différentes progressent selon des lois communes d'évolution. (Consulter : *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft herausgegeben von Bernhöft und Cohn*, tome I, Stuttgart, 1878, pp. 1 ss.).

En somme, on le voit, c'est toujours à la philosophie du droit que doit mener le comparatisme. Celui-ci s'alimente désormais à la doctrine plutôt qu'à la seule législation des divers pays. A ceci s'ajoute que l'exemple des pays anglo-saxons avait depuis longtemps jeté le doute dans l'esprit des comparatistes continentaux, trop enclins à croire à la primauté, sinon au monopole ou à l'exclusivité, de la législation en droit comparé. Car déjà en 1829, Zachariæ (*loc. cit.*) remarquait que, dans la formation des doctrines juridiques anglaises, le droit issu de la pratique judiciaire occupait infiniment plus de place que le droit statutaire, c'est-à-dire la législation.

3. *Jurisprudence comparée.* — Aujourd'hui, sous l'impulsion vigoureuse de savants tels qu'Edouard Lambert, qui se penchent volontiers sur les systèmes juridiques anglo-saxons, il est communément reçu que le droit comparé doit chercher ses termes de comparaison autant dans les décisions judiciaires que dans les lois et la doctrine des juristes.

Pour favoriser le développement du commerce international, Lambert souhaite l'uniformisation du droit privé, dans ses principaux départements d'application internationale. La méthode habituellement appliquée en vue d'uniformiser la réglementation dans certains départements du droit des affaires est la suivante : des conférences internationales sont réunies, qui élaborent un texte uniforme, soumis ensuite à l'approbation des diverses législatures nationales. Les exemples les plus connus d'application de cette méthode sont les projets de réglementation législative uniforme du travail, élaborés par la Conférence générale du travail et le Bureau international du travail, et ceux d'uniformisation de la législation cambiaire, arrêtés en dernier lieu par une Convention réunie à Genève, en 1930, pour déterminer le régime de la lettre de change et du billet à ordre.

Chacun sait que ces efforts vers une réglementation législative uniforme des rapports d'affaires les plus empreints d'internationalisme n'ont donné en fait que des résultats fort limités. Ce qui entrave cette tendance unificatrice, ce n'est pas seulement la répugnance fort naturelle qu'éprouve un législateur à sacrifier des formules nationales qui lui tiennent à cœur, pour y substituer des formules d'importation étrangère, mais c'est aussi et surtout la force des traditions nationales qui étreint les juges, appelés à appliquer les textes nouveaux : de pays à pays, l'interprétation judiciaire d'un texte uniforme se diversifiera sous l'action des traditions nationales, et ainsi le but d'uniformisation ne sera pas atteint.

Ce fait apparaît que, pour avoir une vue exacte du degré d'uniform-

mité de la réglementation juridique dans un domaine déterminé, il ne suffit pas d'envisager la législation, mais il faut y joindre l'interprétation judiciaire ou jurisprudence. Aussi est-ce sans surprise que nous retrouvons Edouard Lambert parmi les créateurs du *Recueil international de Jurisprudence du Travail*, qui, depuis 1925, publie chaque année le résultat du dépouillement de la jurisprudence allemande, anglaise, française, italienne et américaine concernant le régime du travail. D'autre part, dans le cadre plus large de l'ensemble du droit privé, l'imposante publication de M. le professeur Salvatore Galgano poursuit depuis 1927 une revue détaillée de la Législation, la Doctrine et la Jurisprudence de la plupart des nations, sous le titre d'*Annuaire de Droit comparé et d'Etudes législatives* (Rome).

La constatation de la signification croissante du facteur jurisprudentiel à côté du facteur législatif, dans l'étude du droit comparé, reporte notre attention sur le problème général (historique et philosophique) de la fonction respective de la législation et de la jurisprudence dans la formulation des règles du droit. Il nous plairait de reprendre sommairement l'examen de ce problème général et fondamental, afin de mieux ordonner les sources complexes du droit comparé, et de découvrir aussi, dans le droit comparé lui-même, un facteur de perfectionnement du droit national.

4. *L'œuvre du législateur et l'œuvre du juge.* — La législation et la jurisprudence sont représentées communément comme deux départements de la réglementation juridique. Le rapport qui unit ces deux départements distincts est un rapport de subordination du droit jurisprudentiel au droit législatif ; car le juge doit rester toujours le fidèle serviteur de la loi, qu'il a pour mission d'appliquer, sans pouvoir la modifier.

Cependant on a reconnu depuis longtemps que le droit jurisprudentiel est fréquemment un complément du droit législatif. On a remarqué que les textes du législateur ne peuvent suffire à tout. Sans remonter plus haut, rappelons que Portalis, dans son célèbre discours préliminaire du projet de code civil, insiste sur l'impuissance du législateur à tout prévoir et à tout régler. « L'office de la loi, proclame-t-il, est de fixer par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application. De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines, qui s'épure journallement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation ».

L'idée de Portalis, préoccupé de défendre le législateur de la dangereuse ambition de vouloir tout régler, trouve son prolongement dans le système actuel des standards juridiques, c'est-à-dire de la formulation de directives générales, auxquelles le juge aura égard en nuancant ses décisions selon la variété des espèces particulières qui lui sont soumises (Sanhoury, *Le Standard juridique*, dans le *Recueil d'Etudes en l'honneur de François Geny*, tome II, Paris, 1934, pp. 144 ss.).

Aujourd'hui le lecteur attentif des recueils de jurisprudence est bien

obligé de constater que, dans la réalité, le droit jurisprudentiel ne se borne pas à prolonger ou compléter le droit législatif, mais qu'il lui arrive parfois de se dresser en face de celui-ci avec une puissance égale, sinon supérieure.

L'opposition du droit jurisprudentiel au droit législatif s'observe dans les sentences judiciaires qui consacrent des solutions inconciliables avec les textes légaux. Les exemples de ce genre sont nombreux et bien connus. On en trouvera quelques-uns aux pp. 55 ss. de mon « *Droit Privé* » (Paris, 1924), où l'on relèvera en outre quelques références qui permettent d'enrichir la liste de ces exemples, pris tous dans le cadre du droit privé. Plus récemment M. le professeur Simonius (Recueil d'Etudes en l'honneur de François Geny, Paris, 1934, tome I, pp. 205-206, 212) relève à son tour dans la législation suisse certains textes qui sont dénués de vigueur parce que les tribunaux s'abstiennent de les appliquer. Enfin pour donner une réalité plus éclatante encore à la constatation d'une opposition possible du droit jurisprudentiel au droit législatif, j'ajouterais volontiers quelques exemples empruntés à un département du droit généralement livré à l'empire exclusif et despotique des textes légaux, la procédure répressive : ils sont relevés par un haut magistrat qui, n'essayant pas de voiler sous les artifices d'une dialectique illusoire des réalités de la vie judiciaire, entretint ses collègues « De la nécessité de rendre à l'instruction préparatoire, en matière pénale, le caractère légal qu'elle a perdu ». (Discours prononcé par M. le Procureur Général, à l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'Appel de Bruxelles, le 15 septembre 1931).

Nous voici donc en présence d'un droit jurisprudentiel qui s'épanouit en marge et même à l'encontre des textes légaux. Comment concilier ce fait d'observation avec les dogmes de la séparation des pouvoirs et de la souveraineté du législateur ? Cette conciliation doctrinale s'obtient couramment au prix d'une hypocrisie manifeste. Le pouvoir judiciaire n'a d'autre fonction, dit-on, que d'appliquer la loi, et à cette fin sa compétence se limite à l'interprétation des textes légaux : c'est toujours la loi que le juge applique, même quand sa décision consacre une solution opposée à celle que semble imposer le texte légal ; ainsi, par exemple, le tribunal, qui proclame la validité d'une stipulation pour autrui, reste le fidèle serviteur du texte qui ne permet de stipuler valablement que pour soi-même.

Pareille subtilité, qu'on pourrait dénommer l'hypocrisie des expédients d'interprétation, aura pour résultat de communiquer à la masse populaire une foi peut-être salutaire, en entretenant chez elle l'illusion que tout le droit viendrait toujours soit directement soit indirectement du législateur seul. Mais s'il peut être parfois opportun d'entretenir, dans les masses, la mystique de la souveraineté du législateur, le penseur ne saurait être le jouet de purs artifices de la dialectique : le spectacle de la vie met le jurisconsulte, comme le moraliste, en face de réalités, que sa conscience doit accepter telles qu'elles, sans essayer de les voiler sous des artifices verbaux.

5. *La coutume et les textes.* — Si le droit qui s'épanouit en marge des textes légaux ne peut être enfermé dans le cadre du droit jurisprudentiel qu'au prix d'une hypocrisie, il apparaît que la dénomination « droit jurisprudentiel » est trop étroite pour désigner tout le droit qui déborde le cadre des textes légaux. Cette constatation devient plus éclatante encore,

quand on observe que, même dans nos civilisations actuelles, il arrive que certains éléments de la réglementation juridique se forment indépendamment de toute investiture, soit législative, soit judiciaire.

Bornons-nous à rappeler, à cet égard, le fait d'observation le plus concluant en même temps que le plus connu. Dans le grand commerce et spécialement dans le commerce international, on constate l'épanouissement de pratiques juridiques, étrangères à toutes injonctions du législateur, mais couvertes par un assentiment à ce point unanime, que leur légitimité n'est jamais mise en question devant les tribunaux. Dans le commerce international se forment des pratiques ou usages, qui deviennent constants quand ils répondent au légitime souci de faciliter des transactions parfaitement licites. Personne ne songe à contester la légitimité de tels usages, unanimement acceptés par les intéressés ; aussi lorsque les auteurs ou les tribunaux s'en occupent, c'est non pas pour consacrer leur légitime existence, mais seulement pour leur trouver une construction juridique idoine, qui les fasse entrer dans le cadre des systèmes juridiques nationaux, parfois dissemblables.

Voici, dans cet ordre de constatations, deux exemples importants et bien connus :

1° Dans la Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon, trois volumes (tomes 18 à 20, 1928) ont été consacrés par M. Masaichiro Ishizaki au droit corporatif international de la vente des soies, vaste système juridique, issu directement de pratiques constantes du grand commerce international, formées et consolidées en marge des diverses législations nationales.

2° Une autre espèce du même genre se trouve dans la pratique que le grand commerce a généralisée sous la dénomination de « crédit confirmé ». Cette combinaison ingénieuse, imaginée par les hommes d'affaires, a pris pied partout ; elle s'est répandue universellement, en dépit des particularités de la réglementation écrite du droit des affaires dans les divers pays. M. le professeur Georges Janssen a consacré naguère à cette opération importante une monographie remarquable (*Le Crédit confirmé en France et en Belgique, Etude critique*, Bruxelles-Paris, 1927) où l'on aperçoit clairement que la pratique du crédit confirmé s'est formée spontanément et répandue partout sans contestation, parce qu'elle répond à de légitimes exigences du grand commerce. Le seul souci que l'établissement spontané et indiscuté de la pratique parfaitement licite du crédit confirmé ait donné à la doctrine et la jurisprudence, c'est la recherche d'une construction juridique adéquate ou, si l'on préfère, de la coupe d'un vêtement qui soit à la mesure des règles essentielles de chaque droit national.

Nous voici en présence des deux constatations suivantes : 1° le droit législatif ou droit des textes légaux ne peut suffire à tout ; 2° un droit s'épanouit en marge des textes, et la dénomination « droit jurisprudentiel » est trop étroite pour le désigner.

La conclusion de cette double constatation, c'est que le droit extra-législatif, il faut avoir la franchise de l'appeler de son vrai nom « droit coutumier ». Il faut reconnaître que, malgré la complexité des lois écrites, dans les civilisations modernes les plus évoluées, le droit coutumier conserve une validité égale à celle du droit législatif.

6. *Sociologie juridique.* — La méthode la plus propre à déceler la for-

mation et le développement du droit coutumier est actuellement la méthode sociologique, c'est-à-dire la méthode d'analyse des faits sociaux, observés dans toute la complexité des agencements de la vie sociale. Grâce à cette méthode, tout phénomène particulier de la vie sociale est toujours situé dans l'agencement, observé et non imaginé, de toutes les variétés de réactions sociales.

Depuis le siècle dernier, principalement dans les pays anglo-saxons, des sociologues s'appliquent à pénétrer le mystère des mœurs des peuples dits primitifs. Ils se livrent, sur ce terrain, à un comparatisme fort utile : les croyances, les cultes, les usages et même le langage de peuples primitifs sont comparés, en vue de découvrir quelques-unes des idées directrices les plus anciennes de l'espèce humaine et de déterminer aussi les survivances de ces idées primitives dans la pensée moderne.

Pour autant qu'elles réussissent à déceler, dans un tableau de mœurs primitives, certaines coutumes juridiques, les recherches sociologiques constituent ce que l'on dénomme aujourd'hui la « Sociologie juridique ». Or si la méthode sociologique est apte à extraire de l'examen des mœurs le droit coutumier qui règne sans partage dans les sociétés rudimentaires, la même méthode sera propre à nous faire découvrir le droit coutumier qui, dans les sociétés plus évoluées, participe à l'ordonnance juridique aux côtés du droit législatif.

La faveur qui s'attache aujourd'hui à la sociologie juridique tient à ce que cette méthode, dit-on, puise directement aux sources du droit. Comment ceci doit-il s'entendre ?

Lorsque nous parlons de sources du droit, nous usons d'une métaphore qu'il n'est peut-être pas inutile de préciser. Le terme de comparaison, que nous utilisons, c'est la source d'eau vive qui jaillit du sol. Or la source, c'est-à-dire le point d'irruption de l'eau hors du sol, postule l'existence d'une nappe d'eau à l'intérieur du sol : la source n'engendre pas l'eau qui l'alimente, mais elle se borne à en révéler extérieurement l'existence. Semblablement les sources du droit sont des facteurs non pas de génération du droit, mais seulement de révélation du droit préformé.

Quel est le siège de formation du droit, d'où jailliront les sources du droit ? A mon sens, la réponse la plus satisfaisante à cette question peut être extraite de la doctrine de Léon de Pétrazycki (Consulter : un aperçu sommaire de cette doctrine dans les *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique*, Paris, 1934, n°s 1-2, pp. 180 ss.). L'idée de l'ordonnance sociale (dont le droit est aujourd'hui un département) se forme dans la conscience des hommes, où le spectacle de la vie fait surgir des émotions, soit attractives soit répulsives : ces émotions éveillent en la conscience le sentiment qu'il y a des attitudes à prendre et des attitudes à réprouver et éviter, c'est-à-dire en d'autres termes le sentiment de la nécessité d'une ordonnance sociale.

Sous quelle forme va se révéler extérieurement le sentiment intime de la nécessité d'une ordonnance sociale, quand ce sentiment sera commun, c'est-à-dire répandu dans la généralité des consciences ? Des émotions communes ont créé un sentiment général à l'intérieur des consciences ; ce sentiment général retentit à son tour sur la conduite ou le comportement des hommes les uns vis-à-vis des autres ; l'ensemble des réactions externes du sentiment intime général constitue ce que nous appelons les mœurs.

Ainsi entendues, les mœurs sont donc la source révélatrice de l'ordonnance sociale positive, communément acceptée, c'est-à-dire accueillie dans la généralité des consciences.

En résumé, l'idée de l'ordonnance sociale se forme à l'intérieur de la généralité des consciences; et c'est de là que nous voyons sourdre la source d'une ordonnance sociale positive, sous la forme des mœurs.

L'ensemble de l'ordonnance sociale est partagée aujourd'hui en compartiments : religion, droit, morale. Ce n'est pas ici le lieu d'expliquer ou de justifier cette division; et sans ouvrir une parenthèse sur ce point, nous nous tiendrons au seul aspect juridique (supposé connu) de l'ordonnance sociale.

Historiquement, voici comment les sources du droit positif, prises d'abord uniquement dans les mœurs, se sont multipliées ou plutôt ramifiées.

Dans un milieu social donné, l'ordre juridique se révèle d'abord en des concessions mutuelles, que l'expérience des intéressés rend usuelles ou traditionnelles : alors des circonstances identiques provoquent toujours les mêmes réactions ou le même comportement, sans que l'on songe à rédiger des règles de conduite obligatoires. Ceci est le stade d'un droit purement coutumier, qui ignore encore toute formule ou maxime.

L'observation d'attitudes constantes ou de pratiques usuelles ou traditionnelles conduit à la longue à formuler des maximes coutumières ou règles juridiques obligatoires : parce que nous observons que notre comportement est constant dans certaines circonstances, nous en déduisons que notre conduite est pliée à des règles impératives. Ceci nous introduit dans le stade des formules impératives ou maximes coutumières, qui apparaissent généralement à l'occasion de contestations et sont, pour cela, l'œuvre des plus anciens juges. Puis il advient que ces maximes coutumières soient réunies en des rédactions soit privées, soit même officielles.

Enfin un département spécial de la puissance publique est créé, qui a pour mission, dans nos civilisations actuelles, de formuler les règles impératives auxquelles il convient que soit pliée la conduite des citoyens : le législateur formule des lois qui sont interprétées et appliquées par le juge.

7. *Droit sociologique et Droit dogmatique.* — Le processus historique, que nous venons de schématiser, a multiplié les sources du droit, en ce sens que le droit nous est révélé maintenant, non seulement par les mœurs, mais en outre par des préceptes formulés en maximes coutumières et règles légales.

La conséquence de cette constatation est que, dans nos civilisations modernes, l'évolution du droit se poursuit sur deux plans et selon deux méthodes, parce qu'elle est tributaire de deux sources différentes : une source réelle, les mœurs, et une source formelle, les textes. En d'autres termes, on peut distinguer aujourd'hui deux départements de la réglementation juridique, à savoir : 1° un droit sociologique, qui use de la méthode d'observation combinée avec la méthode expérimentale, pour tirer sa substance directement des réalités sociales; 2° un droit dogmatique qui, par le raisonnement ou la méthode dialectique, est déduit des formules verbales de règles ou maximes.

Comment concevoir le rapport entre ces deux modes d'envisager l'ordonnance juridique ? L'erreur généralement répandue est que le droit sociologique et le droit dogmatique constitueraient chacun un point de vue

totalitaire, qu'ils seraient deux aspects du droit exclusifs l'un de l'autre, et entre lesquels il faudrait donc choisir.

Les juristes formalistes, qui tiennent pour la primauté ou l'exclusivité du droit dogmatique, prêtent au droit l'image d'une plante qui n'aurait d'autres racines que les lois écrites : la sève qui monte de ces racines serait l'aliment substantiel et uniforme faisant surgir tous les bourgeons de la plante, c'est-à-dire toutes les variétés et nuances de la réglementation juridique. Par contre le point de vue sociologique de la primauté des mœurs représente l'arbre du droit plongeant ses racines exclusivement dans le milieu social : tous les rameaux de la réglementation juridique en surgissent, et parmi eux il en est deux qui sont particulièrement vigoureux et s'enchevêtrent fréquemment, la législation et la coutume.

A mon sens, le point de vue dogmatique et le point de vue sociologique ne s'excluent pas mutuellement. Le rapport entre le droit sociologique et le droit dogmatique est infiniment plus complexe, et je vais essayer de le décrire tel que me semble le révéler l'observation de la réalité.

Le développement parallèle du droit sociologique et du droit dogmatique, parce qu'il s'accomplit par des méthodes différentes, crée avec le temps une discordance entre la substance du droit et son expression verbale. Quand cette discordance s'accroît, il convient, pour sauvegarder l'ordre social, de restituer un point de départ uniforme à l'activité fort disparate des deux branches, sociologique et dogmatique, du droit.

Faut-il rappeler le fait d'observation, qui est à la base de toute discordance entre le droit sociologique et le droit dogmatique ? La mobilité des mœurs imprime nécessairement à tout régime juridique purement coutumier un caractère mouvant et incertain. Aujourd'hui nos civilisations évoluées ont un besoin impérieux de stabilité et de fixité de l'ordre juridique. A ce besoin de stabilité et de certitude il est donné satisfaction par la rédaction de lois écrites. Seulement voici que, par sa fixité rigide, le régime des lois écrites conduit à l'immobilité du droit, c'est-à-dire rompt l'harmonie entre le droit figé dans des formules dogmatiques immobiles et les mœurs ou la substance sociale toujours mouvante.

C'est parce que l'existence sociale a, pour son ordonnance juridique, un besoin également impérieux de mobilité et de fixité, qu'il ne peut suffire au jurisconsulte de s'en tenir, soit au droit sociologique (qui satisfait surtout au besoin de mobilité), soit au droit dogmatique (qui satisfait surtout au besoin de stabilité). Ceci est d'autant plus vrai que la sociologie juridique et le dogmatisme juridique étant aiguillés, par leurs méthodes respectives, dans des directions différentes, la mise en œuvre de ces méthodes dissemblables accentuera encore la discordance des résultats obtenus.

8. *Action de la sociologie sur la dialectique interprétative des textes.* - Le rétablissement de l'harmonie rompue s'opérera alors en sacrifiant la forme au fond, c'est-à-dire en réadaptant la forme dogmatique aux exigences nouvelles du fond sociologique. Pour faire mieux saisir ce phénomène, donnons-en une figuration qui serre du plus près possible la réalité historique.

La substance du droit ou son fond sociologique étant perpétuellement mouvant, la forme dogmatique d'une règle de droit prend figure d'un jalon planté à une bifurcation du chemin que le droit poursuit inlassablement sous l'impulsion des mœurs. La formule d'une règle dogmatique du droit,

parce qu'elle précise un point fixe du tracé de l'itinéraire sans fin parcouru par le droit sociologique, satisfait au besoin de stabilité du droit dans toute société évoluée. Mais en même temps ce jalon, figuré par un texte, marque le début d'une voie oblique, orientée par la dialectique ou les raisonnements abstraits. Qu'il advienne maintenant que la voie oblique du droit dogmatique s'écarte trop de la large voie sans fin du droit sociologique : il convient alors de l'y ramener, fut-ce par les sentiers détournés que tracent les expédients ou artifices d'interprétation. Lorsqu'ainsi la grand'route aura été rejointe par ces chemins de traverse, on y replantera le jalon d'un nouveau texte de loi, et l'évolution continuera de se poursuivre, à partir de ce nouveau carrefour, sur les deux voies, sociologique et dogmatique.

L'image, que nous venons d'esquisser du rapport entre le développement du droit sociologique et du droit dogmatique, ne devrait pas faire croire à une ordonnance juridique toujours incertaine parce que tiraillée en des sens divers. Dans la réalité, l'évolution du droit s'accomplit généralement sans heurts ni soubresauts ; car on s'abuserait si l'on croyait à l'existence d'une cloison étanche qui séparerait radicalement la dialectique interprétative des textes, de l'observation sociologique des mœurs. L'expérience nous apprend, en effet, que l'interprétation des textes, si elle semble n'être tributaire en la forme que de purs raisonnements ou de déductions abstraites, reste pourtant en fait profondément influencée par le mouvement des mœurs ou les transformations du milieu social : pressé par les changements du milieu, l'interprète de la formule figée d'une loi affine ou même déforme son raisonnement, au point de tomber dans une dialectique d'expédients. Les artifices d'interprétation marquent le sentier qui ramène le droit dogmatique vers la voie centrale sociologique, pour qu'ici un nouveau jalon soit planté sous la forme d'un texte légal révisé.

La constatation de ce processus est généralement exprimée dans les termes suivants : Les subtilités de l'interprétation (doctrine et jurisprudence) s'efforcent de combler le fossé que le temps creuse entre le droit de la vie et le droit des textes ; aussi peut-on dire que le travail, souvent fort subtil, de la doctrine et de la jurisprudence prépare pour un futur législateur les formules dogmatiques nouvelles, plus adéquates à un stade nouveau du droit sociologique.

9. *Coutumes internationales et unification des droits nationaux.* — Après cette trop longue digression sur la formation et les méthodes d'épanouissement des droits nationaux, revenons au droit comparé et demandons-nous quel profit le comparatiste peut tirer des constatations faites au sujet de la genèse des droits nationaux.

Les assises du droit comparé étant les divers droits nationaux, il va sans dire qu'en élargissant la connaissance des droits nationaux on rend plus féconds les résultats de l'étude du droit comparé.

Le comparatiste trouvera assurément toujours de précieux enseignements dans le rapprochement de la représentation dogmatique du droit (législation, doctrine, jurisprudence) chez des peuples différents. Mais il convient aujourd'hui qu'il pousse ses investigations plus loin : il ne peut plus se contenter d'envisager les divers droits nationaux sous leur aspect purement dogmatique, qui nous est présenté à l'état statique par le législateur et à l'état dynamique par la doctrine et la jurisprudence ; il faut en outre,

pour que les ordonnances juridiques nationales rapprochées par le comparatiste soient envisagées dans leur totalité, que les éléments sociologiques du droit soient joints à ses éléments dogmatiques ; il faut en d'autres termes que le facteur dogmatique de développement du droit dans des formules verbales et des raisonnements abstraits soit étayé et contrôlé par le facteur sociologique qui observe le droit directement dans les mœurs. Ainsi les assises solides sur lesquelles s'édifiera l'œuvre du droit comparé seront, pour chaque pays envisagé, la dogmatique juridique complétée par la sociologie juridique, celle-ci décelant généralement un droit coutumier autonome qui anticipe sur la dogmatique et lui indique la voie à suivre.

Ce n'est pas seulement pour avoir une connaissance plus complète des droits nationaux à confronter, que le comparatiste doit joindre la sociologie juridique au dogmatisme juridique ; c'est aussi pour avoir une vue exacte et complète du développement du droit privé sur le plan international. On peut même dire qu'ici le rôle de la dogmatique juridique est infiniment plus réduit que celui de la sociologie juridique.

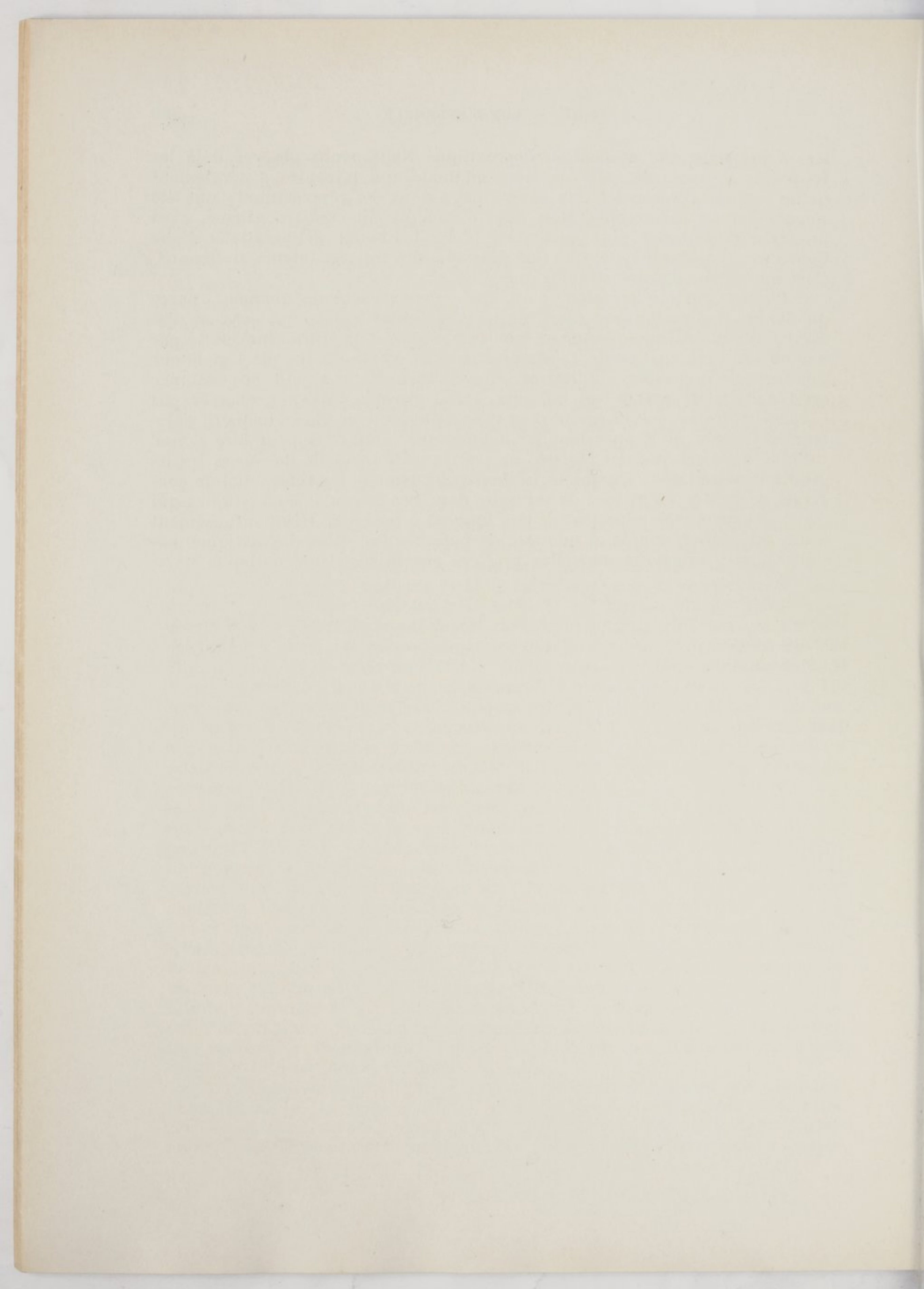
Pour illustrer cette dernière vérité, il n'existe peut-être pas de meilleur exemple que celui du crédit confirmé, que nous avons mentionné précédemment. La sociologie juridique ayant décelé sur le plan international la coutume du crédit confirmé, il convient de trouver à celle-ci, dans chaque réglementation juridique nationale, une construction dogmatique idoine. Or le crédit confirmé établit, entre le créancier-vendeur et le banquier-créditeur, des relations auxquelles il est impossible de donner une construction dogmatique adéquate dans les régimes juridiques qui s'insurgent encore contre la force obligatoire des promesses abstraites et des déclarations de la volonté unilatérale. (Cette démonstration est faite dans le livre de M. Georges Janssen, cité *suprà*). La conséquence en est que les données de l'observation sociologique sur le plan international exercent une pression directe sur la dogmatique des droits nationaux qui résistent encore à l'adoption de règles consacrées par d'autres législations mieux adaptées aux exigences sociologiques licites exprimées dans des pratiques constantes d'un droit coutumier international.

Voici donc un exemple concluant, qui nous montre comment des formations coutumières, observées sociologiquement sur le plan international, peuvent retentir directement sur l'évolution des règles dogmatiques du droit national. Ainsi nous percevons clairement comment le droit comparé peut donner une orientation heureuse au développement de droits nationaux, comment il peut devenir une source féconde et directement unificatrice des divers droits nationaux. Le droit sociologique ayant révélé sur le plan international des exigences impérieuses exprimées dans des pratiques constantes du commerce international, il arrive souvent que la dogmatique du droit ne satisfasse à ces exigences sociologiques que dans certaines législations nationales et non dans d'autres. Alors ce rapprochement aura montré l'intérêt d'une révision de ces dernières législations, en vue de réaliser une unification dogmatique, rendue souhaitable par l'observation d'une coutume internationale uniforme.

L'unification dogmatique accomplie directement par le droit comparé, dans l'exemple du crédit confirmé, mérite à un autre titre encore de retenir l'attention, à savoir : parce qu'elle met en œuvre une méthode pratiquement très supérieure à la méthode des Conférences internationales, appe-

lées à préparer une unification dogmatique. Nous avons observé déjà les fréquents insuccès de cette dernière méthode, qui n'inspire généralement qu'un respect révérenciel aux divers pays dont les représentants ont été solennellement rassemblés. Mais dans l'exemple du crédit confirmé, c'est un facteur beaucoup plus puissant que les brillantes délibérations d'une Conférence internationale, qui fait pression sur les législateurs nationaux. c'est un facteur d'ordre sociologique.

D'autre part la pression d'un fait observé sociologiquement, parce qu'elle est la pression que subit normalement tout législateur, sera en réalité tolérée moins impatiemment, que la pression d'un ultimatum dicté par une autorité internationale. Ce dernier procédé impose à chaque législateur une formule dogmatique uniforme, et c'est sans doute à cette circonstance qu'il doit la plupart de ses insuccès. Par contre la pression, exercée par l'observation des mœurs sur le plan international, crée chez chaque législateur un besoin de rapprochement dogmatique, auquel il peut être donné satisfaction sans que soit réalisée une uniformité formelle de toutes les législations nationales : chaque législateur peut avoir le légitime souci de conserver ce qu'il y a d'utile et de salubre dans des formules dogmatiques qui lui sont propres. Ne réussira-t-il pas souvent à procéder très heureusement à une adaptation souple et nuancée de pareilles formules dogmatiques nationales aux exigences nouvelles révélées sur le plan international ?



CHAPITRE II

LA COUTUME

SIOTTO-PINTOR, *Réflexions au sujet de la Coutume en Droit Interne.*

SENN, *La leçon de la Rome antique sur le fondement de la force obligatoire de la Coutume.*

(Cette contribution publiée ci-dessus, Titre II, Chapitre III, Section II, § 17).

Sur LA COUTUME EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC cf. l'article de M. GUGGENHEIM, CONTRIBUTION AU PROBLÈME DES BASES SOCIOLOGIQUES DU DROIT INTERNATIONAL, placé dans le Tome II, Troisième Partie, Titre III, Chapitre I^{er}, Section I, § 76.

REFLEXIONS AU SUJET DE LA COUTUME EN DROIT INTERNE

Par Manfredi Siotto PINTOR,

*Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Florence
et à la Faculté Royale de Droit de Guiseh (Le Caire)*

Traduit par Pierre GARRAUD,

Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Lyon

1. Occasion de cette étude. — 2. Les règles chevaleresques dans la pensée de B. Calamandrei. Objections et conception différente. — 3. Les principales vicissitudes de la coutume dans le droit romain, dans le droit canonique et dans le droit germanique. — 4. Le facteur spirituel et le facteur matériel de la coutume. — 5. L'instinct juridique et la durée de l'usage. — 6. La coutume et le Code Civil de l'Empire d'Allemagne. — 7. Conclusions; appréciation des usages sociaux, non juridiques.

1. — Une dissertation élégante et originale de P. Calamandrei sur la nature des règles chevaleresques ⁽¹⁾ m'a déterminé à reprendre l'examen du problème du droit coutumier dans l'ordre juridique interne, problème qui m'avait intéressé déjà il y a quelques années, lorsque j'avais eu à procéder à l'analyse critique des études critiques d'Antonio Ferraciu sur la coutume constitutionnelle ⁽²⁾. La répugnance que j'ai manifestée alors sous une forme assez vive à reconnaître la coutume comme une source immédiate de droit interne n'a pas diminué, mais au contraire s'est plutôt augmentée, à la suite de la lecture des pages, cependant attrayantes, de mon éminent ami Calamandrei, et il me plaît d'en exposer ici les raisons, en procédant en même temps à un nouvel examen des fondements, qui me paraissent assez chancelants, de la doctrine dominante sur cette question ⁽³⁾.

2. — Les règles chevaleresques constituent, selon Calamandrei, un ordre juridique non étatique, c'est-à-dire un ensemble de règles de droit ayant une force obligatoire qui ne dérive pas de la volonté de l'Etat. Qu'il s'agisse, au sens générique, de normes coutumières, cela ne paraît pas dou-

(1) *Rivista di dir. processuale civile*, 1929, p. 155.

(2) *Archivio giuridico*, S. IV, vol. IV, 1922.

(3) En ce qui concerne le droit international, v. mon essai : « Pour la révision de la théorie de la coutume dans le droit international », communication faite à la XVIII^e réunion de la Société Italienne pour le progrès des Sciences (septembre 1929). Aux *Actes de la Société*, 1930, t. II, p. 381.

teux; Calamandrei, toutefois, en évoquant à nouveau les disciplines des associations primitives, observe précisément que leur unique organisation juridique était constituée par ce système de coutumes, qui, aujourd'hui, atténué et ennobli, constitue seulement le code des gentilshommes.

Ce code n'est pas ignoré de notre droit. L'Etat, bien qu'il considère le duel comme un délit, punit, cependant, le duel en lui-même et les lésions personnelles ou l'homicide résultant d'un duel, comme des délits spéciaux et moins graves que l'exercice arbitraire de ses propres droits, ou que l'homicide ou les lésions ordinaires. Il y a plus : l'Etat a pourvu à régler la constitution d'un jury d'honneur à l'égard des différends chevaleresques entre militaires de l'armée de terre et de la flotte, et s'est engagé, en outre, dans la voie consistant à attribuer de l'importance aux règles chevaleresques, jusqu'à admettre que l'officier qui tient une conduite incorrecte au point de vue chevaleresque peut être soumis au jugement d'un conseil de discipline, et encourir la sanction d'une révocation s'il est déclaré, pour sa conduite, indigne de conserver son grade.

Calamandrei croit pouvoir déduire de là la transformation de la règle chevaleresque en une règle étatique, sa transgression étant frappée d'une sanction étatique. Je ne saurais adhérer à cette opinion. Je fais observer que les susdites sanctions disciplinaires ne sont pas, en principe et considérées en elles-mêmes, des sanctions au sens véritable et propre du terme, c'est-à-dire qu'elles n'ont pas le caractère de réaction contre la violation de l'ordre juridique. Elles sont plutôt des mesures consécutives à une constatation de non idoneité ou de moins complète idoneité d'un sujet à remplir une fonction déterminée ou à faire partie d'une catégorie donnée de personnes. La gravité du préjudice souffert par le sujet frappé par de pareilles mesures (préjudice assez souvent plus considérable que celui causé par certaines sanctions pénales ou civiles véritables et propres), ne doit pas induire en équivoque. L'officier révoqué de son grade, comme l'employé renvoyé de sa fonction, comme l'étudiant expulsé d'un Institut d'éducation, et ainsi de suite, ne sont pas (ou peuvent ne pas être) frappés pour avoir violé la loi, mais pour s'être placés dans des conditions d'incompatibilité avec la position qu'ils occupent. Si donc Carnelutti a pu dire avec exactitude, comme le rappelle Calamandrei, que la nature civile ou pénale d'une norme se déduit de la nature civile ou pénale de la sanction correspondante, on ne peut légitimement en inférer que le caractère étatique ou non étatique de la norme puisse se déduire de la sanction qui y est relative. Dans la première hypothèse, nous sommes en présence de modes différents d'accomplissement d'un dessein identique, à savoir le dessein de réagir contre la violation de l'ordre juridique. Dans la seconde, au contraire, il manque ce motif, d'identique nature, auquel on voudrait se référer; la mesure adoptée par l'Etat peut ne pas être en une relation quelconque avec le dessein de donner force et valeur à une véritable norme.

Ceci apparaît clairement, quand les mesures étatiques en question sont prévues en fonction de circonstances comme la mauvaise conduite privée, le manque de dignité personnelle, etc., qui bien évidemment n'ont que faire, même pas par répercussion, avec une norme juridique quelconque. S'il n'est pas concevable — mon éminent ami Calamandrei voudra, certainement, me le concéder — que, de l'existence d'une pareille sanction étatique, on remonte à l'existence d'une norme juridique correspondante (de bonnes

mœurs, de dignité personnelle, etc..., on ne peut parler, c'est clair, que du point de vue moral et social), pourquoi donc devrait-on argumenter autrement au regard des normes chevaleresques ? Peut-être parce qu'il y a une probabilité d'ordre formel qu'il plaise un beau jour, grâce à une circonstance fortuite, à un homme de talent et de réputation de compiler un code chevaleresque que les gentilshommes adopteront de bon gré comme leur évangile ? Précisément de nos jours, l'avocat Trombetti a lancé dans « Echos et Commentaires », l'idée d'un code moral. S'il procède effectivement à la rédaction de ce code, que celui-ci rencontre l'accueil très favorable qui a échu à celui de Gelli, et que l'Etat vienne à trouver opportun de faire allusion, de quelque manière que ce soit, à ce code, à propos de l'application de certaines de ces mesures, devrons-nous dire que les normes formulées par l'avocat distingué Trombetti se sont transformées en normes étatiques ?

Non, le Code Gelli, lui-même, si pris en considération qu'il soit, à certains égards, par l'Etat, est resté exempt, en toutes ses parties, d'une procédure quelconque d'étatisation. Les règles chevaleresques sont toujours ce qu'elles furent originairement : des normes coutumières, spontanément respectées dans le cercle d'une catégorie sociale, qualifiée, d'une manière plutôt vague, par l'expression de « gentilshommes ». L'Etat marque de la considération pour cette catégorie sociale, à laquelle, d'un commun accord, appartiennent les officiers de l'armée et de la flotte, et c'est pourquoi il tient compte des normes de conduite spontanément adoptées par les gentilshommes. Il inscrit bien le duel parmi les délits, en contradiction avec ces normes, mais, pour des raisons morales évidentes, il punit l'homicide et les lésions, conséquences du duel, de sanctions plus légères que celles établies pour les délits ordinaires, analogues certes, mais qui, en fait, ne leur sont en rien identiques, dans leur intime substance. L'application du droit commun est rétablie, lorsque, pour des circonstances que l'Etat détermine sur la base de critères propres (Code pén., art. 243) ⁽⁴⁾ et donc modifiables par là-même à sa volonté, l'identité est réputée subsister. L'Etat n'omet pas de protéger celui qui refuse d'observer les règles chevaleresques, puisqu'il menace d'une peine sévère quiconque offense ou désigne au mépris public une personne parce qu'elle n'a pas provoqué en duel ou parce qu'elle a refusé le duel, ou quiconque, en montrant son mépris, ou en menaçant de son mépris, incite autrui à se battre en duel (art. 244). Que si l'Etat semble ensuite tomber en une bien singulière contradiction, lorsqu'il expose l'officier qui a évité un duel à l'éventualité d'une révocation, cette contradiction se dissipe, comme cela a été expliqué tout à l'heure, quand on fait attention au caractère de cette mesure éventuelle. Avec cette mesure, on ne punit pas l'officier pour s'être abstenu de violer la loi, ce qui serait absurde, mais on l'exclut d'un milieu dans lequel, pour des circonstances qui ne peuvent être supprimées, et qui sont propres à ce milieu, il ne pourrait plus remplir son office avec le prestige nécessaire.

(4) *Note du traducteur.* — La contribution du Professeur Manfredi Siotto-Pintor, est la réédition d'un article écrit antérieurement à la mise en application du Code pénal italien de 1930; les textes qu'il vise sont ceux du Code *Zanardelli* de 1889, aujourd'hui remplacés par les art. 369 et suiv. du Code de 1930, les dispositions nouvelles reproduisant d'ailleurs la substance des textes antérieurs.

Ainsi une fois écartées les apparences qui pourraient entraîner à considérer certaines normes chevaleresques comme étatiques, il reste que l'on s'aperçoit qu'il s'agit de simples coutumes ou bien de simples usages, observés par libre choix, ou bien encore de véritable et réel droit coutumier, ou bien enfin de normes obligatoires au sens juridique, bien que non admises, non voulues par l'Etat.

3. — En cette matière, je professe, comme je l'ai dit autrefois, l'opinion de Bonfante, c'est-à-dire que je soutiens qu'il n'y a pas de place pour le droit coutumier dans la législation moderne, comme il en était aussi dans la législation romaine évoluée ⁽⁵⁾.

La coutume a eu sa raison d'être, tant que l'on a cru que le droit émanait de la volonté du peuple. Dans cette phase, le raisonnement de Julien (l. 32, § I, D. I, 3), est parfaitement logique : « *Cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea quae sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes, nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis ?* ». Mais, quand la fonction législative s'individualise en devenant l'attribution d'organes déterminés, les prémisses s'évanouissent, la déduction tombe, et Constantin déclare (1.2 Cod., *Quae sit...*, VIII, 52) : « *Consuetudinis ususque longevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem* ». L'efficacité de la coutume est réduite, ainsi, à des limites bien étroites, si elle doit céder non seulement à la loi, mais encore à la raison qui ne peut être représentée, on le comprend, que par le souverain ou par le juge ⁽⁶⁾. Bien évidemment le *iudicium populi* n'a plus de poids, et encore moins la *voluntas populi*.

Le droit canonique ne pouvait pas ne pas accentuer ce point de vue. Grégoire IX, dans la fameuse décrétale *Quum tanto* dénie à la coutume toute vertu dérogatoire au droit naturel ou divin, et admet qu'elle peut « porter préjudice », c'est-à-dire faire exception au droit positif, au cas seulement où elle est *rationabilis*, ce qui revient à dire (comme il résulte des autres sources) si elle n'induit pas à pécher, si elle n'est pas en contradiction avec les principes essentiels de l'Eglise, si elle ne se trouve pas en désaccord avec la nature de l'Eglise ou de quelque-une de ses institutions. Et ce n'est pas assez; le consentement de l'autorité ecclésiastique fut aussi, par la suite, reconnu indispensable. Pierre de Bellapertica et Jean d'Andrea considéraient encore comme efficace, par lui-même, le consentement du peuple, mais déjà Nicolas Tedeschi (le *Panormitain*) affirme que la coutume contraire aux canons ⁽⁷⁾ « *assumit vires non solum ex tacite con-*

(6) Ce n'est pas le cas, on le comprend, de m'arrêter aux débats sans fin auxquels a donné lieu l'interprétation du passage de Constantin, surtout à cause des efforts désespérés destinés à en tempérer la portée (v., pour toutes ces discussions, Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, Breslau, Marcus, 1899, p. 31-32 et A. Sturm, *Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht*, Leipzig, Duncker u. Humblot, 1900, p. 222-226). De quelque manière que le texte doive s'interpréter, l'opposition radicale au point de vue de Julien reste claire. Pour se rendre compte des vicissitudes de la pensée, au regard du droit coutumier, on lira avec grand profit l'ouvrage récent de René Wehrle, *De la coutume dans le droit canonique*, Paris, Lib. du Rec. Sirey, 1928.

(7) Il est à peine besoin d'avertir que la question essentielle est tout entière ici. La coutume *secundum legem* n'est qu'une interprétation, comme le dit fort bien Suarez,

sensu virorum ecclesiasticorum, sed auctoritate Papae permittentis induci consuetudinem contra canones ». Et François Suarez illustre la nécessité de cette exigence avec une logique impeccable. Il qualifie comme cause efficiente *immédiate* de la coutume la conduite des hommes (usage de fait) et comme cause efficiente *principale* le consentement du souverain. Ce consentement se confond avec celui du peuple dans les républiques où le peuple lui-même est souverain; il prévaut sur celui du peuple dans les monarchies tempérées, où le peuple participe à la législation par délégation du souverain, qui peut se réserver d'approuver les lois municipales comme les coutumes; il est indispensable dans les monarchies absolues (et par conséquent dans l'Eglise), où le peuple n'a aucun droit de légiférer et par suite aucune coutume ne peut être introduite sans le concours de la volonté du souverain, lequel peut ou bien donner une autorisation préventive à la formation d'une coutume, ou bien encore l'approuver ensuite, soit explicitement, soit « *videndo et non impedendo* », ou bien enfin déclarer, en général, que toute coutume qui réalise des conditions déterminées aura force juridique. En tout cas le consentement du peuple est bien essentiel, mais « *notandum occurrit, cum consuetudo ut est lex non inducatur principaliter a populo illam introducentem, sed a principe consentiente... nam voluntas principis est causa per se, voluntas autem populi est causa motiva et quasi occasio et petitio talis juris* ».

La doctrine ultérieure ne s'est jamais écartée sensiblement de ces principes, et je retiens, à l'encontre de Brie ⁽⁸⁾, que G. Phillips avait, à revendre, raison, lorsqu'il en tirait la conclusion que les coutumes, lorsqu'elles ne consistent pas dans une simple application de la loi positive, ne peuvent avoir de validité, sous la souveraineté de l'Eglise, que dans des matières en fait insignifiantes. Ce qui me paraît désormais nettement confirmé par les dispositions du *Cod. jur. can.*, particulièrement celles des c. 5 et 27, ainsi que du c. 25, qui affirment à nouveau énergiquement le principe d'autorité en déclarant que « *consuetudo in Ecclesia vim legis a consensu competentis superioris unice obtinet* » ⁽⁹⁾.

Que le même changement se soit vérifié dans le droit germanique, cela ne me paraît point douteux. Quiconque suit, sans idée préconçue, l'analyse très soignée des sources, donnée par Brie dans le § 30 de son remarquable ouvrage, ne peut pas ne pas se convaincre comme moi, que l'auteur s'efforce vainement de méconnaître la déchéance progressive de la coutume au fur et à mesure que s'affirme plus vigoureusement, en face des usages coutumiers sans valeur, le pouvoir législatif souverain du prince.

4. — Dans la doctrine moderne, le crédit de la coutume fut grandement rehaussé, comme on l'a remarqué trop souvent, par les œuvres justement célèbres des grands Maîtres de l'école historique, anxieux de mettre en lumière la raison et la signification profonde du phénomène de réception du droit romain en Allemagne. La foi, admirablement mise en lumière,

et pour la coutume *praeter legem*, elle tient bien peu de place, dans un régime juridique évolué. Il est à noter que le *Cod. jur. canon.* ne parle même pas de la première et place la seconde au même niveau que la coutume *contra legem*.

(8) V. *op. cit.*, p. 61, note 11.

(9) Pour une explication très soignée et pénétrante des dispositions du Code sur la question, v. Mario Falco, *Introduz. allo studio del C. iur. c.*, Turin, Bocca, 1925, p. 63 et s., et 118 et s.

de Puchta et de Savigny dans la conviction juridique populaire conquiert les esprits, et les vues des anciens jurisconsultes romains et de leurs imitateurs, les canonistes de la première époque, furent remises en grand honneur. Les « *pontifices maximi* » de l'école historique étaient tellement infatués de la conviction juridique populaire, qu'ils ne trouvèrent pas de difficultés à considérer les juristes comme les interprètes autorisés de cette conviction, et qu'ils n'hésitèrent pas à identifier avec elle, non sans quelque désinvolture, la *ratio*, qui, dans les sources romaines, est souvent citée comme fondement, et comme qualité nécessaire constitutive de la coutume ⁽¹⁰⁾.

Seulement, par suite, en réalité, de l'exaltation de ce facteur spirituel de la coutume, une question ne tarda pas à être remise sur le tapis, qui déjà avait été soulevée par les penseurs Médiévaux les plus pénétrants. Si la conviction juridique populaire constitue le fondement de la coutume, que faut-il faire de la qualité, qu'on exige cependant dans la doctrine traditionnelle, et qui consiste dans l'écoulement du temps et dans la fréquence des actes. En face de la définition de la célèbre *Summa aurea* d'Henri de Suse (Hostiensis) : « *Consuetudo est usus rationabilis, competente tempore praescriptus vel firmatus* », il y avait déjà l'affirmation de Pierre de Bellapartica, d'après laquelle l'usage n'est pas la cause de la coutume; la seule cause est le consentement du peuple, qui est simplement manifesté par l'usage. La fréquence des actes n'est pas nécessaire; le consentement du peuple peut également se manifester par un acte unique. Ce thème ne pouvait pas ne pas être repris soit par les fétichistes de l'esprit populaire, soit par les tenants des autres théories. Pour citer quelques exemples, Beseler ⁽¹¹⁾ dénie à l'usage presque toute valeur, et va jusqu'à déplorer que l'usage, avec sa force brutale et inconsciente, ait en quelque manière sanctionné la réception du droit romain en Allemagne, réception opérée par les juristes sans la participation de l'esprit populaire. Thöl ⁽¹²⁾ en arrive à dire que l'usage n'est pas l'unique source de la reconnaissance de la coutume. Il se peut aussi qu'il y ait un droit coutumier non mis en pratique. Bülow ⁽¹³⁾ soutient que l'usage a simplement une force de fait, mais non une vigueur juridique. Oertmann ⁽¹⁴⁾ parle d'un phénomène psychologique collectif, qui produit, par lui-même, le droit « par la grâce de Dieu ». Dahn, Stobbe, Leist et également Brunner ⁽¹⁵⁾ reconnaissent à l'usage seulement la valeur d'un moyen d'expression, non d'un élément constitutif du droit coutumier.

La force logique de ce point de vue est difficilement contestable. S'il

(10) Cf. Puchta, *Gewohnheitsrecht*, vol. I, p. 101, et Savigny, *System*, vol. I, p. 146 et p. 424.

(11) *Volksrecht und Juristenrecht*, 1845. Avec beaucoup plus de mesure, Gerber formule une pensée analogue, dans une leçon donnée en 1851 à l'Université de Tubingue, reproduite dans les *Gesammelte juristische Abhandlungen* (Iéna, Mauké, 1872) p. 7. Lui aussi, d'ailleurs, dit que l'usage n'est pas « *das bewusste Machen eines Gewohnheitsrechts, sondern die Aeusserung einer unbewusst wirkenden Rechtsüberzeugung* » (ib. p. 433).

(12) *Diritte commerciale*, vol. I, 5^e éd., p. 42, en note.

(13) *Gesetz und Richteramt*, 1885. Bülow, d'un autre côté, combat en général la doctrine du droit coutumier.

(14) *Volksrecht und Juristenrecht*, 1898.

(15) V. la citation chez Brie, *op. cit.*, p. 231.

était vrai que la conviction juridique et l'observation en fait constituent les éléments également essentiels de la coutume, quand donc une norme coutumière se modifierait-elle ? Je rappelle que cette objection m'est venue pour la première fois à l'esprit, en lisant une note lucide d'Anzilotti sur l'immunité de l'Etat étranger devant la juridiction interne ⁽¹⁶⁾. En critiquant une sentence contraire à la maxime coutumière de l'immunité, Anzilotti indiquait que l'opinion de la magistrature d'un seul Etat pourrait réussir à rompre le concert existant sur un point de droit, mais non à le modifier, si l'opinion universelle n'y est pas prédisposée. L'œuvre novatrice d'une jurisprudence particulière peut bien être quelquefois utile, quand elle n'est que le principe d'un changement, qui s'est généralement opéré, et qui aspire impatiemment à être reconnu et protégé par le droit; mais on doit condamner toute opinion inconsidérément innovatrice. On peut répondre, me semble-t-il, à ces considérations, qu'on peut reproduire à l'égard d'une coutume quelconque, internationale ou interne, que nul ne peut savoir quand l'opinion universelle ou générale est prédisposée à une innovation. Un acte quelconque contraire à une norme coutumière peut toujours être considéré comme irréfléchi; il faudra donc toujours s'abstenir et la norme restera éternellement inchangée. Il me semble, en somme, que si l'on vérifie l'existence d'actes contraires à une norme coutumière, deux hypothèses seulement peuvent se présenter : ou bien ce comportement éveille une réaction et c'est alors le signe que la norme est toujours vivante dans la conscience juridique de la communauté, et la résistance de la communauté démontre qu'elle ne consent pas à ce que ces actes se reproduisent; ou bien il n'y a pas de réaction, et les actes peuvent librement se réaliser, et c'est alors le signe que l'*opinio juris* n'existait déjà plus, puisqu'elle s'est éteinte au premier acte contraire. Ce qui compte donc, c'est toujours exclusivement la conviction juridique; l'usage ne peut être pris en considération comme élément constitutif essentiel d'une norme coutumière obligatoire quelle qu'elle soit.

5. — D'un autre côté, la conviction juridique générale ou populaire est, considérée en soi, aussi vague, aussi insaisissable qu'on peut l'imaginer. Cette conception romantique, avec son cortège d'oscillations très discutées, entre la volonté consciente, et la tendance inconsciente, entre la persuasion rationnelle et l'obscur instinct n'est pas, en substance, une donnée de connaissance, mais une donnée de foi ⁽¹⁷⁾. La critique n'a plus rien à dire désormais à ce sujet après l'exploration très fine d'Ernest Zitelmann ⁽¹⁸⁾. Mais, ce fondement une fois démoli, que reste-t-il encore pour étayer le prétendu droit coutumier, sinon le simple usage ? Zitelmann lui-même, après d'admirables efforts pour couvrir de quelque voile décoratif la brutale nudité de l'usage, doit pourtant confesser qu'il se trouve, en fin de compte, buter de l'épaule contre le mur du mystère. Et la bataille vaillante et opiniâtre d'Auguste Sturm pour valoriser l'instinct juridique, qui voudrait être la clef du mystère et la notion de complet remplacement de l'insaisissable conviction populaire, ne permettra, évidemment, jamais

(16) V. la *Giurispr. ital.*, vol. XLVI, 1894, 1^{re} partie, sec. I, col. 145.

(17) En ce sens, G. F. Stahl et Oertmann n'avaient pas tort, après tout, quand ils pensaient à la volonté divine.

(18) *Gewohnheitsrecht und Irrthum*, aux *Archiv. für civil. Praxis*, vol. LXVI.

de faire la lumière. Qui est-ce qui pourra, par exemple, se satisfaire d'une proposition comme celle-ci : « La coutume juridique existe quand ceux qui pratiquent (par exemple un usage, une règle de conduite), comme ceux qui se soumettent à cette pratique, se sentent liés par cette pratique, comme par une pratique de droit » ⁽¹⁹⁾.

Avec cette formule — qui, après tout, n'est pas pire que tant d'autres qui fleurissent dans la littérature du sujet — on voudrait répondre à la question de savoir comment se démontre le passage du simple usage, ou accoutumance, à la coutume juridique. Le droit canonique, qui ne se contente pas des vagues expressions des jurisconsultes romains, répond par l'exigence de la prescription quadragénaire, ou, selon les cas, centenaire ou immémoriale. Ce n'est pas le cas de s'arrêter aux critiques auxquelles donne lieu cette détermination; mais que soit plus satisfaisante l'absence de tout critérium appréciable, dont s'accommode unanimement la doctrine moderne, il me paraît impossible de l'affirmer tranquillement. Je ne réussis pas davantage à ne pas considérer comme une très grande étrangeté la circonstance que la même organisation juridique qui établit si complètement les conditions et délais nécessaires à acquérir ou perdre les droits subjectifs, puisse abandonner ensuite à la libre appréciation de la spéculation juridique la détermination des circonstances nécessaires pour la naissance et l'extinction du droit objectif.

6. — De tous ces doutes, des incertitudes et des insuffisances par trop évidentes de la doctrine, est née la défiance envers le droit coutumier, qui a déterminé les auteurs du premier projet de Code civil de l'Empire allemand à en prononcer la condamnation.

Dans les motifs de ce projet ⁽²⁰⁾, on lit que, si l'on ne peut nier la grande importance de la coutume pour un peuple qui se trouve dans un stade initial de son développement, il faut pourtant toujours davantage se persuader que l'Etat, quand il procède à une systématisation unitaire du droit, ne peut faire autrement que de limiter, sinon d'exclure, le droit coutumier. En prohibant sa formation, la loi ne tente pas, comme on l'a dit, d'atteindre l'inaccessible, puisque le juge, lequel, vis-à-vis de la loi, est enchaîné, ne peut prononcer en vertu d'une norme qui, selon la volonté du législateur, ne contient pas le droit en vigueur, le droit applicable. Les traducteurs italiens du Droit des Pandectes de Windscheid s'expriment dans un sens conforme, il est utile de le rappeler. Dans la note K au § 19, il est écrit que notre organisation politique est consacrée dans une loi fondamentale, qui régleme d'une manière complète et systématique le pouvoir législatif et le reconnaît exclusivement dans le concours du Roi et de ses Chambres. Par là même un pareil aspect vital de la souveraineté dans sa plus haute expression apparaît comme incompatible avec la survivance d'une énergie parallèle et anormale, qui peut aller jusqu'à paralyser la défense expresse prononcée, sous une forme solennelle, par le souverain pouvoir national. Et le magistrat italien, dont la juridiction est établie et

(19) *Op. cit.*, p. 208. Je reproduis, pour faire bonne mesure, le texte « wenn sich die Uebenden, wie die sich nach der Uebung richtenden, an diese Uebung als eine Rechtsübung gebunden fühlen, ist die Rechtsgewohnheit vorhanden ».

(20) *Motive zu d. Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für d. Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe*, Berlin, Guttentag, 1888.

régie par la loi écrite, ne peut pas reconnaître une force qui la paralyse, en dehors de la loi elle-même.

Malgré ces très fortes raisons ⁽²¹⁾, et nonobstant l'adhésion autorisée et inconditionnelle de G. Rumelin ⁽²²⁾, pour passer d'autres auteurs sous silence, la disposition proposée, excluant, en règle générale, le droit coutumier, disposition qui, cependant, figurait déjà dans le texte vénérable de l'« Allgemeines Landrecht » prussien (Introduction, §§ 1-4), ne put être introduite dans le nouveau code de l'Empire d'Allemagne. Considérée par quelques auteurs comme contraire aux principes traditionnels, et pratiquement inapplicable, elle fut en fin de compte abandonnée ⁽²³⁾. Je ne sais si les Allemands ont eu sujet de s'en beaucoup réjouir. J'en doute, quand je lis ce que les auteurs les plus récents disent de la coutume. Je cite un seul exemple : Enneccerus, dans la partie générale du *Traité de droit civil* ⁽²⁴⁾, publié en collaboration avec Kipp et avec Wolff, après avoir longuement expliqué comment la volonté du peuple, s'affirmant dans l'observation constante d'un comportement donné (sans qu'on puisse indiquer ni la durée, ni la fréquence des actes, et quel que soit le motif de l'observation), produit le droit, à l'égal de la loi, affirme que la réserve regardant les bonnes mœurs et l'ordre public vaut seulement pour le droit coutumier particulier, étant entendu que la communauté, à laquelle appartient et se trouve subordonnée la partie qui pratique l'usage, ne consent pas de déviation, dans des matières importantes regardant les bonnes mœurs et l'ordre public; mais une coutume générale doit être appliquée par le juge, même au cas où, selon lui, elle heurte les bonnes mœurs ou l'ordre public, parce que ce que le peuple entier veut comme une norme obligatoire, doit, certainement être tenu pour raisonnable et moral et le juge ne peut substituer son propre jugement à celui du peuple. Ce qui revient, comme on voit, à la production du droit *rebus ipsis et factis* (Enneccerus lui-même le dit à plusieurs reprises explicitement), et je ne sens pas le besoin de présenter un commentaire. J'ose seulement demander (si c'est possible), où s'en va la certitude du droit. Et je suggère que je me réjouis de tout cœur de ne pas être un juge allemand.

7. — Je conclus, il en est grand temps, ces quelques réflexions un peu vagabondes, en revenant au sujet. Les règles chevaleresques ne sont pas des normes de droit coutumier, mais simplement des usages, dont l'Etat tient compte, jusqu'à un certain point, comme il tient compte des bonnes mœurs et de beaucoup d'autres us et principes, y compris l'équité natu-

(21) Naturellement elles ne paraissent point valables aux fétichistes de la coutume. Sturm va jusqu'à affirmer que le pur droit coutumier réussit toujours, même contre la loi qui l'exclut, à se faire considérer comme droit par le juge, puisque celui-ci fait partie du peuple et a, en lui-même, comme toute personne « das zwingende Rechtsgefühl ». *Op. cit.*, p. 172. Cfr. p. 227, *in fine*.

(22) *V. Jahrb. für Dogmatik*, vol. XXVII, p. 231.

(23) C'est en vain que Neukamp se fit le défenseur de l'exclusion de la coutume dans un important écrit sur la doctrine de la coutume, recueilli ensuite dans les *Arch. für Bürgerl. Recht.*, vol. XII, 1^{er} fasc. (janvier 1897). Une revue des opinions exprimées sur le projet de code se trouve dans la *Zusammenstellung der gutachtlichen Aeusserungen zu d. Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuchs*, Berlin. Norddeutsche Buchdruckerei, 1890, vol. I, p. 36 et s.

(24) *Lehrbuch des Bürgerl. Rechts*, I. Abt. B. Marburg, Elwert'sche Verlagsbuchhandl. (G. Braun), 1928.

relle (art. 463 c. civ.). Cela ne veut pas dire que tous ces divers éléments normatifs deviennent du droit. Et cela veut encore dire moins qu'il s'agisse, pour cette raison, d'éléments d'une importance ou d'une dignité inférieures. Dans les écrits des auteurs allemands, qui se sont tellement agités pour empêcher que le Code civil de l'Empire d'Allemagne porte exclusion du droit coutumier, se manifeste presque toujours la préoccupation de tenir haut le prestige, de sauver l'autorité des coutumes observées avec amour par le peuple. Comme si, par exemple, les normes religieuses avaient un prestige et une autorité de faible aloi pour n'avoir aucun caractère juridique. Et comme si l'expérience quotidienne n'enseignait pas que, lorsqu'une norme régulatrice de rapports humains est vraiment reconnue utile, convenable et rationnelle par tous ou par la grande majorité des membres d'une communauté, elle est par eux spontanément respectée, sans qu'elle ait besoin d'être déclarée juridiquement obligatoire. La plus grande partie, peut-être, de notre vie, se développe en dehors d'une ligne précise tracée par le droit, au moyen d'un réseau d'accords tacites, qui permettent d'alléger la pression presque toujours excessive des préceptes juridiques, de combler leurs erreurs, conséquences inévitables de la généralisation, de supprimer les complications, que l'on ne peut éviter du point de vue d'une parfaite régularité, mais qu'on peut négliger, au prix d'un faible risque, dans les rapports normaux de la vie (la plus grande attention si nécessaire dans la pénible vie moderne, compense le risque). Il y a tout un réseau de règles coutumières, qui s'appliquent dans la réalité, superposées aux normes juridiques, et créant des situations qui suggèrent souvent, en leur temps, d'opportunes modifications formelles de ces normes. Ces dernières, cependant, tant que la modification n'intervient pas, fonctionnent comme un obstacle contre les excès des déviations et fournissent un point d'appui rapide et sûr pour effectuer les redressements, qui, selon les circonstances, sont rendus nécessaires. Ainsi les disciplines variées de la vie tour à tour se tempèrent mutuellement et s'harmonisent, en substance, sans se nuire.

On tombe, au contraire, en une bien grave et singulière erreur, en soutenant que toutes les règles, auxquelles se plie, de manière durable, la généralité, en les tenant pour obligatoires (c'est-à-dire, en fin de compte, en n'osant pas s'exposer aux conséquences pratiques redoutées de leur inobservation), sont recommandables comme étant des manifestations naturelles de la volonté ou de l'esprit populaire, et doivent en conséquence être respectées et préférées, le cas échéant, aux normes sanctionnées par l'autorité législative. Cette foi aveugle dans la sagesse naturelle du peuple est démentie par l'histoire de tous les temps et de tous les pays. La généralité est capable de s'adapter par paresse ⁽²⁵⁾ à n'importe quelle pratique, même immorale, absurde et socialement nuisible dans ses ultimes conséquences, lorsque l'énergie agissante même d'un petit nombre d'oppressés s'impose à son faible vouloir ou à son ignorance, ou lorsqu'encore se répandent et s'enracinent, dans son sein, les préjugés et les habitudes malsaines. Des populations entières sont quelquefois condamnées à des conditions inférieures de vie, et au dépérissement, pour avoir adopté des coutumes pernicieuses. Egalement, dans certaines régions, ou dans cer-

(25) Neukamp (*Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts*, 1895, p. 135), a reconnu dans la coutume, avec beaucoup de sagacité, l'empire de la loi d'inertie.

taines classes sociales d'Etats parvenus, sous l'empire de lois sages, à un haut degré de civilisation, on vérifie, parfois, la persistance de coutumes insensées et nuisibles, qui sont le reliquat ou la résurrection de stades inférieurs de vie. En exaltant à la dignité du droit la force normative, en fait, de la coutume, on court le risque d'être obligé de s'incliner devant une certaine laideur correspondant à un développement prématuré, ou à une époque de dégénérescence d'une collectivité.

La raison, nous le savons, est trompeuse. Mais, malgré ses erreurs éventuelles, c'est à ses disciplines, et non à l'instinct aveugle, à l'adaptation paresseuse à quoi aboutissent, en dernière analyse, les pratiques coutumières, qu'on doit les progrès de l'humanité vers de plus hauts destins.

CHAPITRE III

L'INSTITUTION

DOWDALL, *L'anatomie d'un corps social : La théorie des Institutions. Tendances à la vie en commun et l'activité sociale.*

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).

Sur d'AUTRES APPLICATIONS DE LA THÉORIE DE L'INSTITUTION DANS LE TROISIÈME REICH cf. :

HOEHN, *Le droit subjectif public et le III^e Reich.*

MOLITOR, *La nouvelle constitution allemande du travail.*

NIPPERDEY, *Les principaux problèmes juridiques relatifs au règlement d'entreprise en droit allemand.*

(Ces contributions publiées dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre III, §§ 151, 153, 154).

Sur le CONTRAT COMME INSTITUTION cf. :

JOSSERAND, *La « publicisation » du contrat.*

(Cette contribution publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre II, Chapitre V : « L'influence du Droit Public sur le Droit Privé », § 145).

Sur la NOTION D'INSTITUTION DANS L'ECONOMIE POLITIQUE cf. :

COMMONS, *La valeur raisonnable dans l'économie politique américaine.*

ANTONELLI, *Du Droit comparé à l'Economie comparée. La notion de système économique.*

(Ces contributions publiées dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre V, §§ 162 et 161).

**L'ANATOMIE D'UN CORPS SOCIAL
LA THEORIE DES INSTITUTIONS
TENDANCE A LA VIE EN COMMUN
ET ACTIVITE SOCIALE**

Par Son Honneur le Juge H. C. DOWDALL

Traduit par Paul BARATIER

Docteur en Droit, Professeur au Lycée du Parc à Lyon

I. — LE MILIEU SOCIAL

L'application des méthodes scientifiques modernes à l'étude des rapports sociaux est caractérisée non seulement par le mot de Comte « sociologie », mais aussi par l'emploi technique qu'il fait du mot « milieu » qui, jusqu'alors, avait été employé par Lamarck comme un terme technique de biologie. Un homme, comme toute autre chose animée ou non, est lié aux circonstances ; et de même que le mot personne exprime commodément son unité en tant que « sujet », « monade » ou « universel concret », de même le mot milieu exprime commodément l'ensemble des circonstances constamment modifiées où il se trouve, y compris ces représentations concrètes grâce auxquelles, de notre point de vue, les rapports sociaux se réalisent toujours. En effet, si nous mettons à part la transmission de pensée et la communion mystique des esprits, qui ne nous concernent pas ici, et si nous nous rappelons que les cerveaux humains sont séparés, il est évident que les contacts sociaux doivent se réaliser grâce à des phénomènes concrets. Par exemple, un mot, pour agir socialement, doit être prononcé par la langue d'un homme et entendu par l'oreille d'un autre, ou écrit par la main d'un homme et lu par l'œil d'un autre ; mais sa portée vient de l'univers conceptuel de celui qui l'émet, y compris toutes ses idées actives du moment, et il acquiert son sens pour l'autre personne de l'univers conceptuel de ce dernier, y compris toutes ses idées actives du moment. Ceci est aussi vrai du coup porté et reçu et même du « langage des yeux ».

II. — RÉPONSES SPÉCIFIQUES

On emploie souvent sans distinction les mots « réponse » et « réaction », de même que « conduite » et « comportement » ⁽¹⁾ ; et bien que ce

(1) Le mot anglais « behaviour » ici rendu par comportement, vient comme « habitude » de *habere*, et souligne la distinction d'importance vitale entre les habitudes que

soit quelquefois commode, il est quelquefois nécessaire de les opposer selon les indications du langage courant. En effet, tandis que nous parlons de réaction mécanique et du comportement de produits chimiques, nous parlons de la réponse d'un homme à une sollicitation et de sa conduite en période de crise ; et si nous disons qu'un bateau répond à son gouvernail, nous personnifions alors le bateau. Ainsi, dans la mesure où les circonstances le mènent, on dit qu'un homme y réagit et se comporte de la façon qu'elles lui dictent ; mais dans la mesure où il agit librement, il répond lui-même aux circonstances, donne sa propre réplique et se conduit dans ces circonstances selon sa propre décision. Il n'existe pas cependant de ligne de démarcation nette entre réaction et réponse, ou entre comportement et conduite, ou entre un acte occasionnel et une habitude qui est devenue une seconde nature, pas plus qu'il n'en existe entre le subconscient et le conscient. Car un individu est tout entier dans l'acte et sa conduite la plus délibérée non seulement est fortement influencée par des instincts et des désirs subconscients, mais encore dépend pour son exécution, d'actes réflexes et d'automatisme et d'habiletés subconscientes de toutes sortes. Il nous faut donc quelque terme compréhensif qui laisse de côté la distinction que je viens d'esquisser ; et pour plusieurs raisons « réponse » (à moins que le contexte ne révèle un sens plus spécial) est le mot le mieux adapté à cette fin. Car il est déjà fréquemment employé dans ce sens compréhensif, et il est moins limité que réaction ou réflexe qui suggèrent une étroite doctrine de comportement. En outre, il incline vers le biais qui convient à notre enquête. En effet, les situations auxquelles les gens répondent dans leurs rapports sociaux sont si complexes que la notion de réponse spécifique à une situation spécifique ne fait que se développer à cet égard et demeure quelque peu surprenante. Et pourtant, si l'on y réfléchit, toute action est spécifique et accomplie dans des circonstances spécifiques, de sorte que toute la vie d'un homme depuis le berceau jusqu'à la tombe est (au sens compréhensif de la formule) une réponse spécifique continue aux circonstances. Mais, étant donné qu'un homme prévoit et se souvient, son action immédiate est souvent accomplie à raison d'un passé lointain et en vue d'un avenir éloigné ; et lorsque nous considérons l'identité constante d'une société, nous envisageons le sens où l'on peut discerner dans une situation très complexe, un caractère spécifique auquel telle personne, de telle catégorie, élevée de telle façon et occupant telle situation sociale, répondra probablement par telle conduite spécifique. Mais nous avons déjà discuté de quelles façons les dispositions (d'un homme) deviennent relativement sûres, et de quelle façon on peut caractériser une situation complexe grâce à des signes distinctifs qui lui donnent un certain sens ⁽²⁾ ; nous pouvons donc maintenant considérer de quelle façon l'action régulière de

nous avons et les actes que nous accomplissons ; c'est-à-dire les *objets* de notre tempérament et les *buts* grâce auxquels ils se réalisent. Cf. le grec *hexis* de *hexo* ; et *schesis* et *schema* de *schein*.

(2) Ceci a été fait dans un précédent chapitre du livre dont fait partie le présent article. Kelsen fait justement remarquer que son *Ordnung* qui, à bien des égards, ressemble à l'institution d'Hauriou, est un *Deutungsschema*, mais il n'approfondit pas ce point très important. (Das Wesen des Staates. *Revue Int. de la Théorie du Droit*, I, p. 11 ; section 9 de son article dans *Revue du Droit public* 1926.)

ses semblables peut amener un homme à agir de certaine façon en certaines occasions.

III. — LE CONTROLE INSTITUTIONNEL DES RÉPONSES SPÉCIFIQUES

Lorsqu'un homme répond aux circonstances, il ne perd jamais de vue, consciemment ou inconsciemment son avenir proche ou lointain ⁽³⁾, et en cela il est influencé par les résultats de son expérience passée qui guident ses réponses et déterminent ses réactions. Il en est de même, naturellement, de ses semblables dont les dispositions sont, comme les siennes, partiellement le résultat de leur propre expérience et partiellement celui de l'expérience de leurs ancêtres, résultat incorporé non seulement dans des instincts, mais aussi sous la forme plus stable de l'institution. Nous n'avons pas à nous inquiéter des instincts car, qu'ils soient dûs entièrement à la sélection naturelle ou, comme le montre Ward ⁽³⁾ de façon convaincante, partiellement aussi à la fonction vitale de sélection individuelle, tout le monde les admet et reconnaît leur importance, au moins comme point de départ. Les institutions d'autre part, relèvent de la sociologie, en tant que distincte de la biologie. En effet, avec les instincts, ce sont elles qui fournissent les éléments plus ou moins permanents de vie sociale ; et bien que les institutions présentent quelquefois des obstacles au progrès et doivent être modifiées, néanmoins elles assurent la continuité de la vie sociale, et sont, d'une façon générale, la base nécessaire d'un développement progressif. Qu'est-ce donc d'une institution ? Qu'est-ce qui est institué ? Comment et pourquoi ?

A. — *Les institutions en général : leur aspect actif et simplement statique. Institutions personnes et institutions choses.*

La théorie d'Hauriou sur la nature des institutions a été brièvement formulée par lui-même dans son article bien connu, « la Théorie de l'Institution et de la Fondation », écrit en 1925, quatre ans seulement avant sa mort et exprimant ses mûres conclusions. Hauriou, le premier, opéra une distinction expresse entre ce qu'il appelle les institutions choses (telles que le repos du Dimanche ou un code), et les institutions personnes (telles qu'une Société à responsabilité limitée, ou un Etat).

La distinction, et l'attribution de l'origine des unes et des autres à la fondation, sont d'importance. En Angleterre, en effet, l'origine des institutions a été discutée d'un point de vue historique plutôt qu'analytique ; et nous n'avons pas de termes aussi commodes que ceux d'Hauriou pour distinguer une institution telle que le mariage ou le gouvernement représentatif, d'institutions comme the Institution of Mechanical Engineers. Si l'on parcourt la longue liste de « Societies and Institutions » dans l'Annuaire de Whitaker, on remarquera que les sociétés et institutions mentionnées sont toutes ce que Hauriou appelle institutions personnes et que les deux mots y

(3) Pour toutes les questions de psychologie je suis James Ward, dont les *Psychological Principles* sont tenus par les experts anglais comme étant « indiscutablement le plus grand livre anglais écrit sur cette science ».

sont employés dans un sens presque, sinon absolument, identique. On pourrait encore les appeler Instituts ; mais alors on manquerait d'un mot applicable aux deux ; j'adopterai donc les termes d'Hauriou et emploierai généralement la formule « institution chose », pour l'une, et la formule « institution personne » pour l'autre, et le mot institution comme englobant les deux ; cependant, lorsqu'il n'y aura pas de confusion possible, je pourrai quelquefois employer Institution, avec un I majuscule, au lieu d'institution-chose, ou au lieu d'institution en général.

Pour traiter de questions théoriques, il est préférable, lorsqu'on le peut, de partir de quelque théorie qui soit déjà assez familière ; et je suis d'accord avec Hauriou sur un si grand nombre de points que j'ai essayé à plusieurs reprises de développer mes conclusions sur la base des siennes ; mais j'ai dû y renoncer. En effet, mes conclusions (atteintes de façon indépendante, et par une voie d'accès différente) ne sont pas seulement plus détaillées mais quelque peu différentes ; je m'efforcerai donc, tout en renvoyant fréquemment aux opinions d'Hauriou, d'éclaircir les difficultés en me reportant directement aux faits.

Tout le monde reconnaît en somme que l'essence d'une institution est la réalisation d'un objet. En fait, une institution créée volontairement est souvent expressément décrite comme une « Institution en vue de... (ceci ou cela) ». Pour la créer et la maintenir, on peut éveiller les intérêts de gens qui ne sont pas directement intéressés à son objet, par exemple de ceux qui ont des terres à vendre, d'entrepreneurs, de fournisseurs de marchandises ou de services rémunérés, etc.

C'est ainsi qu'une institution fondée pour propager certains principes peut éventuellement en venir à n'être guère en réalité qu'un moyen d'assurer la subsistance de salariés. De même aussi, par la force de l'habitude une institution peut survivre alors que son objet primitif a été réalisé ou oublié. Son objet primitif peut même être en fait desservi par sa survivance. Néanmoins, l'origine et la durée de toute institution impliquent la croyance qu'elle sert quelque fin dont l'utilité ou l'opportunité sont constatées ou supposées par ceux qui s'intéressent directement ou indirectement à l'institution. Ceux qui la soutiennent peuvent se tromper ; et même quand ils estiment à juste titre qu'une institution sert un but déterminé, il se peut qu'ils ignorent quel est l'élément qui assure le résultat, et que le jeu ne vaille point la chandelle. De même aussi, par ailleurs, une institution qui est lancée dans un but des plus limités peut révéler des virtualités inattendues, c'est ainsi que le langage dont les débuts furent très humbles a rendu possible la grande littérature. Mais bien qu'un homme puisse développer des idées nouvelles, il reste cependant vrai qu'il ne peut les communiquer aux autres qu'en termes qui leur soient intelligibles. Il en est de même de toute institution. L'institution de la propriété privée serait impossible si elle n'était généralement comprise ou si les choses sur lesquelles elle porte n'étaient conçues comme vôtres ou miennes ; et du point de vue psychologique toute déclaration de volonté (*Willenserklärung*), orale ou écrite, est une chose aussi perceptible que la pendule sur la table.

Hauriou précise avec force que l'idée qui se réalise, dont il parle, n'est pas une *idée de but*, mais une *idée directrice* qui englobe l'organisation de moyens grâce auxquels l'action est dirigée vers un *objet*. Je l'exprimerais

plutôt comme suit. L'essence d'une institution est l'intérêt soutenu qu'un certain nombre d'hommes prennent à un objectif permanent. Cet intérêt est le plus souvent simplement latent, mais dès que surgit l'occasion appropriée, il entraîne la poursuite de buts particuliers en vue de réaliser l'objectif général. Un exemple rendra ces choses plus claires.

De toutes les institutions sociales, le langage est la plus fondamentale et la plus profonde. La tendance au langage est instinctive, et je puis même hériter d'une aptitude naturelle à parler plus facilement l'anglais que le français. Mais le fait que la langue anglaise a été instituée socialement dans la communauté de langue anglaise vient de ce que je ne saurais comment appeler une bêche ni comment formuler une phrase intelligible en anglais, si l'on ne me l'avait appris.

L'intérêt permanent est celui que nous avons à converser pour des fins de tout genre, soit à table, soit au tribunal, soit partout ailleurs. Pour réaliser cet objectif, le moyen employé est l'incarnation d'idées en mots et formules concrets et en constructions grammaticales par le juste emploi desquels en certaines occasions, certaines idées sont communiquées de l'un à l'autre : et il serait tout à fait conforme à l'opinion d'Hauriou de dire, comme il est d'ailleurs vrai, que l'institution du langage fut fondée, se maintient et se développe grâce à l'intérêt que présentent pour les hommes les moyens particuliers de converser les uns avec les autres en des occasions particulières.

Le langage, comme le droit du juriste, est une *institution chose* ; et la nature de l'un et l'autre, en tant que tels, sera rendue plus claire par une comparaison avec les *institutions personnes*.

V. — LA DISTINCTION ENTRE LES INSTITUTIONS CHOSES ET LES INSTITUTIONS PERSONNES

On peut être tenté d'admettre que, pour Hauriou, cette distinction serait la suivante : une institution personne implique l'institution d'un gouvernement ; une institution chose ne l'implique pas. Dans ce cas, je serais d'accord avec Hauriou. Cependant une institution chose règle aussi la conduite des hommes ; la distinction n'est donc point d'abord très évidente, et il convient d'examiner les faits essentiels pour la clarifier.

De même que la réaction d'une substance quelconque à un réactif dépend pour partie de la substance et pour partie du réactif, de même la réponse d'une personne à un événement dépend pour partie de la personne et pour partie de l'événement.

Grâce à la continuité des instincts de la race et des institutions sociales, une certaine interprétation des événements devient traditionnelle et certaines dispositions deviennent stables et sûres. S'il n'en était pas ainsi, toutes les institutions, bonnes ou mauvaises, se dissoudraient, et la race humaine devrait faire un nouveau départ sans disposer même au début d'une langue quelconque. D'autre part, chaque homme a ses propres intérêts particuliers qui, considérés avec ceux qu'il partage avec la communauté, et mesurés par la vivacité de ses sentiments pour chacun d'eux au moment de l'action, déterminent sa conduite. Dire que l'action d'un homme est toujours déterminée par les choses qui l'intéressent ne veut pas dire

qu'il soit égoïste. Il se peut en effet qu'il s'intéresse au bien des autres ou à la protection des animaux aussi bien qu'à son compte en banque, à sa santé ou à la musique. Il peut aussi s'intéresser à la perpétuité des institutions auxquelles il est attaché, par exemple son pays, son école ou son université, son école de pensée, etc. Tout ce qui le touche en l'affectant, soit immédiatement, soit éventuellement, son plaisir ou son bien-être, ceux des gens auxquels il s'intéresse, y compris ceux qui ne sont pas nés encore, est pour lui objet d'intérêt. Un intérêt signifie donc quelque chose ⁽⁴⁾ qui intéresse quelqu'un ; et toute institution, pour vivre, doit impliquer, d'une part quelque chose d'intéressant, et, d'autre part, quelqu'un qui s'y intéresse. Toutes les fois qu'il y a un intérêt, les deux sont inséparables, car l'intérêt naît de leur relation et ne peut exister en l'absence de l'un quelconque des termes de la relation. Ainsi tout le monde reconnaît maintenant qu'il ne peut y avoir une « loi relative aux biens » séparée d'une « loi relative aux personnes ». De même encore la langue anglaise est un simple jargon et non pas une institution pour ceux qui n'ont pas appris à s'en servir, de la même façon qu'un Calviniste est préparé au Calvinisme par l'étude de l'Institution de Calvin, ou un juriste au droit romain par l'étude des Institutes de Justinien ; d'autre part une société, bien que ses objets soient très vagues, ne peut exister sans objet du tout. Mais, tandis qu'une institution chose est instituée pour développer une entente et des habitudes communes, une institution personne ou société est instituée pour coordonner l'activité spécifique d'un groupe d'hommes (un peu comme un individu isolé coordonne ses actes en vue de ses propres buts) de telle sorte qu'à l'égard des buts poursuivis par la société, ils agissent « comme un seul homme ». Ceci apparaîtra plus clairement si nous examinons l'exemple donné par Hauriou d'une *institution chose*, à savoir une règle juridique de juriste, ou une règle coutumière.

VI. — UNE RÈGLE JURIDIQUE COMME EXEMPLE D'INSTITUTION CHOSE

Tout le monde admet encore qu'une loi est générale, ou, comme le disent nombre d'auteurs, abstraite. Mais le concept qui fait de la loi une espèce d'ordre, bien que d'innombrables auteurs de la plus grande autorité l'aient soutenu depuis la période classique, perd du terrain et, tôt ou tard, devra disparaître. En effet, par « ordre général », à cet égard, personne n'entend un ordre spécifique donné par un officier général à un grand nombre de soldats. Tout le monde entend par là un ordre abstrait, et si on employait cette formule moins ambiguë, l'incompatibilité des deux concepts deviendrait plus manifeste. En effet, une loi est toujours générale, c'est-à-dire abstraite, tandis qu'un ordre est toujours spécifique, c'est-à-dire concret. C'est sans doute la raison pour laquelle, après tant d'années, on ne semble pas prêt à se mettre d'accord sur le sens de la formule « ordre

(4) La définition la plus générale de l'anglais « thing » est « tout objet possible de pensée », qui équivaut à l'allemand *Vorstellung* et à la « présentation » de Ward. Locke employa le mot « idea » dans le même sens compréhensif ; mais l'usage anglais qui suivit généralement Locke, suit sur ce point Hume, qui exclut les impressions sensorielles du domaine du mot « idea » tel que Locke l'avait employé.

général ». Toute la tendance de la pensée moderne corrobore l'opinion de Ihering ⁽⁵⁾ d'après laquelle la loi du juriste est, comme toute autre loi, conditionnelle, c'est-à-dire abstraite : « Si ceci, alors cela » ; et comme tout praticien du droit sait que cette opinion est exacte, elle sera acceptée ici sans autre discussion. Exemple : Dès qu'une personne jouissant d'un statut apparent (p. ex. majeur et sain d'esprit, mineur, société à responsabilité limitée ou autre statut) s'engage dans un certain contrat (contrat ayant les caractères distinctifs d'un contrat légalement exécutoire contre telle personne), alors il doit l'accomplir. Remettant à une discussion ultérieure la question du sens du mot devoir dans ces circonstances (si vous ne voulez pas risquer votre cou, vous ne devez pas sauter du toit. Si vous ne voulez pas courir le risque d'avoir l'huissier dans votre maison, vous devez payer votre loyer) ; et, remettant ainsi la question du rapport de chaque disposition légale particulière avec l'ensemble du système légal dans lequel elle trouve son contexte nécessaire, nous n'envisagerons pour le moment qu'une disposition légale isolée comme illustrant la nature d'une « *institution chose* » ; et il semble que ce qui est institué, c'est la reconnaissance sociale d'un devoir particulier incombant à telle personne en telle occasion. Pour que la disposition s'applique, il faut qu'il soit toujours reconnu (et si l'intervention de l'état devient nécessaire, il faut qu'il soit déclaré dans les formes), que telle personne a le statut envisagé, c'est-à-dire appartient à la catégorie envisagée, et aussi qu'une occasion particulière de la catégorie envisagée s'est produite. Il n'est pas nécessaire bien entendu que l'événement grâce auquel le statut est acquis coïncide avec l'occasion qui fait naître l'obligation. Il se peut que je devienne majeur en janvier et que je ne sois pas partie à un contrat obligatoire pour une personne majeure avant février. Mais les deux conditions sont envisagées en termes abstraits par la loi, de sorte que Blackstone avait raison de dire qu'une loi s'applique à une certaine classe de personnes, et Austin aussi aurait eu raison s'il avait dit (comme il semble l'avoir voulu dire) qu'une loi s'applique à une catégorie d'occasions ; mais tous deux auraient eu tort s'ils avaient voulu dire que la loi tire son caractère général de l'un de ces deux éléments, car il est évident que la loi ne pourrait survivre de génération en génération si elle ne visait une classe de personnes en certaines occasions déterminées, bien qu'aucune obligation ne puisse surgir pour quiconque avant que la personne et l'occasion ne se soient concrétisées.

VII. — LA PERSONNE ABSTRAITE DE LA LOI

Je ne sais, et rien dans le présent article ne tente d'expliquer, pourquoi Hauriou emploie la formule *institution chose* sinon à raison de l'antithèse

(5) « Der Zweck im Recht » (1877) I, p. 350 suivi sur ce point par Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (1925) p. 47 et par d'autres. La notion de Duguit d'une situation juridique est en substance conforme à celle-ci. Suivant la formule de Capito (*lex est generale jussum*), qui fut adoptée par Gaius et Justinien, Austin définit une loi un ordre général. Kelsen d'autre part, définit un ordre comme une loi particulière (*individuelle Norm*). Ihering seul distingue la différence essentielle entre un ordre (*individuelles Gebot*) et une loi abstraite, *Zweck im Recht*, p. 341, distinction que Hauriou approuverait probablement.

évidente avec *institution-personne*, ce qui est en fait une raison suffisante. Interprétée psychologiquement, c'est l'antithèse du sujet avec l'objet de l'expérience — de la personne qui éprouve à l'objet qu'elle éprouve. Et une loi est un objet d'expérience, une idée traditionnelle que les gens ont acquise sur l'inter-dépendance de leurs intérêts à la suite de l'expérience sociale. Du point de vue psychologique, l'idée n'existe pas, comme Hauriou semble le croire, comme idée platonicienne subsistant éternellement dans les cieux.

Au contraire, c'est une idée que se font les hommes, une idée qui prévaut dans une communauté humaine ; et il est nécessaire de distinguer les hommes concrets, comme vous et moi, qui nous faisons cette idée, de l'idée que nous avons du type de personnes que la loi envisage, personne majeure et saine d'esprit, société jouissant de la personnalité civile, etc. Ces types sont de simples choses, en ce sens que ce sont des idées ; et la loi impartiale et impersonnelle, n'a pas égard aux personnes particulières. La question de savoir si tel homme, ou si telle institution-personne, telle qu'une société douée de personnalité civile, se conforme ou non au type, est réglée par jugement, c'est-à-dire par reconnaissance ; et les preuves qui permettent de la régler (ai-je vingt et un ans ?) sont exactement similaires à celles qui permettent de régler la question de savoir si un certain événement s'est produit (ai-je été partie à un contrat ?). La loi ne crée, ni n'institue, ni ne constitue la société douée de personnalité civile, ni moi-même. On peut concevoir qu'une loi sur les sociétés envisage un type de société qui ne se réalise jamais. En effet, elle définit simplement les marques distinctives par la possession desquelles une entité d'un certain genre acquiert un certain statut aux yeux de la loi, et bien que l'existence de la loi puisse amener des fondateurs de sociétés à agir de telle façon que leur œuvre réunisse les caractères distinctifs d'une société à responsabilité limitée, néanmoins, ce sont eux qui agissent. La loi ne fait rien. Elle définit simplement comment certaines catégories de personnes doivent agir en certaines catégories d'occasions pour que les bienfaits de la civilisation leur soient assurés. Par exemple, elle définit ce que doivent faire les fondateurs de sociétés pour faire attribuer à une société la personnalité civile, et lorsqu'ils l'ont fait, la loi reconnaît le statut de la Société ainsi douée de la personnalité civile, ou de la personne ainsi douée d'un certain statut, ou de l'entité ainsi concrétisée, ou l'objet quelconque que nous voulons y voir. L'expression familière et commode que « la loi » reconnaît ceci et cela ne signifie pas naturellement que la loi elle-même reconnaisse quoi que ce soit, car la loi est une idée ; ce que l'on veut dire, c'est que les intéressés reconnaissent que la réalisation particulière correspond au type prévu par la loi. Envisageons maintenant la personne comme distincte de la chose à laquelle elle s'intéresse et de la chose qu'elle a intérêt à faire.

VIII. — HOMMES JUGEANT ET AGISSANT SÉPARÉMENT OU « COMME UN SEUL HOMME ».

Toute institution est une convention qui, ou bien est entrée dans l'usage commun parce qu'elle s'est révélée comme généralement commode, telle la convention par laquelle nous appelons une bêche une bêche, ou

bien a été conclue au cours d'une réunion des intéressés, telle une constitution politique adoptée par une convention nationale. Mais une convention ne peut fonctionner que dans la mesure où ce qui, en elle, concerne l'activité d'une personne quelconque, est compris par cette dernière. Il est inutile de parler d'une bêche à un sauvage qui a toujours ignoré la convention à laquelle ce mot doit son sens. Une convention d'après laquelle tel homme doit agir de telle façon en telles circonstances ne saurait fonctionner à moins qu'il ne puisse identifier les circonstances et comprendre ce qu'il doit faire. Les auteurs romains disent qu'un homme qui acquiert la connaissance et ceci ou et cela est « institutus » en cette chose. Mais personne ne dit qu'il est « institutus » par cette chose. En effet il est né de façon naturelle et bien que le caractère personnel soit profondément modifié par l'instruction, et que le caractère d'une communauté survive souvent aux formes particulières d'organisation sociale, c'est à cette dernière seulement que s'applique la formule *institution-personne*.

Une *institution-personne* est une institution par laquelle l'action spécifique d'un groupe d'hommes est organisée de telle façon qu'ils agissent comme un seul homme, réalisant ainsi ce qui serait impossible en dehors d'une telle organisation. Il faut cependant se demander d'abord comment moi, qui suis un homme, j'en viens à organiser ma conduite de façon à réaliser mes propres buts, tels par exemple ceux que je suis tenu par la loi de réaliser. En effet, aucun praticien du droit qui se soucie d'y réfléchir ne pourra jamais admettre avec Austin que la loi prescrit une « catégorie d'actes » ou une « ligne de conduite ». Ce que la loi prescrit, c'est un acte particulier, en une certaine occasion, d'un certain type. Personne n'est tenu, personne à plus forte raison ne reçoit l'ordre de faire quoi que ce soit avant qu'il n'apparaisse qu'un acte déterminé est devenu nécessaire. La loi dit, par exemple, qu'un homme majeur et sain d'esprit, s'il contracte une dette, doit en payer le montant au créancier. Rien autre ne se produit jusqu'à ce qu'il apparaisse qu'étant majeur et sain d'esprit, j'ai contracté une dette de £ 2.5.11 envers J. S. Sur quoi je suis tenu non pas de suivre une ligne de conduite générale, mais de réaliser un but particulier, à savoir de payer à J. S. £ 2.5.11 et, pour réaliser ce but, je puis choisir une ligne de conduite. Que ferai-je ? J'imaginerai un certain nombre d'actes intermédiaires, qui, lorsque chacun d'eux aura été exécuté, assureront le résultat prescrit. D'abord, il se peut que je doive me procurer l'argent en le gagnant, en l'empruntant ou de quelque autre façon, et ceci peut impliquer un grand nombre d'actes intermédiaires laborieux ou ingénieux que je dois imaginer et accomplir. La loi peut aussi, il est vrai, m'imposer d'aller trouver le créancier et de le payer en espèces, mais le choix de la ligne de conduite grâce à laquelle je le rencontre et le paye m'est nécessairement laissé.

Or il arrive fréquemment que certains intérêts d'un groupe d'hommes sont liés à une réalisation qui implique la coopération d'un groupe d'hommes réglée de façon spécifique, auquel cas un gouvernement reconnu est nécessaire afin que les tâches spécifiques dont l'effet d'ensemble produira le résultat désiré puissent être assignées et réparties entre ceux qui sont capables de les accomplir et disposés à le faire. Le gouvernement d'une société dans la mesure où il dirige et répartit des tâches spécifiques aux membres spécifiques de la société fait donc pour la société entière ce que

je fais pour les membres de mon corps quand j'ordonne ma conduite en vue d'un but. Cependant l'action sociale, par exemple celle d'une armée sur le terrain peut être si vaste et dépendre à tel point d'incidents imprévus que l'autorité suprême doit être en propre mesure déléguée à des officiers subordonnés et naturellement c'est en dernière analyse chaque homme qui dirige sa propre conduite dans l'accomplissement des ordres qui lui sont donnés ; de sorte qu'un gouvernement pénètre le corps entier d'une société sensiblement de même que le gouvernement de mon esprit pénètre mon corps entier qu'il dirige. Par suite, si quelques-uns des soldats ne font pas ce qu'on leur dit, ou si quelques-uns des commandants d'unités interprètent mal leurs instructions ou leur désobéissent, le résultat n'est pas nécessairement désastreux ; néanmoins, l'avantage d'un seul plan d'action coordonné sous un commandement unique est, dans cette mesure, perdu ; et, dans certains cas, par exemple pour construire un bateau, il est essentiel que les détails les plus importants de l'ensemble du plan soient exécutés avec précision. Dans la mesure donc où la notion de personnalité collective réside dans la coordination de l'action (ce qui n'est que la moitié de la vérité), nous pouvons dire d'un directoire exécutif suprême en général, ce que Hobbes dit d'un souverain politique en particulier, qu'il « supporte la personne » de l'ensemble. En effet, pour l'action, tout réside dans les actes coordonnés et bien que la vigueur du mobile qui pousse à coopérer soit importante, la base du mobile ne compte pas. Un homme qui s'intéresse vivement à accomplir la tâche qui lui est prescrite par souci d'argent ou de réputation accomplira plus que celui qui est vaguement poussé par l'esprit de corps (*Gemeingeist* ou *fellowship*) ; en effet, quant aux résultats, les intérêts sont liés à la réalisation.

IX. — MEMBRES ASSOCIÉS ET MEMBRES SUJETS D'UNE SOCIÉTÉ

D'un autre point de vue, il est vrai, la nature du mobile est d'une importance suprême et bien que les mobiles soient complexes, il y a une différence fondamentale entre, d'une part, l'intérêt que l'on prend au but social lui-même (même si c'est seulement un moyen en vue d'une fin, mais surtout lorsqu'on le considère comme une fin en soi) et, d'autre part, l'intérêt provoqué par une sanction indirecte, châtement ou récompense. On ne saurait tracer de ligne de démarcation absolue, car les mobiles sont complexes et il se peut qu'un homme sincèrement dévoué à une cause doive gagner son pain quotidien sous forme de salaire versé pour services rendus à la cause, de même qu'un serviteur à gages peut être dévoué au service de son maître. La distinction cependant est si importante que, dans la mesure où la coopération d'un homme est inspirée par l'intérêt qu'il porte au but social lui-même, je l'appellerai membre associé, et dans la mesure où il est amené à coopérer par des sanctions, par exemple par la crainte du châtement ou la promesse de salaires, je l'appellerai membre-sujet. Quel que soit le mobile, toutefois, il faut qu'il y en ait un. Tout intérêt, en effet, a deux pôles : l'objet de l'intérêt, et la personne qui reconnaît le sens d'une occasion et qui est elle-même, à raison de sa nature et de ses sentiments, le mobile fondamental de sa réponse ⁽⁶⁾. Il suit de là

(6) Ward admet avec Höffding que l'homme lui-même, c'est-à-dire le « sujet » de l'expérience est le mobile fondamental de son acte.

que la constance des réponses dépend non seulement de la répétition d'occasions similaires, mais aussi de la reconnaissance par une personne de leur signification similaire, et des sentiments qu'elles provoquent. C'est peut-être ce qu'entend Hauriou lorsqu'il dit qu'une institution est une *idée qui dure juridiquement*, entendant sans doute par là *gesetzlich*, c'est-à-dire régulièrement, mais non pas nécessairement sous forme de règle légale technique. En effet, si mes dispositions (c'est-à-dire ma faculté de reconnaître le sens ou la « forme » d'une occasion et les sentiments qu'elle provoque en moi) n'étaient à certains égards assez stables, il n'y aurait pas de régularité dans ma conduite, et, par suite, nul ne pourrait la régler en réglant les conséquences de mes actions ; mais de même que l'enfant qui s'est brûlé apprend à craindre le feu, de même l'enfant battu apprend à obéir et acquiert ainsi de bonne heure quelque notion de la nature des intérêts sociaux et des réactions sociales et plus particulièrement des sanctions sociales.

X. — COMMUNAUTÉ ET SOCIÉTÉ

L'éducation qui fait acquérir à un homme certaines notions et certains sentiments (c'est-à-dire leur institution sous forme d'habitudes et de dispositions) qui rendent l'action sociale possible, ne crée pas cependant une société ou *institution-personne*, mais plutôt une communauté. En effet, l'adaptation d'un homme aux usages d'une communauté n'implique pas nécessairement l'institution d'un plan de coordination de l'action spécifique exercée par des agents exécutifs. Nous rendrons la chose plus claire en examinant la relation entre une communauté et une société (entre une *Gemeinschaft* et une *Gesellschaft*), car jusqu'ici il ne s'est pas réalisé d'accord général à la suite de la discussion vaste et prolongée qui s'est déroulée sur ce point.

En latin classique *communitas* désigne surtout le sentiment de solidarité ; en latin de la basse époque on l'emploie pour désigner une *Ge-meinde* ou communauté de village où prédominent la notion et le fait de propriété commune et de communauté générale de vie conforme à la coutume, et où le gouvernement qui s'exerce par ordres isolés joue un rôle de second plan, de sorte qu'on peut dire que la communauté est gouvernée par la coutume, qui, ainsi que nous l'avons déjà expliqué, est une *institution-chose*. Dans l'usage courant, nous parlons de la communauté des peuples parlant anglais, mais de la Société de Défense de la Langue Anglaise ; de la communauté juive, mais de la Société de Secours Mutuels des Hébreux ; de la communauté commerciale, mais de la Société pour la Protection du Commerce ; et ainsi de suite, la majuscule distinctive s'employant généralement dans le cas d'une société mais non dans le cas d'une communauté. C'est ainsi que l'usage courant et l'usage traditionnel se combinent pour justifier l'opinion que le fondement d'une communauté réside dans la compréhension mutuelle et dans la communauté (qui n'est pas nécessairement l'identité) des sentiments, c'est-à-dire dans les tendances des hommes à coopérer sans aucun plan coordonnant l'action en vue de fins particulières par la voie d'ordres officiels, chaque homme orientant sa propre action comme il le juge personnellement bon conformément à ses sentiments

collectifs. Les tendances qui caractérisent une communauté peuvent ainsi servir des fins multiples et elles sont si vitales, si souples et si imparfaitement définies qu'elles se groupent et se regroupent suivant le sujet discuté. Les communautés de langue anglaise, de juifs, d'hommes d'affaires ne s'excluent pas mutuellement, et à certains égards nous pourrions parler de la communauté d'affaires des juifs de langue anglaise. Une communauté est une matrice d'où peuvent naître de nombreuses sociétés. Sans communauté de langue anglaise, il n'y aurait pas de Société pour la Défense de la Langue Anglaise, mais cette dernière n'est pas l'unique société qui ait surgi de la communauté de langue anglaise. Une société surgit d'une communauté lorsqu'on recherche quelque but qu'on ne peut atteindre que si un certain nombre d'hommes agissent comme un seul — ainsi qu'il a été expliqué plus haut — de sorte qu'un gouvernement devient nécessaire et que la tendance à agir d'une certaine façon en certaine occasion doit impliquer une tendance à obéir à certains ordres particuliers. C'est ainsi que nous atteignons enfin la notion d'*institution-personne*.

XI. — INSTITUTION PERSONNE

Quoique toute institution soit un système d'idées et que toutes les idées soient psychologiquement les idées des hommes sur les choses, cependant on aborde généralement la discussion des *institutions-choses* telles que le langage, le droit, comme un système traditionnel d'idées.

Il est également d'usage d'aborder la discussion des *institutions-personnes* sous forme de réalisation concrète en tant que système d'intérêts particuliers d'hommes déterminés, tel qu'une société jouissant de la personnalité civile. C'est ainsi qu'il n'y a pas très longtemps on discutait quelquefois s'il y aurait 7 ou 8 « personnes » présentes à une réunion de 7 actionnaires assemblés pour expédier les affaires sociales. Parmi ceux qui discutaient le problème sous cette forme assez primitive, il y avait des hommes de valeur ; il est d'ailleurs intéressant d'observer ce qui est supposé et impliqué par la question ainsi posée ; dans ce but, si les 7 hommes sont A, B, C, etc., on peut pour la commodité, désigner la huitième et problématique personne par x.

Nul ne suggérerait que x eût un cerveau distinct ; par suite, la formule commode « organisme psycho-physique » qui sert souvent à éluder les difficultés, est ici inutile. Il est évident, en effet, que A, B, C., ont chacun un cerveau distinct et que ces cerveaux ne constituent pas un organisme unique, psychologique ou autre. Gierke et ses disciples disaient que x est une personne vivante qui s'incarne en A, B, C, etc. ; mais cette affirmation mystique est psychologiquement inintelligible, et s'appliquerait à des cas où nul ne la considérerait comme opportune. En effet si un incendie éclate et que les 7 hommes qui se trouvent présents et sont poussés par la communauté d'intérêts, coopèrent à l'éteindre, personne ne dit qu'une personne mystique x entre quand ils commencent et sort quand le feu est éteint. La discussion ne s'applique pas non plus au cas où 7 patriotes sont occupés à chanter leur patrie. Une *institution-personne* implique plus qu'un acte fortuit de coopération et plus qu'une simple communauté de sentiment. Elle est instituée par l'institution d'un gouvernement ou système de

services grâce auquel la conduite d'un groupe d'hommes est coordonnée de façon spécifique en vue de fins spécifiques, pour réaliser un objet général, de façon qu'ils agissent sur ce terrain comme un seul homme.

Dans le cas des sept hommes sus-mentionnés, les intéressés étaient les administrateurs légalement reconnus d'un patrimoine légalement défini, et les partisans de la théorie dite de la fiction, qui était aussi étroite que la théorie de la réalité, soutenaient que *x* était une simple création de la loi. Le problème de l'*institution-personne* cependant est un problème qui peut surgir tout à fait en-dehors d'une institution reconnue par les lois d'un Etat, car l'Etat lui-même est une *institution-personne* qui a une constitution au sens que Carl Schmitt appelle positif en opposition avec ce que l'on peut définir par des concepts juridiques ; le problème devient ainsi un problème de fait, et en fin de compte de fait psychologique, plutôt que de technique juridique. Quand Hauriou dit qu'une institution est juridiquement fondée et juridiquement maintenue, il veut simplement dire, peut-être, qu'elle est fondée sur la régularité de la conduite ; et si nous définissons une *institution-personne* comme étant une institution pour la coordination d'une activité spécifique au moyen d'un gouvernement reconnu, nous devons ici comme dans le cas d'une *institution-chose*, nous tourner vers la psychologie pour découvrir la loi de son existence.

XII. — FONDATION

En dehors des instincts (que Ward considère comme dérivant d'habitudes ancestrales) nos dispositions sont fondées et maintenues grâce aux habitudes qui naissent d'actions particulières et d'expériences particulières en des occasions particulières. « Semez un acte et récoltez une habitude ». Ceci est vrai aussi des dispositions acquises qui sont réglées par la tradition sociale et l'activité sociale. En effet les dispositions et les intérêts réguliers d'un homme se développent suivant un milieu social, c'est-à-dire d'après la conduite régulière et réglée de ceux avec qui il est mis en contact, régularité qui s'incarne dans les institutions. Les institutions de droit général objectif (*objectives Recht*) sont ainsi fondées, soutenues, modifiées et transformées par les intérêts particuliers et le jeu particulier du droit subjectif (*subjectives Recht*) et elles meurent si elles ne sont plus soutenues par de tels intérêts.

XIII. — LA THÉORIE D'HAURIOU CONSIDÉRÉE PSYCHOLOGIQUEMENT

Les conclusions ci-dessus sont atteintes par la voie de la psychologie systématique ; Hauriou dit que les siennes sont le résultat d'un *Essai de Vitalisme social*. Elles coïncident dans une large mesure, mais comme il subsiste aussi des différences importantes il sera bon de les comparer :

a) Lorsque Maitland écrivit, en 1913, qu'« il semble qu'il existe un genre dont l'Etat et les sociétés sont des espèces », il formulait un fait depuis longtemps reconnu, mais qui n'a pas reçu l'attention qu'il mérite. L'institution d'Hauriou est un genre de cette nature qui me paraît d'au-

tant préférable qu'il peut fort bien grouper des espèces autres que les Etats et les sociétés, à savoir toutes sortes de corps sans constitution juridique, de même que les *institutions choses* de toute nature. Un examen plus limité a sans doute ses avantages. Par exemple l'école de *reine Rechtsdogmatik* qui borne son attention à la théorie de la technique juridique occupe une position logique et qui plaît aux juristes dont la tâche est de distinguer la loi dont ils s'occupent de toute autre espèce de loi ; l'influence d'Austin sur les juristes anglais est due à ce qu'il a abordé ce problème particulier, car il n'eut pas grand succès quand il s'aventura au-delà. Cependant l'inconvénient qu'il y a à isoler la technique juridique c'est que si l'on arrive peut-être ainsi à coordonner des phénomènes, ils restent toutefois non expliqués et sans relation avec la vie sociale dont la technique juridique fait incontestablement partie, comme Savigny le montra il y a fort longtemps. Hauriou lui-même entend-il que sa conception de *l'institution* s'applique à ces problèmes plus vastes (auxquels elle est certainement applicable), c'est une question que je n'ai pu trancher. Son emploi du mot *juridique* (défini par Littré comme « *qui se fait de justice* ») n'est pas concluant. Les auteurs français, en effet, emploient souvent « *juridique* », comme les auteurs allemands *gesetzlich* dans un sens plus vaste que celui que les auteurs anglais donnent à « *juridical* », et les passages sont nombreux où Hauriou emploie le terme dans ce sens plus vaste. D'autre part lorsqu'il discute la notion corrélatrice de fondation, il semble penser à cette catégorie d'actes qu'un auteur anglais qualifierait de « *juristic* ». Quoiqu'il en soit, le mot *institution*, dans le sens où je le prends, n'implique rien de plus à cet égard que la régularité, c'est-à-dire la détermination de la conduite d'une catégorie de personnes, y compris tel groupement, par telle catégorie d'occasions (*institution chose*) ; et y compris, dans le cas d'un groupement, la détermination de la conduite par un ordre spécifique d'une certaine catégorie donnée par certaine catégorie de personnes en certaine catégorie d'occasions (*institution personne*).

b) « Les idées directrices, d'une objectivité saisissable, puisqu'elles passent d'un esprit à un autre sans perdre leur identité et par leur propre attraction, sont le principe vital des institutions sociales, elles leur communiquent une vie propre séparable de celle des individus, dans la mesure où les idées elles-mêmes sont séparables de nos esprits et réagissent sur eux ». Par là je suppose qu'Hauriou veut dire que les idées d'un homme (c'est-à-dire ses représentations), dans la mesure où elles sont distinctes, peuvent être assez liées à celles des autres hommes pour être socialement efficaces. Si cette interprétation est correcte il me semble qu'Hauriou a mis ici le doigt sur le fait central. Cependant, si distincte que puisse être une idée, aucun partisan de Ward ne peut la concevoir comme séparable de la personne qui l'a. Son attraction ne lui est jamais entièrement propre, mais dépend toujours, en outre, de la personne qui en éprouve l'attrait. Hauriou dit qu'il n'entend pas professer la théorie qui voit dans les idées des substances spirituelles réelles, mais en fait il la professe comme il apparaît aussi dans le domaine où nous allons entrer.

c) Le problème important, mais négligé, présenté par une loi en vigueur (*dynamei*) mais non en application (*energeia*) est un problème qu'Hauriou a éclairci plus qu'aucun autre auteur. Quelle est la situation de la loi relative au meurtre durant les périodes où les gens ne commet-

tent pas des meurtres et ne sont pas poursuivis pour meurtre ? Ici encore Hauriou va au fond des choses en disant, somme toute, que durant ces périodes l'idée de la loi demeure subconsciente ; mais la façon dont il le dit prête à la critique et il omet d'observer que c'est toujours une occasion particulière qui introduit la loi dans le domaine de la conscience active, par exemple l'occasion et la tentation où elle peut suggérer l'abstention que la loi prescrit, ou l'occasion de la découverte d'un meurtre qui attire l'attention active de la police et d'autres gens sur l'événement et sur l'accomplissement des devoirs que l'occasion impose. Hauriou assigne toute l'œuvre à l'idée et aucune tâche aux hommes intéressés. Il dit que toute institution est une idée qui existe sous l'une ou l'autre de deux formes, à savoir sous la forme subconsciente objective qui assure la permanence de l'institution, et sous forme d'activité volontaire subjective lorsqu'elle produit parmi les intéressés, des *manifestations de communion*. D'après Ward et d'après le sens commun, ce n'est pas l'idée qui est subconsciente mais moi qui n'ai qu'une demi-conscience de l'idée, ce n'est pas l'idée qui revêt une forme subjective, mais moi qui agis. Quelques réserves que puisse faire Hauriou, son exposé semble impliquer en fait la notion que les idées sont des substances spirituelles réelles, bien que des références à ceux qui s'intéressent à une idée et à la façon dont ils sont diversement affectés soient incompatibles avec cette notion.

d) Parce qu'une institution, tant qu'elle existe, existe d'une façon continue, Hauriou observe, à juste titre, qu'elle est dirigée vers un objet permanent plutôt que vers un but particulier, mais ceci cesse d'être vrai lorsque, pour employer les termes d'Hauriou, l'institution passe de sa forme subconsciente objective à sa forme consciente, subjective et active ; en effet toute action est concrète et dirigée vers un but particulier, bien que le but particulier soit poursuivi en vue d'un objet permanent. La protection d'un pays contre l'invasion est un objet permanent pour les patriotes, mais quand l'ennemi a débarqué, l'objet est poursuivi au moyen d'actes particuliers.

e) En dehors d'une activité concrète il est impossible d'expliquer le processus de la fondation qui est ce qu'Hauriou appelle, à juste titre, « subjective ». Dans le cas d'une institution coutumière, ceci est évident ; en effet la coutume résulte de la répétition d'actes particuliers en des occasions particulières. De même dans le cas d'une institution fondée volontairement, bien que l'institution elle-même soit générale, l'acte de fondation est particulier. Ainsi le processus de législation volontaire, c'est-à-dire le vote d'une loi, est un acte particulier, bien que l'effet en soit réglementaire. Je puis contracter une habitude sans délibération, ou je peux l'adopter après l'avoir décidé par un acte de volonté ; mais dans les deux cas ma pratique régulière est fondée sur un acte particulier ou sur des actes particuliers de volonté faits dans un cas sans délibération en un certain nombre d'occasions, et dans l'autre cas institués en une occasion particulière après délibération.

f) Hauriou a rendu un grand service à la science du droit et à la science politique en attirant l'attention sur la similitude et les différences de ces choses que nous décrivons indifféremment, bien que nous ne les confondions pas en pratique, comme des institutions, mais qu'il distingue en *institutions choses* et *institutions personnes*. Le résultat de la discussion précédente est le suivant. Tout le monde, soit dans la conversation, soit dans

une discussion savante, admet avec Hauriou qu'une loi est une institution, et il semble, à la réflexion, qu'une institution ne soit ni plus ni moins qu'une loi instituée socialement. Une loi instituée socialement prévoit qu'en telle occasion, telle personne doit agir ainsi. D'où il suit qu'aucune institution ne peut se réduire à une personne isolée des circonstances ou à des circonstances isolées des personnes. Si la personne qui doit agir est un seul homme, alors il est vrai qu'il doit être *institution* en ce sens qu'il doit pouvoir reconnaître l'occasion où il doit agir et comprendre ce qu'il doit faire (ce qu'on peut présumer par exemple s'il est majeur et sain d'esprit, ou suivant les cas), mais, au delà, aucune institution n'est nécessaire car il doit diriger lui-même sa propre action en vue d'accomplir la tâche que la loi lui impose ; et étant donné que son statut est jugé d'après les circonstances, l'institution toute entière, par exemple le droit des obligations, peut être appelée une *institution chose*. La loi peut cependant disposer qu'une compagnie de chemins de fer devra, comme un particulier, payer les marchandises qu'elle achètera, tout en faisant nombre de choses qu'un particulier ne fait pas. Dans ce but un système de direction sociale doit être institué par l'institution de services auxquels certaines catégories d'hommes pourront être appelés (c'est-à-dire institués), jouissant de l'autorité de diriger l'activité de façon spécifique afin qu'un certain nombre d'hommes agissent comme un seul homme pour accomplir l'objet social au moyen de l'institution qui peut, pour cette raison, être appelée *institution personne*.

XIV. — CONCLUSION

Une institution est en fait un *système conventionnel d'intérêts*. Le sens exact, et les rapports des trois mots constituant cette définition, doivent toutefois être présents à notre esprit.

Intérêt. — Le mot intérêt lui-même indique l'importance qu'ont les choses pour un homme, et ainsi exprime et prouve la liaison inévitable entre un homme et son milieu, et le fait qu'un homme n'agit jamais dans le vide mais toujours dans des circonstances qu'il reconnaît consciemment ou subconsciemment et en vue de fins qu'il poursuit consciemment ou subconsciemment. Ces fins sont naturellement immédiatement immédiates, c'est-à-dire spécifiques ; mais elles conduisent toujours à un objet plus éloigné, car il faut quelque temps, serait-ce pour porter la coupe aux lèvres, et souvent l'objet est très éloigné et relativement permanent, par exemple lorsque nous mentionnons « l'objet de toute une vie ». La notion d'intérêt non seulement lie les éléments réellement inséparables de l'expérience, à savoir l'homme qui est affecté par les circonstances où il se trouve et les actes qu'il accomplit, mais elle fournit aussi le pouvoir moteur dont les théories juridiques sont si souvent dépourvues, car elle implique tous les intérêts, quelle que soit leur nature, qui poussent en fait les hommes à agir. Sans doute la « faim et l'amour », dont parle Schopenhauer (qui entend par là la nourriture et la vie sexuelle) nous intéressent tous ; mais ni l'un ni l'autre ne le fait constamment ni exclusivement, de sorte que ni Marx, ni Freud ne peuvent nous convaincre que tous nos intérêts peuvent être compris sous l'une ou l'autre rubrique. Mon chien, lui-même, attend quelquefois pour prendre son déjeuner qu'il m'ait persuadé de lui tenir compagnie, quoi

qu'il n'y ait pas de « réflexe conditionné », car je ne lui ai pas enseigné cela et je ne lui demande pas de le faire ; la notion d'intérêt, à la différence de la notion de « faim et d'amour » est aussi simple que la vie elle-même, bien que ce ne soit pas n'importe quel objet d'intérêt qui puisse entrer dans un système conventionnel.

Système. — Un système d'intérêts implique une conjonction d'intérêts dont l'influence est réciproque. Un intérêt, cependant, a deux pôles, à savoir l'homme qui s'intéresse, et la chose à laquelle il s'intéresse et bien qu'il ne saurait exister d'institution en dehors des hommes qui s'y intéressent, ce sont les objets d'intérêt qui sont dans une institution immédiatement liés les uns aux autres ; les hommes, en effet, sont simplement liés par l'intermédiaire et dans la mesure de l'intérêt qu'ils y prennent, de sorte que chacun de nous peut s'intéresser à un nombre quelconque d'institutions et de sociétés de tout genre, étant donné que les choses auxquelles il s'intéresse sont relativement distinctes. Le lieu où les objets d'intérêt sont liés les uns aux autres doit être un monde réel pour ceux parmi lesquels le système s'est développé et au milieu desquels il subsiste ; l'activité sociale serait en effet impossible si les intéressés ne reconnaissaient pas non seulement les hommes ou les groupements d'hommes, sujets de droits et de devoirs, mais aussi la réalité et le sens des occasions qui font naître ces droits et ces devoirs. Cependant, quelle que soit la base physique ou métaphysique de ces objets d'intérêt, c'est en tant qu'idées qu'ils sont intéressants et Hauriou les nomme à juste titre *idées directrices*, car ce sont les idées qui dirigent l'action dans les occasions appropriées vers le but approprié et qui sont en d'autres temps simplement virtuelles. Je puis commander à J. S., en janvier, des marchandises qui doivent être faites en février, livrées en mars et payées en avril. Pendant tout ce temps J. S. et moi avons à nous occuper de beaucoup d'autres choses et les moments où lui et moi nous nous occupons de cette affaire particulière ne sont pas nécessairement synchrones, bien que l'intérêt virtuel de chacun de nous se maintienne ou soit présumé se maintenir durant tout ce temps. Cependant bien que le contrat lui-même (*l'ipsum jus*, qui est *res incorporalis*) soit virtuel, ce contrat se forme et s'exécute sous forme d'événements réels, matériels, mutuellement perceptibles ; et étant donné que la base physique d'un événement perceptible peut durer, un contrat peut se faire par correspondance. C'est donc grâce à la signification que revêtent des événements réels pour des individus qu'un système d'intérêts s'établit. Par exemple quiconque s'intéresse au commerce et à ses multiples avantages s'intéresse à la sanction de l'exécution des contrats, et parce que je le sais lorsque je signe un contrat, cette connaissance donne un sens à mon acte. C'est donc le schéma d'idées que les hommes forment quant à l'interdépendance de leurs intérêts qui constitue le système dont nous nous occupons. En tant que système il peut survivre aux individus et à leurs intérêts individuels, tant qu'il existe une succession d'individus dont les intérêts individuels sont interdépendants conformément au schéma. C'est peut être la solution du vieux problème de *polis*, *polites*, *politeia* et *politeuma* discuté dans la Politique d'Aristote.

Convention. — L'institution d'un homme dans une fonction (qui est la voie par laquelle le mot entra dans l'usage anglais) est un processus, mais une loi considérée comme institution est un produit. Le processus d'institution et le produit institué sont évidemment corrélatifs, et bien que le pro-

cessus soit plus vital et antérieur, ils réagissent l'un sur l'autre comme fonction et structure le font toujours. Hauriou désigne clairement le processus d'institution par le mot *fondation* ou par la formule *opération de fondation*. Je préfère cependant le mot convention parce que, d'une part, la nature du processus est indiquée et parce que, d'autre part, le but prête moins au malentendu que la formule *contrat social*. Kelsen a, en effet, montré que le mot convention s'applique également aux accords particuliers (*Verträge, traités-contrats*) et aux accords permanents désignés ci-dessus par le mot système, qui règlent la conduite (*Vereinbarungen, traités-lois*); et il montre aussi que cette distinction n'est que relative. Du point de vue psychologique il y a un progrès graduel de l'acte à l'habitude, de l'acte que j'accomplis à la disposition que je possède; et bien que les philosophes du comportement aillent trop loin, il est certain que tout acte implique une disposition qui est déjà dans une large mesure déterminée. Le mot convention est donc doublement utile parce qu'il s'applique également à l'institution (c'est-à-dire à l'établissement ou à la stabilisation) d'une pratique par la coutume et à l'institution d'une pratique par la législation.

Une institution est ainsi un schéma ou système d'intérêts conciliés établi, maintenu, modifié et abrogé par convention, et, étant donné qu'il repose sur la commodité des hommes vivants, sa stabilité, qui peut être grande, est une stabilité de direction et ressemble à celle d'un bateau qui suit sa route, plutôt qu'à celle d'une pyramide dressée sur sa base.

CHAPITRE IV

LA LEGISLATION

POUND, *La Législation dans la période de formation du Droit Américain*.

MAURY, *Observations sur les modes d'expression du droit : Règles et Directives*.

PLUCKNETT, *L'interprétation des Lois (Statuts)*.

Les MÉTHODES LÉGISLATIVES EN ROUMANIE sont traitées dans l'étude de M. T. JONASCO, LE CONSEIL LÉGISLATIF EN ROUMANIE. ORGANE DE TECHNOLOGIE ET DE POLITIQUE LÉGISLATIVES, DESTINÉ AUSSI A L'UNIFICATION DES DROITS D'UN ÉTAT UNITAIRE, publiée dans le Tome II, Quatrième Partie, Titre II, Chapitre III : « L'Unification des Droits à l'Intérieur d'un Etat », § 123.

★★

Le RÔLE DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE DANS L'INTERPRÉTATION DES TEXTES JURIDIQUES est étudié par M. CORNIL, LA COMPLEXITÉ DES SOURCES DU DROIT COMPARÉ, contribution publiée ci-dessus, Chapitre I^{er}, § 31.

★★

On trouvera des éléments sur les RÈGLES DE CONDUITE EN DROIT ROMAIN dans l'article de M. DE KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, LE RÔLE DU DROIT ROMAIN POUR LE DROIT COMPARÉ, reproduit ci-dessus, Titre II, Chapitre III, Section IV, § 20.

LA LEGISLATION DANS LA PERIODE DE FORMATION DU DROIT AMERICAIN

Par Roscoe POUND

*Doyen de la Faculté de Droit de l'Harvard-University
Membre de l'Académie Internationale de Droit Comparé*

Traduit par Jacques LAMBERT

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

Bien que, en théorie, les colons aient apporté, lorsqu'ils arrivèrent en Amérique, la *common law* d'Angleterre et, bien qu'ils aient invoqué cette *common law* comme leur patrimoine dans la Déclaration des Droits du Congrès Continental, la véritable réception du droit anglais comme base du droit américain s'est produite après la Révolution, lorsque nous avons commencé à avoir des recueils d'arrêts sur le modèle anglais et que ces recueils d'arrêts, ainsi que les manuels qui furent publiés aux Etats-Unis, citèrent et discutèrent les décisions judiciaires et les œuvres de la doctrine anglaise. On peut dire que la période de formation du droit américain s'étend de la Révolution à la Guerre Civile.

Dans les commencements de notre régime, on attendait beaucoup de l'élaboration législative du droit. Certains mettaient leur espoir dans un code américain qui, non moins que notre Constitution, mettrait en œuvre le principe qui figure sur notre sceau — *novus ordo sæculorum*. On ne doutait pas que ce serait ce code qui aurait principalement la charge de créer un droit américain. Cependant les résultats de notre mouvement de réforme législative demeurèrent bien loin des espérances conçues à ses débuts. La dernière partie du XIX^e siècle se défia des législatures aussi profondément que l'Amérique de la fin du XVIII^e siècle s'était défiée du pouvoir exécutif. Finalement, ce furent les décisions judiciaires plutôt que la législation qui se révélèrent comme l'agent moteur, et même, derrière les tribunaux, la doctrine, dont la tradition de *common law* ne faisait pas grand cas, se révéla comme ayant fourni la majeure part de la force motrice.

La législation américaine, à ses débuts, avait tous les avantages. En dépit de notre théorie constitutionnelle des trois pouvoirs de gouvernement égaux et de même degré, depuis les origines jusqu'à la Guerre Civile l'hégémonie du pouvoir législatif a été évidente. Les législateurs se croyaient tout particulièrement les représentants du peuple souverain, et croyaient que tous les pouvoirs de la souveraineté étaient délégués à leur profit. Jusqu'à

la mise en accusation d'Andrew Johnson, on soutenait avec assurance que le pouvoir exécutif devait compte au législateur de la gestion des pouvoirs confiés à l'Exécutif par la Constitution. Pendant toute la période de formation, les assemblées législatives tinrent pour acquis que les tribunaux leur devaient compte de la façon dont ils tranchaient les conflits. Des législatures d'Etat citaient des juges devant elles pour les interroger sur telle ou telle décision, exactement à la manière du fameux colloque entre Jacques 1^{er} et les juges d'Angleterre. Il existait une notion d'omnipotence législative. Les anciennes législatures n'hésitaient pas à adopter des actes législatifs pour réformer les décisions des tribunaux dans des cas d'espèce. Elles cherchaient à imposer l'enregistrement (*probate*) de testaments refusés par les tribunaux. Elles cherchaient à régler dans les détails l'administration de tel ou tel patrimoine. Par des lois spéciales, les assemblées législatives précisèrent, dans des cas particuliers, des détails d'administration locale. Elles validèrent tel ou tel mariage frappé de nullité. Elles suspendirent la prescription d'action dans des cas d'espèce au profit de plaideurs déterminés. Elles exemptèrent tel ou tel individu de responsabilité pour une faute ou un délit civil déterminés, dont ses voisins eussent été rendus responsables par les principes généraux du droit.

D'où venait l'extravagante confiance dans les assemblées législatives dont témoignent de semblables phénomènes ? Du point de vue politique, elle provenait des circonstances d'une période où les gouvernements absolus, qui avaient caractérisé le xvii^e et le xviii^e siècle, reculaient devant le flot montant de la démocratie. Elle était renforcée par la victoire du Parlement dans les conflits entre le Parlement et la Couronne qui avaient atteint leur maximum lors de la Révolution anglaise de 1688 et par la part que l'Assemblée avait prise à la Révolution Française.

Du point de vue juridique il y eut bien des facteurs qui jouèrent un rôle. Les hommes d'Etat et les juristes de la période connaissaient intimement les publicistes français et hollandais qui envisageaient le droit romain, ainsi qu'on l'avait enseigné depuis le moyen âge, comme un corps de législation. Après notre révolution, la *common law* fut mise à l'écart en tant que d'origine anglaise. On considérait le droit romain comme l'expression de la raison et il n'y avait pas encore eu d'historiens érudits pour révéler que, derrière la forme législative que ce droit avait revêtue, il y avait un long développement d'opinions juridiques, données sur des points de détail, dans des cas d'espèce, et que ce développement était très analogue à celui du droit anglais par les décisions judiciaires. La conception romano-byzantine du droit comme volonté d'un législateur absolu imprégnait les livres de droit du continent.

Il existait aussi l'idéal, propagé par l'école du droit naturel, d'un législateur produisant une codification complète que la communauté et les juges pourraient recevoir comme l'expression de la sagesse parfaite. Il existait une conception rousseauiste du droit en tant « qu'expression de la volonté générale », avec la législature comme organe de cette volonté et une génération de législateurs qui tiraient des conclusions de la phrase « représentants du peuple ». Il y avait l'exemple des codes français, prussien et autrichien qui surgirent à la fin du xviii^e siècle et au début du xix^e. Il restait à la législation un certain élan qui provenait de la Révolution Puritaine laquelle avait donné naissance à une inondation législative dans

plus d'une colonie où les puritains étaient en force. Il y avait la doctrine de la séparation des pouvoirs qui, prise à la lettre jusqu'en 1912, entraîna, cette année-là, dans la convention constitutionnelle du New-York, une proposition pour interdire tout ce qui ne serait pas application mécanique par les juges des règles établies. En outre, et plus que tout, le pouvoir législatif a été la première des branches de notre gouvernement à se développer.

Ce fut la première qui se développa dans les colonies et qui, dès le début, prit un aspect américain. Avant la Révolution, l'exécutif était un gouverneur royal ou un gouverneur patrimonial (*proprietary*) et ainsi il ne pouvait fournir de modèle pour l'avenir. Dans le premier siècle d'existence des colonies, il n'y avait pas grand besoin de tribunaux : des magistrats, avec un appel à la législature, à quelque conseil ou à l'exécutif, étaient suffisants, étant donné le peu de complexité des relations.

On avait généralement établi, depuis une époque reculée, des législatures sur le modèle de la chambre représentative inférieure du Parlement et, au XVIII^e siècle, elles avaient acquis de la force et obtenu la confiance du public. Après 1688, le gouvernement anglais habitua les individus aux législatures souveraines de même que, dans les deux siècles précédents, les Tudors, les Stuarts et l'ancien régime en France, les avaient rendus familiers avec un roi souverain. Dans plus d'un Etat, jusque bien après la Révolution, les législatures prétendaient exercer et exerçaient les pleins pouvoirs de décision et d'administration qui appartenaient au Parlement Britannique.

Qu'est-ce que la législation a fait pour le droit américain au fort de cette période de primauté législative, depuis la Révolution jusqu'à la Guerre Civile ? Quand nous comparons les résultats permanents avec ceux des décisions judiciaires dans la même période et réfléchissons au volume de la législation locale, nous devons admettre qu'elle a vraiment peu fait. La législation créatrice durable de l'époque se trouve dans les constitutions et dans les déclarations des droits de la Fédération ou des Etats. Certainement, dans le droit privé, cette législation n'a rien apporté à nos juridictions de *common law* qui soit aussi significatif que le code Napoléon ou le code civil de Louisiane. Pour la majeure part, elle en a fini avec les survivances qui persistaient dans le droit anglais du XVIII^e siècle et qui n'avaient pas été éliminées à la suite de la Révolution Puritaine, et, pour le reste, elle a mis en forme ce que les juristes de l'école du droit naturel et les tribunaux d'équité avaient élaboré et préparé pour l'adoption par le législateur. On peut compter sur les doigts les lois remarquables de cette période qui ont eu une place durable dans notre droit privé.

A la vérité, le mouvement de réforme législative, particulièrement en Angleterre, s'est occupé principalement d'abrogations. Il a abrogé les règles et les institutions qui provenaient de l'Angleterre féodale. Il a émondé les restrictions à la libre activité individuelle qui se plaçaient du point de vue de la société organisée sur des bases familiales (*relationally*) et qui avaient cessé d'être applicables à une société organisée sur la base des libres efforts de la concurrence individuelle. Ce qu'il a réformé fut essentiellement réformé, comme dans le cas de la loi sur la femme mariée (*married women act*), d'après les modèles élaborés par l'équité.

Sans doute l'œuvre la plus remarquable de notre législation du XIX^e siècle a été accomplie en matière de droit criminel et d'application des peines.

En matière criminelle, le droit naturel avait peu de place dans la recherche du droit par les juges. Là, la sécurité générale exige plus de réglementation et moins d'arbitraire qu'en aucune autre matière si ce n'est en matière de droit de propriété immobilière rurale.

En cette matière, il y avait peu de place pour les décisions judiciaires créatrices comme celles de Lord Mansfield sur les quasi-contrats et le droit commercial.

Le droit naturel critique a trouvé un de ses meilleurs champs d'application dans la législation et l'administration pénales. Mais, sur ces sujets, il y avait peu de place pour des développements judiciaires. Ce qui a été fait en matière d'administration pénale américaine a été essentiellement l'œuvre du pouvoir législatif. La doctrine l'a négligé, à l'exception d'un écrivain de toute première grandeur, à la fin de la période de formation, et les écoles de droit qui, à d'autres égards, ont tant fait pour le droit, ont abandonné cette branche à elle-même. Même si le terrain avait été adapté à un travail judiciaire créateur, il aurait manqué, à la décision judiciaire sur ce point, l'aide qui la rendit efficace à d'autres égards. C'était là, *par excellence*, occasion à législation. N'est-il pas significatif que, tandis que de notables progrès ont été faits dans toutes les autres branches du droit, notre droit criminel a été et demeure relativement immobile ?

Il semblerait que, tandis que la législation s'est révélée un instrument efficace pour débarrasser le droit de certaines institutions et de certaines règles qui s'étaient transmises du passé et n'avaient jamais été adaptées, ou n'étaient pas adaptables aux besoins de l'époque, elle n'a pas été capable, dans notre système juridique, sauf dans de rares occasions, de faire une grande part du travail constructif de transformation dans les périodes de développement. La législation n'a pas été capable de prévenir les nouvelles exigences, ni d'agir assez rapidement, lorsqu'elles se sont fait sentir, par l'intermédiaire de la litigation.

L'élaboration judiciaire du droit, en concurrence avec la législation, présente un avantage réel, en ce qu'elle travaille sur des cas concrets et ne généralise qu'après une longue série de tentatives et d'erreurs au cours d'efforts pour découvrir des principes utilisables. La législation, quand elle est autre que déclaratoire, quand elle fait plus que réaffirmer par voie d'autorité ce que l'expérience judiciaire a indiqué, comporte les difficultés et les dangers de la prophétie. Mais ces considérations ne suffisent pas, à elles seules, à expliquer pourquoi, dans l'Amérique de *common law*, par comparaison avec le droit civil, nous avons été capables de faire si peu pour la construction de monuments durables de création législative du droit.

Quelles sont les raisons de l'insuccès de la législation américaine de la période de formation dans la réalisation de ce qu'on attendait d'elle ? Certainement ce n'est pas que le monde de langue anglaise manqua de chef pour l'élaboration législative du droit. Dans les juridictions de *common law*, parmi ceux qui réclamaient une législation et cherchaient à la guider, trois noms sont au moins aussi grands que ceux des juges ou des auteurs de doctrine contemporaine, ce sont ceux de : Jeremy Bentham (1743-1832), Edward Livingston (1764-1836), et David Dudley Field (1805-1894). Chacun de ces individus particulièrement doués travailla longtemps et avec amour à donner au monde juridique de langue anglaise la législation la meilleure qui fut possible. Mais ils ne pouvaient légiférer directement, tan-

dis que, sur le « banc », des hommes de moindre envergure pouvaient délivrer directement des propositions juridiques, dont d'autres juges, et aussi la doctrine, étaient obligés de tenir compte.

Des gens de moindre envergure pouvaient, dans le rôle d'écrivains de doctrine, diriger bien plus efficacement le cours des décisions judiciaires que ces maîtres de la science et de la législation ne pouvaient diriger l'action des législateurs parlementaires.

Nous ne pouvons guère dire que le développement législatif de notre droit ait été gêné par la nécessité d'adapter la législation à la *common law*; car il aurait fort bien pu arriver, et, dans le premier quart de siècle après la Révolution, un observateur intelligent aurait fort bien pu prédire que ce serait la *common law* qui aurait à s'insérer dans un corps de législation ou à s'y ajuster. Mais, comme il arriva que les tribunaux furent peuplés par des juristes expérimentés, comme il advint que leur éducation juridique est venue de la tradition de *common law*, il était inévitable que la place d'une législation efficace dut se restreindre.

Tout d'abord la *common law* n'a jamais été particulièrement apte à mettre en œuvre des textes législatifs. Elle a une technique excellente pour découvrir, dans l'expérience conservée par les recueils d'arrêts donnés dans d'autres espèces du passé, les bases d'une décision d'espèce déterminée.

Par comparaison avec le droit civil, la *common law* a toujours été maladroite et assez peu efficace lorsqu'il a fallu juger d'après des textes législatifs. En outre, son attitude traditionnelle envers l'acte législatif s'oppose à ce qu'on fasse de cet acte législatif la base d'un développement créateur.

La *common law* considère un acte législatif comme destiné à établir une règle, à prescrire une conséquence de détail pour faire face à une situation de fait de détail, mais non pas comme un point de départ pour un raisonnement juridique. Tandis que le droit civil considère que le rôle de la décision judiciaire est de fournir une règle et qu'il se reporte au code ou au recueil de lois pour trouver des analogies, le praticien de *common law* trouve une règle dans la disposition législative et se livre à des déductions tirées des décisions judiciaires. Et il ne s'arrête pas là. Il admet que l'acte législatif n'est pas destiné à changer la *common law*, ou tout au moins qu'il est destiné à ne la changer qu'aussi peu que possible; de cette façon, il tend, s'il le peut, à le considérer comme déclaratoire et, en tout cas, lorsqu'il réalise un changement, à l'interpréter strictement. Il pense aux obstacles placés par la Constitution devant la législation comme s'ils établissaient des restrictions de *common law*, et il développe ces obstacles suivant les méthodes de la *common law*. De cette façon, la sphère de la réforme législative du droit est restreinte en même temps que, dans cet étroit domaine, son efficacité est diminuée.

La manière dont agit la tradition de *common law*, lorsqu'un acte législatif important est en train de naître, est illustrée par la loi *Sherman* sur les trusts. Telle que John Sherman l'avait conçue à l'origine, c'était un morceau de législation anglo-américaine caractéristique; il appliquait, dans un cas particulier, à une situation d'espèce, une simple règle de détail. Telle qu'il l'avait conçue, elle prévoyait que, lorsque des produits émaneraient de combinaisons restreignant la liberté du commerce et de l'industrie, les produits des concurrents étrangers entreraient dans le pays sans droits de douane.

Les membres du comité judiciaire du Sénat estimèrent que ce n'était

pas suffisant. Ils souhaitaient établir une loi générale à l'égard de ces combinaisons. Mais ils ne tentèrent pas de pousser la rédaction de cette loi au-delà d'un simple squelette qui, espéraient-ils, serait rempli par les décisions judiciaires. Le Sénateur Hoar nous dit qu'ils espéraient que, en employant les termes de la *common law*, ils pouvaient compter que les tribunaux considéreraient la loi comme une justification pour développer graduellement la *common law* en la matière. Au lieu de cela, nous dit-il, la Cour Suprême interpréta les termes de la loi, non comme sous la *common law*, mais comme s'ils étaient destinés à introduire une nouvelle règle et, de cette façon, la loi finit par introduire un changement radical. On ne peut rejeter tout le blâme d'une semblable situation sur la législature ou sur les tribunaux. C'est le résultat d'une attitude qui repose sur une longue tradition et qui ne cédera pas aisément. Mais cela fait de la tâche du législateur une rude tâche.

Nous devons cependant nous souvenir que les législateurs de la période de formation étaient pleins de confiance. Ils n'étaient nullement retenus par des considérations touchant à la manière dont les tribunaux recevraient et appliqueraient les actes législatifs ; s'ils avaient conservé la confiance du public, ils auraient pu imposer une meilleure attitude aux juges. Au lieu de cela, ils perdirent progressivement cette confiance et, progressivement, les tribunaux la gagnèrent, de façon que, dans la période qui va de la Guerre Civile à la fin du siècle, l'hégémonie du pouvoir judiciaire, dans notre gouvernement, est aussi marquée que l'était celle de la législature dans la période antérieure.

Il y avait bien des raisons à cette défiance croissante vis-à-vis des législatures qui s'accroît dans le dernier quart du XIX^e siècle et nous devons examiner ces raisons avec quelques détails du fait de la lumière qu'elles jettent sur la question ; que pouvons-nous espérer réaliser par la législation dans une autre période de développement juridique ?

D'une part, l'enthousiasme pour la législation qui suivit le sillage de la Révolution Française ne pouvait qu'entraîner une réaction. Dès le début, il y eut une vive réaction contre la fabrication de constitutions sur le papier et contre le gaspillage d'institutions auquel on se livrait de l'autre côté de l'eau, et, en même temps que l'Europe s'installait, après 1848, dans ce qu'on a appelé une période de libéralisme bourgeois, les partisans de Jefferson ou de Jackson, vers le milieu du siècle, firent preuve d'un conservatisme grandissant.

D'autre part, la manière de penser de l'école historique pénétra l'atmosphère. Burke avait insisté sur la continuité historique, et Savigny avait fondé une école historique de juristes qui manifestait du scepticisme vis-à-vis de la législation et s'opposait aux codifications. La doctrine de cette école fut longue à s'étendre à l'Amérique. Mais de 1848 à 1851, elle fut enseignée à Harvard par un disciple de Savigny.

Lorsque la force du mouvement de réforme législative fut épuisée, les juristes américains cessèrent de croire qu'une législation créatrice était possible ou, au moins, ils en vinrent à croire qu'elle ne pouvait faire autre chose que formuler par voie d'autorité des règles dont le contenu était tiré des usages de la pratique ou de l'expérience judiciaire.

Avec le développement de la pensée historique se produisit une éclipse du droit naturel. A la fin du troisième quart du siècle, les tribunaux le répu-

diaient avec autant de certitude qu'ils avaient mis de confiance à l'affirmer cinquante années auparavant. Le développement d'écoles de droit dans l'université et d'une profession légale formée à l'université, encadrée dans la tradition de *common law*, a donné à la transformation la touche finale.

Livingston ne fonda pas une école de juristes qui commenta ses idées jusqu'au point de les détruire. Mais, les idées de Bentham subirent une transformation entre les mains de ses disciples en même temps que s'épuisait aussi le mouvement de réforme législative anglais. La cause en fut à certaines difficultés intrinsèques dans la doctrine de Bentham. Cette doctrine avait un côté négatif aussi bien qu'un côté positif, et l'idée créatrice d'utilité qu'elle contenait fut utilisée pour écarter les archaïsmes plutôt que pour reconstruire. Bentham cherchait à libérer sa génération des entraves à la liberté d'action individuelle qui s'étaient maintenues depuis la société médiévale, organisée sur des bases familiales.

Il était entièrement d'accord avec les juristes métaphysiciens et historiens du continent pour reconnaître que le droit devait permettre un maximum de libre développement individuel et écarter les restrictions plutôt qu'en imposer. Ses disciples avaient aussi peu confiance dans la législation sociale du proche avenir que ceux de Savigny ou, plus tard, d'Herbert Spencer. Ce n'était pas une période propre à la création par voie législative. Pour un temps, il s'agissait d'une tâche d'organisation et de systématisation des résultats d'une période antérieure de croissance. En conséquence, les disciples de Bentham, dans le dernier tiers du siècle, donnèrent carrière à un pessimisme juridique pratiquement identique à celui de l'école de Savigny. Ils disaient que, par la législation, nous ne pouvons ni ajouter au bonheur humain, ni le produire ; que nous pouvons simplement écarter certains obstacles qui empêchent les hommes de découvrir le bonheur par eux-mêmes.

Avec le développement de la profession légale, avec la croissance de la confiance dans le pouvoir judiciaire et le développement d'une éducation juridique universitaire reposant sur la *common law*, commença, dans notre période de formation, un conflit entre les tribunaux et la Couronne dans l'Angleterre du XVIII^e siècle et qui fut, en partie, amené par l'influence de la littérature juridique issue du conflit anglais, qui était classique pour les juristes.

Dans l'Angleterre du XVIII^e siècle, dans une période de gouvernement absolu, par opposition aux chefs absolus, les tribunaux avaient tenu pour la doctrine de *common law*, suivant laquelle aucun acte officiel n'est au-dessus du droit. Dans l'Amérique du XIX^e siècle, certains graves abus de la législation conduisirent les juges, dans les Etats, à favoriser les obstacles constitutionnels à ces abus et à défendre la doctrine de *common law* qui affirmait la suprématie du droit, en en faisant une doctrine suivant laquelle la législature elle-même est soumise à la constitution, parce que celle-ci est la loi suprême du pays et doit être appliquée par les tribunaux au cours de la litigation et dans tous les cas où il faut constater et appliquer le droit.

La législation spéciale constituait un de ces abus contre lesquels les constitutions d'Etat prévoyaient toutes sortes de limitations sévères. Mais le législateur américain trouvait une justification à ce type de législation dans Blackstone. Lorsque ce dernier distingue les actes législatifs généraux ou publics des actes législatifs particuliers ou privés, il dit :

« Le statut 13 Eliz. c. 10, destiné à interdire aux personnes morales de passer des baux pour une durée supérieure à trois générations ou à 21 ans constitue un acte législatif public, car il pose une règle conçue pour l'ensemble des personnes morales dans la nation ; mais une loi destinée à donner pouvoir à l'évêque de Chester pour accorder un bail à A. B., pour une durée de 60 années constitue une exception à cette règle ; elle ne concerne que les parties et le successeur de l'évêque, et, par conséquent, c'est un acte législatif privé. »

Une législation spéciale de cette sorte constitue un acte d'administration du pouvoir législatif bien plutôt qu'un acte législatif d'élaboration du droit. Elle aurait pu soulever de délicates questions sur la séparation constitutionnelle des pouvoirs. Mais le volume de cette législation spéciale et les abus auxquels elle a donné naissance, — car nous avons peine à concevoir, d'après la législation des Etats d'aujourd'hui, telle que nous la connaissons, ce que révèlent les lois d'une période plus ancienne —, ont conduit à insérer dans les constitutions d'Etat des clauses interdisant ce type de législation ou le limitant à certains sujets ou à certaines catégories de sujets. Ces clauses étaient souvent difficiles à interpréter ou à appliquer et il n'était pas toujours facile, pour le législateur, de les respecter. Elles donnaient naissance à une abondante litigation et, dans plus d'un Etat, session, après session, elles laissaient planer l'incertitude sur les lois importantes.

D'aussi graves abus se développèrent en matière d'actes législatifs destinés à compléter ou à amender les lois. On superposait des amendements à une législation antérieure, sans les adapter à la place où ils devaient être insérés, sans aucune considération pour la place qu'ils auraient dû occuper dans un recueil de lois compréhensible, ni pour la manière de les adapter à ce recueil. Ces amendements faisaient naître des doutes sur la question de savoir à quel endroit on devait les placer dans le corps du droit législatif ; ils soulevaient des problèmes au sujet de l'abrogation implicite ; ils faisaient naître des doutes sur la question de savoir si l'on avait eu l'intention d'abroger quelque chose ou si l'on avait effectivement abrogé quelque chose, et, si cela était, jusqu'à quel point et exactement quoi ?

Il n'y a pas si longtemps que les recueils de lois anglais se trouvaient dans une condition scandaleuse à cet égard. Récemment encore il en était également ainsi de nos lois fédérales. Les constitutions d'Etat du XIX^e siècle tentèrent de faire face à ces abus par de strictes exigences sur les modes de révision, d'amendement, ou d'abrogation des lois. Mais il était difficile de satisfaire à ces dispositions, difficile de les interpréter et de les appliquer. Dans beaucoup d'Etats, elles donnèrent beaucoup de mal aux tribunaux et entraînèrent autant d'incertitude que les abus contre lesquels elles étaient dirigées sur la question de savoir ce qu'était exactement le droit établi par l'acte législatif.

Il se produisait aussi de graves abus du fait de clauses étrangères à l'objet principal de la loi (*riders on bills*) à l'aide desquelles on introduisait subrepticement des dispositions sur l'opportunité desquelles le public n'avait que peu ou pas de chances de se faire entendre. C'est pourquoi bien des constitutions d'Etat introduisirent de strictes dispositions concernant l'intitulé des lois et la conformité du contenu au titre, ou

concernant le nombre des questions qui pouvaient être traitées dans une même loi.

Tout ceci entraînait le même genre de confusion dans l'application des lois et avait le même effet désastreux sur la législation qu'avait eu la législation spéciale, les amendements ou les abrogations.

En même temps qu'existaient les abus ci-dessus, il y avait une tendance de la part des législatures à s'immiscer dans les fonctions administratives du pouvoir exécutif et dans l'exercice de la fonction judiciaire. On a adopté à cette époque des mesures législatives destinées à imposer la nomination, par le gouverneur, de personnes déterminées à des fonctions déterminées. On a adopté des lois spéciales concernant des travaux de voirie, là où, aujourd'hui, nous laisserions agir un bureau ou une commission. On a adopté des prescriptions législatives concernant l'admission au barreau, même l'admission d'une personne déterminée ou la réintégration de tel avocat exclu. On a adopté des lois pour prescrire au juge de faire le travail de « *law reporters* » en rédigeant des sommaires pour accompagner leurs décisions (*judicial head notes*). Tout ceci posait des questions délicates en matière de répartition ou de séparation constitutionnelle des pouvoirs.

Ces faits contribuent largement à expliquer la persistance aux Etats-Unis de cette attitude de la *common law* envers l'acte législatif, attitude qui est reconnue comme une caractéristique malheureuse de notre tradition légale anglo-saxonne.

Dans le dernier siècle, au lieu de travailler en accord pour atteindre les fins du droit, les législatures et les tribunaux, lorsqu'ils n'étaient pas réellement en conflit, se défiaient les uns des autres. Il y avait là, d'une part, un héritage du système politique anglais du XVII^e siècle sur lequel le nôtre fut construit, d'autre part, il y avait le jeu de notre doctrine de *common law* sur la suprématie du droit ; d'autre part encore, il y avait là une phase du système général de non-coopération entre des organes de gouvernement indépendants les uns des autres dont chacun poursuivait sa propre route, qui, dans tous les domaines, était caractéristique de l'Amérique des pionniers. Tout ceci devint plus marqué dans la seconde moitié du siècle, avec le déclin du personnel des organes législatifs des Etats.

Dans bien des cas, dans le premier tiers du XIX^e siècle, les tribunaux des Etats avaient adopté l'affirmation de Blackstone, — suivant laquelle « aucune loi humaine n'a de validité » si elle est contraire au droit naturel —, comme une justification pour refuser d'appliquer les lois qu'ils considéraient comme arbitraires ou déraisonnables. C'est ainsi que, en 1822, la Cour Suprême du Connecticut déclara que si une loi, sans autre raison, privait une personne de sa propriété ou la soumettait à un emprisonnement de telle façon qu'il y eut « une infraction directe à des droits acquis, trop flagrante pour qu'on put la contester et trop inique pour qu'on put la justifier », il y aurait « une violation du contrat social à l'égard de laquelle le pouvoir judiciaire aurait compétence ».

En 1814, en appréciant une loi qui dispensait des délais de procédure certains créanciers, lorsqu'ils agissaient contre certains débiteurs la Cour Suprême du Massachusetts dit :

« Il est manifestement contraire aux principes essentiels de la liberté

civile et de la justice naturelle, contraire à l'esprit de notre constitution et de nos lois, qu'un citoyen quelconque puisse jouir de privilèges qui sont refusés à tous les autres dans les mêmes circonstances, ou que quelqu'un soit exposé à des pertes, des dommages, des poursuites dont les autres sont exempts dans les mêmes circonstances ».

De même, en 1831, la Cour Suprême du Tennessee déclara que, puisqu'il y a « des principes généraux de justice qu'aucun gouvernement n'a le droit de méconnaître », on ne doit pas conclure « du fait qu'il n'y aurait pas de restriction dans la constitution pour interdire un acte déterminé de la législature que cet acte législatif soit par conséquent constitutionnel ». Elle ajoutait : « Il y a des actes qui, bien que non expressément interdits, peuvent être contraires à des exigences de la raison simples et évidentes ». Et, en conséquence, la Cour refusa de donner effet à une loi rétroactive qui créait un tribunal spécial pour juger certains procès entre une banque et ses agents.

Depuis le XIV^e amendement, de telles lois tombent sous l'interdiction expresse de la Constitution. Mais, dans notre période de formation, elles ne se heurtaient qu'à un seul obstacle : à la tradition transmise depuis le moyen âge, suivant laquelle toute action officielle doit être conforme au droit et ne doit être ni arbitraire ni déraisonnable. Cette doctrine avait été appliquée par Coke, en 1610, dans le cas *Bonham*, et par Hobart, en 1615, dans *Day c. Savadge*, et Holt avait posé en principe en 1701, dans *City of London c. Wood*, qu'une loi du Parlement « ne peut faire à la fois juge et partie un individu qui vit sous un système de gouvernement ».

Sous l'influence des idées d'omni-compétence populaire et, par suite, d'absolutisme législatif des représentants du peuple, sous l'influence de la conception qui voyait dans les actes législatifs l'expression de la volonté populaire, renforcée plus tard par la conception du droit comme commandement du souverain, il y eut une tendance marquée à l'arbitraire dans la législation. Le souvenir de conflits entre les tribunaux et la Couronne concernant la prérogative royale était trop récent pour permettre aux tribunaux de *common law* d'admettre l'existence d'un pouvoir législatif arbitraire de justice retenue. La tradition reçue était hostile à l'existence d'un pouvoir absolu, en quelque endroit que ce fût. C'est l'existence de ce pouvoir que les constituants et les déclarations des droits cherchaient à empêcher et, parmi les maux que notre séparation constitutionnelle des pouvoirs était destinée à prévenir, on comptait certains des actes que les législatures coloniales avaient accomplis.

Mais tout pouvoir est susceptible d'abus et il faut bien que le pouvoir existe quelque part si une société organisée veut accomplir sa mission. Le fait que l'attitude que les tribunaux ont fini par adopter a pu être poursuivie et trouvée praticable pendant un siècle témoigne cependant en faveur de cette attitude. Au total, dans notre période de formation, les tribunaux sont parvenus à maintenir un équilibre délicat. Si le droit naturel les a conduits à certains moments à quelques extravagances, son rationalisme s'est montré un guide utile.

Peut-être les législatures sont-elles plus oublieuses que les tribunaux des limites naturelles d'une activité légale efficace. Elles ne peuvent prévoir les applications de détail, qu'après les événements et à la lu-

mière de l'expérience. Mais, si bien qu'ait fonctionné l'examen minutieux par les juges de l'activité législative, il faut admettre qu'il a eu, dans l'ensemble, un mauvais effet, en diminuant le sens des responsabilités du législateur. Les observateurs ont souvent remarqué, pour parler vulgairement, une tendance à refiler le fardeau aux tribunaux (*pass the buck*), comparable à la tendance à abandonner aux tribunaux, ou aujourd'hui à des organismes administratifs, le soin de compléter une loi squelettique. Une partie de la relative inefficacité de la législation d'Etat en matière de réforme du droit doit être attribuée à cette irresponsabilité.

Nous pouvons comprendre ce qui a amené les tribunaux de notre période de formation à adopter envers la législation l'attitude qui a prévalu au XIX^e siècle et cependant déconseiller la persistance de cette défiance traditionnelle envers la loi dans la période actuelle. La pensée historique dans le passé immédiat se défiait des lois parce qu'elles étaient susceptibles d'entraîner des solutions de continuité. La pensée Benthamiste, Kantienne et positiviste des juristes du XIX^e siècle envisageait les actes législatifs avec défaveur parce que, en même temps que la pression de nouveaux intérêts entraînait l'adoption de ce que nous appelons la législation sociale, les actes législatifs tendaient à ne pas respecter la conception suivant laquelle le droit est un système de laisser faire dans lequel la seule justification d'une restriction légale particulière peut être qu'elle tend à favoriser une liberté générale abstraite.

Ces façons de penser aggravaient la tendance des tribunaux à ignorer des actes législatifs importants, en décidant qu'ils étaient déclaratoires, ou même l'assumant tacitement, sans ajouter de raisons et en citant simplement les décisions antérieures. Elles conduisaient les juristes de la génération qui nous a précédés à insister exagérément sur la défiance vis-à-vis de la législation à une époque où le mécanisme d'élaboration des actes législatifs s'améliorait rapidement. Elles entraînèrent la mode de prôner trop dogmatiquement l'inévitable supériorité du droit dégagé par les juges.

On ne peut pas disposer si légèrement des lois modernes comme de produits improvisés par le vague désir de faire quelque chose. Assez souvent ces lois représentent de longues et patientes études, faites par des experts, un examen attentif dans des conférences, des congrès ou des associations, des discussions dans les périodiques ou dans la presse, au cours desquelles l'opinion publique est attirée sur les détails importants ; elles représentent aussi des enquêtes longues et intelligemment menées devant les commissions législatives.

En outre, l'élaboration judiciaire du droit au cours du dernier siècle n'a pas été sans reproche. La philosophie juridique universaliste a conduit pour un temps à un développement trop mécanique de la jurisprudence, au cours duquel on a tenté de réduire tout le droit à un ensemble de règles, conçues sur le modèle des règles de la propriété. L'idéal de l'ordre juridique conçu par les praticiens et les juges comme un régime destiné à assurer le maximum de libre initiative individuelle a entraîné, particulièrement devant les tribunaux des Etats, des tentatives judiciaires pour introduire de force des idées Benthamistes de liberté des contrats et des idées Spencériennes d'individualisme, par l'intermédiaire de la notion constitutionnelle de procédure régulière (*due process of law*). La présomption que les lois sont déclaratoires ou tout au moins qu'elles ne dérogent pas

à la *common law* a conduit les tribunaux à différer la mise en œuvre effective de lois d'Etat uniformes sur les questions commerciales.

Dans ces circonstances, il s'est produit une résistance à laquelle la législation a dû faire face et même doit toujours faire face aux Etats-Unis. Cette difficulté réside dans le sentiment, de la part des praticiens et des tribunaux, que tout ce qui dépasse la modification de quelques règles de détails, modification basée sur l'expérience judiciaire du fonctionnement de cette règle et en exprimant les résultats, n'a pas de place dans le système juridique, que c'est un élément étranger qu'il faut sévèrement contenir et qui ne doit être appliqué qu'autant que l'exige la lettre même de l'acte législatif. Ce sentiment, bien établi, est exprimé dans une doctrine d'après laquelle les lois qui dérogent à la *common law* doivent être construites strictement, — doctrine qui a persisté malgré un siècle de tentatives législatives pour l'abroger —, et dans la technique traditionnelle de notre droit qui ne veut trouver d'analogies que dans la *common law* et refuse de prendre une disposition législative comme point de départ pour un raisonnement juridique.

Nous ne recevons jamais tout à fait dans le corps du droit un acte législatif sur un plan de complète égalité avec les principes dégagés par la jurisprudence ; nous ne le recevons pas de façon à ce que, comme la jurisprudence, les prescriptions législatives donnent à la fois naissance à des règles et à des principes susceptibles d'être développés par analogie. D'où vient que les nouvelles politiques (*policies*) qui inspirent la législation moderne ne se développent qu'à peine jusqu'au jour où elles ont été graduellement reprises par les décisions judiciaires.

Ceci n'est cependant pas du tout un phénomène purement américain ; nous l'avons hérité de l'Angleterre et, aujourd'hui encore, il est anglais autant qu'américain. Il est démontré par une note dans la douzième édition de la jurisprudence de Holland (1916) à quel point ce phénomène fait profondément partie de la tradition légale anglo-américaine. Holland était par croyance un juriste fidèle à la méthode analytique et comme tel, à bien des égards, il envisageait l'acte législatif comme l'instrument type du droit. Mais il avait été si complètement élevé dans la tradition de *common law* que lorsque son œil tomba sur un article que j'avais écrit dans *Harvard Law Review*, en 1908, dans lequel j'exposais l'histoire et les raisons passées de cette tradition et mettais en doute la possibilité d'appliquer cette tradition à la législation sociale de notre siècle, Holland fut amené à ajouter une note concernant « la législation et la jurisprudence comme instruments destinés à mettre le droit en harmonie avec le progrès social » et à conclure que, à moins que « la rédaction des actes législatifs et la procédure parlementaire ne soient grandement améliorées, il demeurera difficile de donner la préférence à la législation ».

Nous ne devons d'ailleurs pas oublier les difficultés intrinsèques qui s'opposent à l'élaboration législative du droit sous un gouvernement populaire. Il y a un élément de réelle vérité dans la doctrine de Savigny, M. le juge Holmes nous dit que la continuité historique dans le droit ne constitue pas un devoir, mais une nécessité. Nos recueils de lois d'Etat sont pleins d'actes législatifs qui ne représentent rien autre que la survivance d'un moment où ils eurent quelque vitalité. Mais beaucoup d'autres ne furent pas appliqués dès l'origine.

Il est tout aussi possible pour une législation récente que pour des décisions anciennes de n'être point en contact avec le monde contemporain. Il ne s'en suit pas qu'il ne puisse exister de législation créatrice. Il est vrai que rien dans le droit n'est entièrement fait d'une étoffe nouvelle. Le juriste historien du siècle dernier avait raison d'insister pour que les législateurs ou la doctrine ne mettent sous la forme de prescriptions légales que ce qui avait déjà été dégagé par l'expérience. Mais l'école du droit naturel n'était pas non plus complètement dans l'erreur quand elle désirait qu'on constatât la juste prescription provenant de la raison et le législateur exprimât de façon autorisée cette juste prescription.

Ce à quoi nous pensons lorsque nous parlons de législation créatrice, c'est à une législation qui introduirait de l'extérieur des principes nouveaux ou des points de départ pour un raisonnement juridique, au lieu de simplement formuler d'autorité ce qui a déjà été découvert d'autre façon par la doctrine ou la jurisprudence. Les lois sur les accidents du travail, par exemple, constituent une législation créatrice. Mais ce genre de législation n'est pas fréquent. Si Savigny ne nous a donc pas fourni un dogme définitif, il nous a donné un avertissement bien nécessaire.

Il faudrait ajouter qu'il faut s'attendre, de la part du juriste anglo-saxon, à un maximum de prudence à l'égard de l'élaboration législative des lois. Car sa tournure d'esprit le porte à aller de l'avant, pas à pas, en se basant sur l'expérience acquise d'un cas à l'autre, suivant ce que dans chaque cas l'équité semble l'exiger, plutôt qu'à tout rapporter à des universaux préconçus ou à tout en déduire.

C'est cette tournure d'esprit qui se trouve derrière ce qu'on appelle quelquefois l'empirisme anglo-saxon, qui consiste en réalité en une habitude de traiter les problèmes lorsqu'ils se présentent au lieu de chercher trop ambitieusement à les prévenir par des formules universelles. Sur le continent, la doctrine récente révèle que cette façon de penser fait aussi son chemin parmi les civilistes. Etant donné la manière dont le monde est aujourd'hui organisé politiquement, ou tout au moins était organisé jusqu'à l'arrivée récente des dictateurs, la législation signifie spécialement la confection parlementaire des lois. Mais les grands monuments de la législation sur les questions de droit, par opposition aux questions politiques, n'ont pas été l'œuvre d'assemblées élues par le peuple. Nous ne pouvons négliger ce fait que ces assemblées n'ont pas été portées à choisir les conseillers ou les rapporteurs les plus compétents pour préparer les projets de lois, que la procédure de rédaction qui précède l'action des législateurs a comporté de graves défauts, qu'il y a eu des négligences législatives qui ont beaucoup excédé tout ce qu'on a pu reprocher aux décisions judiciaires et que le système d'information du législateur sur les questions au sujet desquelles il va légiférer est généralement fruste et inadéquat. Les rédacteurs de projets de lois, comme Livingston ou Fields, ont eu peu de succès pour faire adopter leurs œuvres les plus mûries et, tandis que les Suisses ont eu le bon sens d'employer la science et l'habileté d'Huber, la plupart des codes importants ne sont pas issus d'assemblées démocratiques.

L'élaboration des lois par des assemblées législatives souffre encore plus d'un processus de préparation dans lequel la politique joue nécessairement un grand rôle. D'importants instruments de préparation se sont développés dans le siècle présent et sont en train d'obtenir de bons résultats. Mais

dans la période de formation, la besogne retombait presque entièrement sur les comités législatifs et de la sorte elle manquait de continuité et de plan ; elle était faite inégalement, au hasard, dans la hâte d'une session chargée.

Rapidement leur place fut prise par des organismes privés qui parvinrent à exercer une influence dominante. Parmi ces organismes, les plus importants étaient constitués par un type d'organisation qui représentait des intérêts particuliers et prônait des mesures conçues uniquement pour satisfaire aux exigences de ces intérêts. Aujourd'hui, tout métier, toute affaire, toute industrie ou toute profession ont leur organisation et leur comité législatif. Chacune de ces organisations a son contingent annuel ou bisannuel de lois. Chacune parvient le plus souvent à obtenir la législation qu'elle prône. En général, elle n'échoue que lorsque les actes législatifs qu'elles exigent sont combattus par d'autres organisations non moins puissantes et non moins obstinées.

Prenons, par exemple, la législation fédérale sur l'*interpleader* ⁽¹⁾. Cette utile procédure avait fini par être paralysée par des obstacles techniques, d'origine historique, qui limitaient beaucoup son utilité. Il y a quelques années, cette question fut l'objet d'une législation fédérale pour régler son application, lorsque le litige était de la compétence des tribunaux fédéraux. Cette législation venait étendre la portée de la procédure et la libérait des obstacles techniques d'ordre historique, lorsqu'il s'agissait de compagnies d'assurances, de sociétés d'assurances mutuelles et de *surety companies*. Quant au reste de ceux qui pouvaient avoir à plaider devant les tribunaux fédéraux, on les laissait au même point qu'avant. Les compagnies d'assurances, les *surety companies*, étaient organisées et pouvaient appuyer l'acte législatif qui améliorerait la procédure. Mais, étudier l'ensemble de la question de l'*interpleader*, préparer un acte législatif qui moderniserait cette procédure et le faire adopter, ne regardait personne. Il a fallu l'activité volontaire et désintéressée d'un professeur pour améliorer cette situation.

En outre, une assemblée législative doit aujourd'hui s'acquitter d'une énorme somme de travail dans un temps limité. Les questions politiques, le vote des crédits, la routine du gouvernement, les mesures d'administration et de police doivent avoir la priorité. Même aujourd'hui, alors que de grands progrès ont été faits dans le choix des conseillers législatifs, dans l'organisation des conseils législatifs et des commissions de rédaction, l'inévitable hâte d'une session chargée entraîne bien des négligences dans l'élaboration des actes législatifs. La négligence des législateurs ne trouve pas les mêmes contrepoids qui obligent les tribunaux à procéder avec prudence, après s'être au moins assurés qu'ils savent ce qu'ils font et sur quelles bases ils le font.

Mais, par-dessus tout, la législation américaine a souffert d'une technique non développée par comparaison avec le développement de notre technique judiciaire. Nous n'avons pas hérité de technique législative et les conditions très simples dans lesquelles se développait notre plus ancienne

(1) L'*interpleader* est une procédure qui permet à un individu à qui deux ou plusieurs personnes réclament une même dette, de se faire mettre hors de cause, jusqu'à ce que les deux demandeurs aient fait trancher entre eux la question de titre. (Note du traducteur.)

législation ne semblaient point en requérir. Les recueils de décisions judiciaires sont pleins d'exemples des résultats que pouvait entraîner ce manque de technique. Il fallait recourir à des clauses interprétatives, à des définitions données par le législateur, soit pour rendre l'acte législatif compréhensible, soit pour restreindre la liberté d'action des juges dans les conflits entre les tribunaux et les législateurs. On trouve dans les recueils bien des cas dans lesquels ces clauses et ces définitions n'ont apporté qu'obscurité.

Dans les recueils, il y a plus d'un cas dans lesquels le contexte et le dessein de la loi portaient à une interprétation, alors que la clause interprétative en recommandait une autre. Dans bien des cas, l'emploi de termes généraux et vagues a soulevé des questions difficiles : il fallait savoir jusqu'à quel point les tribunaux devaient procéder à une création législative sous couleur d'interprétation afin de fournir un contenu quelconque à l'acte législatif. Il s'est trouvé bien des cas dans lesquels il n'existait ni contexte, ni autre loi sur la même matière par où suppléer à un texte législatif dont les clauses étaient si obscures que, avec les meilleures intentions, un tribunal ne pouvait déterminer sa véritable signification et la faire connaître.

De tels faits ont provoqué une agitation populaire en faveur d'interprétations falsifiées, souvent de la part des mêmes personnes qui, à d'autres égards, s'élevaient contre ce qu'elles appelaient l'usurpation judiciaire. Cette tendance fut très marquée au début du siècle. Une bonne part des faits dont on se plaignait était due tout autant au caractère fruste de la législation qu'à l'étroitesse d'esprit des tribunaux. Jusqu'à aujourd'hui même, les tribunaux ont constamment à faire face à des situations comme les suivantes : l'utilisation d'un mot ou d'un terme qui semble ne pas présenter de doute, à première vue, pour quelqu'un qui ne connaît pas ou qui n'a pas apprécié les cas et les circonstances dans lesquelles le terme devra s'appliquer, ce qui fait que le mot ou le terme est désespérément ambigu lorsqu'il est appliqué aux faits ; la rédaction d'une clause générale qui exige que certains détails soient précisés et l'omission de toute disposition à l'égard de ces détails, ou l'utilisation de termes si vagues qu'ils ne peuvent pas être appliqués à la réalité.

Dans bien des occasions, j'ai insisté sur la nécessité de créer un ministère de la justice à la fois pour la Nation et pour chaque Etat, comme remède à de tels maux. Car le temps est passé où la seule recherche nécessaire pour le perfectionnement du droit était l'étude des livres de droit et des recueils d'arrêts avec l'aide de l'expérience du législateur ou du juge et la connaissance générale de ses voisins. Dans le passé, l'arrière plan social et économique dans lequel s'encadraient la confection et l'application des principes juridiques exigeait peu d'études. Le plus souvent cet arrière plan s'imposait à l'observation d'un homme intelligent sans éducation spéciale, ni effort spécial.

Aujourd'hui, nous ne pouvons tenir pour acquis que ceux qui font les lois, les découvrent et les mettent à exécution, puissent trouver dans les textes, dans leur propre expérience de la vie ou dans leur connaissance générale de la vie, des hommes et des choses, tout ce qui serait nécessaire à un fonctionnement normal de l'ordre juridique. Désormais les problèmes ne sont plus évidents, et l'application à ces problèmes des données de

l'histoire, lorsqu'on les a reconnues, n'est pas plus évidente non plus que l'adaptation nécessaire du mécanisme légal, lors qu'il a été défini. Nous ne pouvons continuer à nous fier bien plus longtemps à l'effort individuel spontané, d'autant qu'il cache généralement les exigences individuelles de quelques groupes ou organisations intéressées.

Que pouvons-nous alors attendre de la création législative du droit dans la période de développement juridique qui est devant nous ? Il y a trente ans, — les tribunaux des Etats semblaient alors lents à apprécier l'importance des problèmes soulevés par la législation contemporaine et essayaient encore, pour la plupart, de réduire toute l'administration de la justice à l'application mécanique de règles du type des règles de la propriété —, je suggérais que les décisions judiciaires, en tant qu'instruments de progrès du droit, ne contenaient qu'une promesse de stérilité et que nous devions envisager un déplacement du point de croissance de notre droit au profit de la législation, que nous devions apprendre des civilistes à utiliser les actes législatifs modernes comme des actes déclarant une politique générale et, en tant que tels, susceptibles de servir de point de départ pour des raisonnements juridiques créateurs.

Mais, récemment, ayant eu à professer un cours de législation durant deux années, je fus contraint d'étudier les recueils d'actes législatifs du siècle dernier et d'étudier les recueils d'arrêts pour connaître les questions que ces actes législatifs avaient soulevées et qui avaient été tranchées par les tribunaux. Cette étude m'a convaincu que la question n'était nullement aussi simple que je l'avais supposée. Je crois encore fortement, comme je le croyais alors, que le juriste de *common law* doit apprendre à adopter une attitude différente à l'égard des actes législatifs. Mais il y a beaucoup plus à faire. La jurisprudence fait preuve d'un pouvoir de création renouvelé, tandis que les législatures abandonnent le travail créateur à des bureaux administratifs, à des commissions et à des tribunaux. On a beaucoup fait, dans la génération présente, pour améliorer la technique législative, mais, si l'on veut que les actes législatifs réalisent ce que nous exigeons d'eux, il faut bien autre chose qu'une bonne technique. Nous ne pouvons espérer progresser sans la législation. C'est le mode d'élaboration du droit caractéristique des systèmes adultes.

Il serait futile d'espérer que le travail préliminaire de recherches, d'organisation et de diffusion des documents nécessaires à la législation, à la découverte judiciaire du droit et à sa mise en œuvre administrative se fera tout seul. Ce ne sera pas non plus le vieux mécanisme des commissions législatives, travaillant sous pression au moment critique de l'élaboration de la législation, qui le fera, ni le mécanisme des tribunaux qui tranchent les conflits dans des questions nationales, découpées localement par les règles de compétence des juridictions, ni celui des tribunaux administratifs qui traitent chaque cas comme s'il était unique. Il serait encore plus futile de s'attendre à de bons résultats d'une recherche, faite sur l'ordre de quelque intérêt particulier ou opérée dans un esprit de commerce ou de parti.

Mais ce qui nous intéresse pour le moment, ce n'est pas le travail préparatoire aux décisions judiciaires ou à l'action administrative. En tout cas, en tant au moins qu'il s'agit du droit régissant les relations quotidiennes d'homme à homme, notre procédure d'élaboration des actes légis-

latifs ne peut suffire. De la façon dont elle opère et dont elle a opéré dans le passé depuis une génération, elle nuit à l'efficacité du droit et affaiblit le respect du droit. Quelle que soit leur valeur dans de grandes questions sociales ou politiques, les enquêtes législatives, telles qu'elles sont conduites actuellement, sont aussi insuffisantes pour l'amélioration des matériaux juridiques qui servent de base aux décisions judiciaires, que les procédés si critiqués qui servaient à attirer l'attention des juges sur les conditions sociales et les réalités économiques.

Il y a une nécessité impérative à développer des instruments de préparation compétents, scientifiques et impartiaux. Demander un changement dans l'esprit des juristes et des tribunaux n'est pas assez. Nous devons diriger notre attention sur les organes d'élaboration des actes législatifs, sur les matériaux sur lesquels doivent travailler ces organes, sur les services auxiliaires qu'ils peuvent avoir à leur disposition, sur les moyens d'améliorer ces matériaux, d'organiser ces services, et de rendre les organes et les services plus propres à leur fonction.

OBSERVATIONS SUR LES MODES D'EXPRESSION DU DROIT : REGLES ET DIRECTIVES

Par Jacques MAURY

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

1. Le problème des modes d'expression du droit et de leur valeur respective est, au moins en France, une question relativement nouvelle. Ce sont les travaux de l'Institut de Droit comparé de Lyon, les livres de El-Arabi, *La conscription des neutres dans les luttes de la concurrence économique* (1924), de Al-Sanhoury, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise* (1925), qui ont fait connaître des exemples de *standards* ou directives dans les jurisprudences anglo-saxonnes et ont, à la suite du Doyen de l'Université d'Harvard, Roscoë Pound, opposé à la jurisprudence mécanique la jurisprudence sociologique ; dans ses préfaces à ces ouvrages, dans celles qu'il a écrites pour la traduction du tome premier des *Codes soviétiques* (1925), pour le livre de G. Cornil sur *Le droit privé* (1924), déjà, en 1921, dans *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis* (p. 204 et s.), en d'autres endroits encore de son œuvre si riche en indications, en suggestions, Edouard Lambert a parlé ou traité de la question. Celle-ci avait, dès 1926, excité la curiosité toujours en éveil de Maurice Hauriou qui suivait — je le sais — avec un intérêt passionné, les recherches de ce que l'on peut bien appeler l'école lyonnaise de droit comparé, l'école d'Ed. Lambert : d'où l'article de la *Revue trimestrielle de droit civil*, reproduit dans le 23^e *Cahier de la Nouvelle Journée, Police juridique et fond du droit*. La notion de directive a été, dans les thèses de doctorat, étudiée (Stati, *Le standard juridique*, Paris 1927) ou utilisée (par exemple, A. Schneider, *De l'indivisibilité de la propriété et de la gérance dans les officines pharmaceutiques*, Nancy, 1927 ; Markovitch, *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, Lyon, 1936). Un article de Al-Sanhoury y est consacré dans le tome II du *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény* et il suffit de se reporter à l'index général du tome III de ce recueil pour s'assurer que le concept de *standard* juridique est aujourd'hui familier aux juristes qu'intéressent les questions de méthode et de sources du droit.

2. Je n'ai pas la prétention d'apporter sur ce sujet des idées nouvelles, des renseignements inédits. Il m'a semblé qu'il était possible, et peut-être utile, de présenter quelques réflexions critiques sur la notion

même de directive et sa valeur, d'indiquer les conceptions fondamentales du droit qui s'opposent sous la controverse relative aux modes d'expression de celui-ci. Sans doute serai-je ainsi amené à formuler quelques objections contre les tendances, sinon contre les solutions, de l'école lyonnaise et de son chef. La discussion des thèses, quelles que soient d'ailleurs les conclusions, est une preuve de l'importance qu'on y attache. Je voudrais qu'Edouard Lambert ne voie dans ce bref essai qu'un hommage — très sincère — de ma respectueuse et amicale admiration.

3. Le premier point à examiner est la définition des deux modes d'expression considérés, la règle et la directive ou *standard*. Il en est une conception commune particulièrement développée par MM. Al-Sanhoury (*op. cit.* p. 38 et s. *Aj. Recueil Gény*, II, p. 145 et s.); et Stati (*op. cit.*, n° 22 et s.). Maurice Hauriou (*Revue trimestrielle*, 1926, p. 265 et s.) en a défendu une notion, par certains côtés, personnelle, originale dont il est nécessaire de préciser les rapports avec la précédente, dont il faut savoir si elle est complète et approfondit celle-ci ou si, au contraire, elle la modifie ou même la déforme.

4. La règle et la directive diffèrent, dans l'opinion commune, par leur nature, par la façon même dont elles traduisent le droit objectif, expriment la conduite à suivre. La règle est précise : une fois réalisée la situation de fait qu'elle régit, donc réunies ses conditions d'application, elle donne quasi automatiquement la solution ; le *standard* est plus vague, plus souple, il indique de quelle façon doit se faire l'appréciation juridique des faits, il montre le chemin à prendre pour atteindre le but cherché. La règle fournit une recette, la directive une méthode.

Quelques exemples, volontairement sommaires, rendront cette différence plus nette. La jurisprudence anglaise en matière de restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail est, depuis le XVII^e siècle, passée par les deux stades de la règle et de la directive : elle a d'abord distingué les restrictions générales et partielles, celles-là étant nulles de façon absolue, celles-ci pouvant être valables s'il y a « considération » suffisante, on était en présence d'une véritable règle : la directive de rationalité a remplacé cette dernière à la fin du XIX^e siècle, toute restriction étant valable ou nulle, suivant qu'elle est, ou non, raisonnable ⁽¹⁾. En droit français, l'article 843 du Code Civil qui oblige tout héritier donataire du défunt à rapporter les libéralités à lui faites, sauf dispense expresse de rapport, est une règle de droit ; sont, par contre, des directives l'article 645 du Code Civil qui prescrit aux tribunaux, se prononçant sur l'usage des eaux, de « concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété », l'article 601 « qui impose à l'usufruitier l'obligation de « jouir en bon père de famille », l'article 6 qui interdit les conventions dérogeant « aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

On peut, semble-t-il, accepter la définition de M. Stati (*op. cit.*, n° 21) : « le *standard* juridique est le procédé qui permet au juge de prendre en considération le type moyen de conduite sociale correcte pour la catégorie déterminée d'actes qu'il s'agit de juger ».

(1) V. Al-Sanhoury, *op. cit.*, p. 85 et s. *Aj. Gare, The law relating to covenants in restraint of trade*, London, 1936, p. 1 et s.

5. Deux conséquences importantes résultent, quant à la fonction des autorités et spécialement des tribunaux, de la nature de la directive. En premier lieu, celle-ci impose aux juges, dans l'application du droit au fait, une activité autre que celle qu'exige la règle : il ne s'agit plus de déduction, de logique; l'expérience, l'observation, l'empirisme passent au premier plan; il faut évaluer les intérêts en présence, et, pour cela, d'abord les découvrir, afin de satisfaire ou de ménager le plus grand nombre possible de ces intérêts et, parmi eux, ceux qui apparaissent comme les plus importants; la jurisprudence logique doit céder à la jurisprudence sociologique, le magistrat, à l'expert ⁽²⁾, ce qui explique la tendance américaine à une certaine application administrative du droit. La directive, en second lieu, laisse aux autorités, aux tribunaux, une marge considérable de liberté, un certain pouvoir discrétionnaire : ainsi elle leur permet, d'abord, de réaliser, sans difficulté ni artifice, les changements, les évolutions nécessaires; ainsi elle rend possible la prise en considération de tous les éléments de l'espèce. L'individualisation de la justice, d'un mot, l'équité.

6. La différence essentielle entre la directive et la règle est donc bien, dans les idées généralement acceptées, celle d'un principe de méthode et d'une formule de solution. Mais, dans son article de 1926 (*supra*, n° 1), Maurice Hauriou propose un autre critérium de distinction : la directive — que l'auteur (*loc. cit.*, p. 269) distingue d'ailleurs du *standard* — traduit l'autolimitation d'un pouvoir discrétionnaire, la règle est une hétérolimitation supprimant le caractère discrétionnaire du pouvoir. Il convient de confronter ces deux conceptions, diverses, au moins en apparence. Une distinction est, pour cela, nécessaire : une expression, une formule du droit étant donnée, on peut, en effet, se placer, pour en étudier le caractère, à deux points de vue : au point de vue du pouvoir dont la norme émane, du pouvoir créateur, ou à celui du subordonné qui peut n'être qu'un sujet, mais qui peut aussi être un pouvoir.

7. Il faut d'abord regarder du côté du subordonné : c'est la position prise surtout, peut-être même exclusivement, par les théoriciens de la directive jusqu'à Maurice Hauriou. Le subordonné, c'est le juge par rapport à la loi; c'est en droit anglais, à raison de l'*authoritative precedent* et dans la mesure où joue celui-ci, le juge inférieur par rapport au juge supérieur, par exemple, la *Court of Appeal*, la *High Court of Justice* par rapport à la *House of Lords*; ce sont les particuliers par rapport à la loi, à la jurisprudence. Le droit formulé par l'autorité supérieure, législateur, cour suprême, tribunaux, peut l'être dans la forme règle ou dans la forme directive : il suffirait pour s'en convaincre, si besoin, de se reporter aux exemples donnés (*supra*, n° 4). Quand il l'est dans la forme règle, la liberté des subordonnés est limitée étroitement; quand il l'est dans la forme directive, cette liberté est plus grande, il y a, au moins en partie, pouvoir discrétionnaire. Mais, on le voit bien, le caractère, discrétionnaire ou non, du pouvoir subordonné vient de ce que la limitation est plus ou moins précise, de ce qu'elle est constituée par une règle de solution ou un principe de méthode, et non pas de l'origine de cette limitation : par hypothèse, en effet, il y a toujours hétérolimitation. Avec le système de Mau-

(2) V. sur ces idées de Roscoe Pound, Patterson, La philosophie du droit en Amérique, *Revue trimestrielle droit civil*, 1930, p. 973 et s., spécialement, p. 983 et s.

rice Hauriou, l'article 6 du Code civil serait, pour le juge, une règle puisque constituant une limitation venant de l'extérieur ; de même, pour les Cours anglaises autres que la *House of Lords*, le *standard* de rationalité. Il y aurait substitution d'une théorie à une autre, non développement de celle-ci. Les notions de directive et de règle sont respectivement liées à celles de liberté relative ou de stricte limitation quant à l'activité du subordonné. On ne peut pas tenir pour équivalentes celles de règle et d'hétérolimitation.

8. La conclusion sera identique si l'on passe au second point de vue, au point de vue du pouvoir créateur de la formule juridique. Tout pouvoir qui a une telle compétence a, avant toute utilisation de celle-ci, pleine liberté. Son activité créatrice exercée, plusieurs hypothèses sont possibles.

1° L'autorité considérée a prévu une question ou un genre de questions qui se présenteront devant une autorité subordonnée : ou elle en indique la solution en édictant une règle que celle-ci appliquera, ou elle trace simplement une directive qui laissera au subordonné une certaine liberté. Qu'elle procède d'une façon ou de l'autre, l'autorité supérieure, le pouvoir créateur limite sa propre liberté future : il la limite par la règle qu'il pose et qui vaut, même pour lui, jusqu'à abrogation ou par l'abandon qu'il fait au subordonné du pouvoir d'appréciation conformément à la directive tracée laquelle vaut jusqu'à changement. C'est l'hypothèse même qui a déjà été étudiée, mais du point de vue opposé : toutes les fois qu'il y a hétérolimitation du pouvoir subordonné, il y a autolimitation du pouvoir supérieur.

2° Un pouvoir — telle la *House of Lords* — peut, pour un ensemble de problèmes qu'il aura lui-même à résoudre ou énoncer une règle précise ou s'en tenir à une indication plus ou moins vague de l'esprit dans lequel il décidera. Dans les deux cas, il y a limitation de liberté, limitation plus ou moins grande suivant la plus ou moins grande précision ; dans les deux cas donc, qu'il y ait règle ou directive, il y a autolimitation, celle-ci correspondant d'ailleurs à une hétérolimitation des subordonnés, des sujets.

3° Le pouvoir enfin peut simplement formuler une méthode d'étude, des questions qu'il aura à examiner, fixer des principes de recherche, de travail. Ici encore, il peut le faire de façon précise ou de manière vague : il suffit de comparer la règle du *stare decisis* qui vaut, en Angleterre, pour la *House of Lords* elle-même et la directive de la continuité de jurisprudence de la Cour de Cassation française. Ici encore, et dans les deux cas, il y a autolimitation. Pas plus que l'hétérolimitation ne caractérise la règle, l'autolimitation ne caractérise donc la directive.

9. Il faut, par suite, se détourner des vastes horizons découverts par Maurice Hauriou et s'en tenir à la position habituelle, classique du problème. La question qu'on a à étudier apparaît comme une question technique, c'est celle du mode d'expression du droit qu'il convient de préférer, celle de la formule juridique la meilleure. Mais les deux principaux pouvoirs qui jouent dans la création du droit un rôle, sinon exclusif, du moins prépondérant, en tout cas conscient, sont le législateur et les tribunaux, le problème à résoudre est, par conséquent, à la fois de politique législative et de politique jurisprudentielle.

On pourrait songer à distinguer et, de façon plus ou moins nette, les auteurs l'ont fait qui ont donné des raisons valant exclusivement ou sur-

tout pour l'un des deux domaines. La doctrine française, en général — la thèse de M. Stati est, à ce point de vue, très caractéristique — ne pense guère qu'aux rapports de la loi et du juge : celle-là est abstraite, générale ; elle doit être adaptée par celui-ci aux espèces, aux cas concrets sur lesquels il a à décider ; elle ne peut l'être aisément que si elle laisse quelque liberté, s'il y a une marge d'indétermination, si elle se borne à donner des directives. C'est — moins le terme — la conclusion à laquelle arrivait déjà, en 1924, sur rapport de M. Morin, la Société française de philosophie (*Bulletin*, p. 107 et s.). Pour Maurice Hauriou, au contraire, le champ d'élection de la directive serait plutôt la jurisprudence : en négligeant l'argument tiré par l'auteur de l'idée d'autolimitation (v. *supra*, n° 8), on peut dire que devant saisir une réalité toujours en mouvement, les juges ne peuvent pas, ne doivent pas s'enfermer eux-mêmes, quant au droit qu'ils créent, dans le cercle des règles, qu'il leur faut se réserver une part de pouvoir discrétionnaire.

Il est inutile d'examiner de près cette distinction et les arguments qui l'appuient. Il suffit de faire observer qu'avec des différences incontestables mais qui sont d'importance relativement minime, le problème à résoudre reste, dans les deux séries de cas, identique : c'est le choix à faire entre la certitude du droit et sa faculté d'adaptation, entre la stabilité et le mouvement, le général et le particulier. Un tel choix, s'il comporte, en premier lieu et surtout, la pesée des avantages et des inconvénients respectifs de la règle et de la directive, oblige finalement à prendre parti — et c'est ce qui donne au problème toute sa portée — sur la nature même de l'activité du juge, sur le sens et la signification de la sentence judiciaire.



10. Les deux exigences fondamentales du droit sont sans doute comme l'a si fortement indiqué Maurice Hauriou ⁽³⁾, la justice et l'ordre. Si la première correspond à une certaine aspiration des hommes vers l'absolu, les concepts qui s'efforcent de la traduire, les sentiments dans lesquels elle se reflète en se déformant varient suivant les temps et les lieux. L'exigence de l'ordre exprime le besoin de stabilité, de sécurité dont les formes sont, elles aussi, multiples et diverses, mais dont la permanence ne semble pas pouvoir être sérieusement discutée. Or, à ce double point de vue, la directive nous apparaît comme inférieure à la règle.

11. 1° Le droit par sa nature même se compose de normes de conduite, il prescrit ce qui doit être, défend ce qui ne doit pas être. Puisque les hommes doivent se conformer au droit, il faut évidemment qu'ils puissent le connaître, il faut qu'ils puissent prévoir les conséquences juridiques de leurs actes ou de leurs faits. La directive, à raison même du caractère imprécis de son contenu, introduit dans tout problème de droit un élément inconnu ou plutôt — car un tel élément ne peut être totalement supprimé — accroît jusqu'à le rendre prépondérant l'élément inconnu, la personnalité du juge. De tribunal à tribunal l'appréciation d'un même cas peut changer ; devant le même tribunal, parce qu'il n'y a, pour ainsi dire, ni espèces identiques, ni esprits immuables, des affaires analogues pourront

(3) L'ordre social, la justice et le droit, *Revue trimestrielle*, 1927, p. 795 et s.

recevoir des solutions différentes. La directive, lorsqu'elle n'est vraiment que cela et qu'elle le reste, est facteur d'incertitude quant à la conduite à tenir : ainsi elle est un moyen imparfait d'expression du droit, la formule juridique ayant pour objet essentiel de devenir mobile d'action ou d'abstention ; ainsi, elle crée dans la vie sociale une dangereuse insécurité, elle est source de surprises, de désillusions après l'avoir été parfois d'hésitations.

12. Les auteurs qui l'ont défendue en France n'en réclament pas, il est vrai, l'usage exclusif, ils demandent seulement qu'on lui fasse sa part. M. Al-Sanhoury (*op. cit.*, p. 56 et s.), que M. Stati (*op. cit.*, n°s 80 et s.) a suivi d'assez près, distingue deux domaines et essaie de les délimiter de façon approximative. La règle conviendrait seule aux institutions, aux relations pour lesquelles l'emporte le besoin de sécurité et de stabilité : questions d'incrimination en droit pénal, questions de procédure, réglementation de la lettre de change et du billet à ordre dans le droit commercial ; régime de la propriété et des droits réels, statuts familial et successoral en droit civil. Par contre, la directive serait à recommander pour les problèmes en constante évolution, dans les parties du droit où dominent les forces dynamiques : « organisation de l'industrie, rapports commerciaux, relations entre le capital et le travail, association des personnes et des capitaux », bref, en matière économique et sociale ⁽⁴⁾.

Mais, même ainsi restreint, l'emploi de la directive soulève des objections, mérite des critiques. La sécurité est également nécessaire dans le domaine des relations économiques, des rapports commerciaux, l'est peut-être même là d'une manière toute particulière. Il s'y agit le plus souvent, la responsabilité délictuelle écartée, d'actes juridiques, c'est-à-dire d'actes volontaires ; la décision à prendre par les parties suppose dès lors l'examen des circonstances, la possibilité d'une prévision. Sans doute, les commerçants, à raison du volume, normalement assez considérable, de leurs transactions, s'accommodent de quelques déchets ; la nécessité de ne pas, en général, se tromper n'en reste pas moins, pour eux, impérieuse ; le développement du formalisme qui, non sans brutalité, donne la certitude, est une des tendances du droit moderne, du droit commercial moderne spécialement.

13. Ces affirmations paraissent contredites par les résultats du travail de M. Ishizaki sur « le droit corporatif international de la vente de soies » qui a été publié, en 1928, dans la *Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé de Lyon* et dont, dans sa préface, M. Ed. Lambert a fait siennes les conclusions. En étudiant la vente de soies sur les diverses places internationales, l'auteur de cet ouvrage a, en effet, découvert l'existence de droits corporatifs aux nombreux traits communs, aux contenus voisins. Ces droits, indépendants, dans une très large mesure, des droits commerciaux, tant jurisprudentiels que légaux, se forment grâce aux contrats-types, aux codifications d'usages auxquelles renvoient ces contrats et aux arbitrages corporatifs par le jeu, en droit ou en fait, des clauses compromissoires ⁽⁵⁾. Leur but principal, leur fonction essentielle serait précisé-

(4) Aj. Ed. Lambert, *Le congrès international de droit comparé de 1932, 1934*, p. 32 et s.

(5) V. Lambert, t. I, p. XXVIII ; Ishizaki, t. I, p. 6 et s. ; t. II, p. 231 et s. ; Aj. Charley del Marmol, *Le droit corporatif de la vente commerciale*, *Revue Droit International et Législation Comparée*, 1936, p. 601 et s.

ment de faire échapper les relations qu'ils régissent aux droits commerciaux généraux, droits de règles abstraites et rigides, et de les soumettre à des droits spéciaux composés de *standards* de nature économique, à des droits que la libre appréciation de professionnels pourrait adapter aux espèces particulières : par un système de directives, les commerçants de la soie auraient poursuivi et atteint la « justice substantielle » (6). La supériorité d'un tel système aux yeux des intéressés serait ainsi établie par l'observation même, en quelque sorte de façon expérimentale.

La réponse est assez facile. Il n'y a ici à examiner ni le particularisme ni la valeur pratique de ces droits corporatifs dont M. Ishizaki a établi l'existence : ce qui seul intéresse c'est la forme par eux donnée aux normes qui les constituent. Or, il suffit de parcourir dans le tome III de l'ouvrage le texte des codifications d'usages ou mieux encore de lire, dans les tomes I et II, l'intéressante étude qu'en fait l'auteur pour se rendre compte de l'incroyable minutie de la réglementation corporative, de l'effort fait pour prévoir tout ce qu'il est possible de prévoir : le droit corporatif se compose de règles, différentes sans doute des règles du droit commun, mais beaucoup plus nombreuses et beaucoup plus détaillées que celles-ci. La « paix commerciale » a été cherchée, conformément à la nature des choses, non pas dans le vague des formules, générateur forcé de controverses et de litiges, mais dans leur précision maximum qui donne à chacun la connaissance sûre de ses droits et de ses obligations. L'observation, loin de l'infirmier, confirme donc la thèse qui a été exposée.

14. 2° Ce n'est pas d'ailleurs seulement du point de vue de l'ordre que la règle doit être préférée à la directive, c'est aussi du point de vue de la justice. La directive, c'est, par nature, par définition, l'arbitraire du juge. On dit bien que, grâce justement à la liberté d'appréciation qui leur est ainsi consentie, les tribunaux pourront statuer en tenant compte de toutes les circonstances, humaniser le droit, atteindre l'équité. Quelle que soit la valeur intellectuelle et morale des magistrats, n'est-ce pas un peu trop oublier qu'ils sont des hommes, et la condition humaine ? La règle abstraite peut être imparfaitement adaptée, parfois même brutale ou cruelle. Mais elle est égale pour tous, sa généralité et garantit et protège ceux qui lui sont assujettis et libère ceux qui ont la mission difficile de l'appliquer. Même si toutes les décisions judiciaires devaient être excellentes — et qui oserait l'affirmer ? — on accroît, chez la partie malheureuse, le sentiment de l'arbitraire, la conscience d'une injustice subie en augmentant l'importance de l'intervention personnelle du juge : la sentence est d'autant mieux acceptée que le facteur humain y paraît moins prépondérant. Les apparences ont une valeur psychologique, sociale.

15. Sans doute ces inconvénients de la directive peuvent, dans certains cas, être atténués. Ils le sont peut-être, en France, pour le Conseil d'Etat : le développement du « régime administratif » a eu pour résultat de maintenir et de fortifier, chez les Français, par rapport à l'Administration, une mentalité de sujets ; à l'égard de la Puissance publique on ne croit pas, même quand on a raison, avoir tout à fait le droit d'être victorieux. Ils le sont certainement lorsque, comme en Angleterre, les juges ont, à raison de

(6) V. Lambert, t. I, p. 30, 31 ; Ishizaki, t. II, p. 248 et s.

leur situation, de la tradition aussi, une incomparable autorité morale, jouissent de la pleine confiance des justiciables et on verra d'ailleurs (*infra* n° 17) que le principe du *stare decisis* diminue ou même supprime les dangers des *standards*. Ces dangers disparaissent enfin dans les pays totalitaires où il n'y a qu'une façon de penser et de sentir qui soit permise, où le juge doit servir la doctrine, la conception de vie que c'est un péché mortel de refuser, où il faut dès lors que ce juge, par-delà les formules, puisse découvrir et dire les exigences de cette conception. Ce n'est pas simple hasard si le Code civil de la R. S. F. S. R., par exemple, est particulièrement riche en directives ⁽⁷⁾, ce n'est pas simple hasard si les juristes nationaux-socialistes se prononcent pour un mode d'expression du droit qui laisse aux tribunaux les pouvoirs les plus larges ⁽⁸⁾. Les mots ne doivent pas empêcher les manifestations, ici, de la conscience nationale, là, de la conscience socialiste.

Mais lorsque, dans le conflit accepté des idées et des croyances, on admet une certaine relativité des conceptions politiques, on peut hésiter davantage à s'en rapporter à un homme du soin de décider quasi souverainement des droits et des devoirs des autres, on peut — et, sans doute, on doit — chercher d'abord dans la règle une garantie de justice formelle, première réalisation et, en tout cas, moyen nécessaire de la justice substantielle.

16. La supériorité doublement affirmée de la règle sur la directive peut d'ailleurs s'appuyer sur une constatation de portée assez générale, la tendance des directives à se préciser en règles. L'étude de nombreux exemples serait utile pour établir ce fait : on s'en tiendra, à cette place, à quelques indications.

La responsabilité pour faute qu'édicte l'article 1382 du Code civil français est, semble-t-il, une directive : le mot faute, « venu au droit de la morale, n'a pu », observe M. Ripert ⁽⁹⁾, « acquérir la précision technique de certains termes juridiques » et MM. Colin et Capitant ⁽¹⁰⁾ écrivent : « Quand on dit qu'un homme a commis une faute... cela signifie que cet homme ne s'est pas conduit comme il aurait dû se conduire, qu'il n'a pas fait ce qu'il aurait dû faire » ; ce dont il s'agit, c'est bien de comparer avec « le type moyen de conduite sociale correcte » dont parle M. Stati (*supra*, n° 4, *in fine*). L'imprécision de la formule juridique est d'ailleurs nécessaire en telle matière : toute tentative serait vaine qui voudrait aboutir à une règle à la fois rigide et suffisamment compréhensive, toute expression du droit dans la forme règle laisserait échapper de nombreuses espèces où doit jouer la responsabilité pour faute. Mais cette imprécision, pour indispensable qu'elle soit, n'en reste pas moins dangereuse. Si l'on ne peut la supprimer, on peut au moins, en restreindre le domaine. C'est ce qu'ont fait le législateur et la jurisprudence en créant les cas de présomption de faute ou de présomption de responsabilité. Dans des compartiments ainsi

(7) V. Lambert, *Les Codes de la Russie Soviétique*, Préface, p. 11 et s.

(8) V., par exemple, Volkmar, *Das dynamische Element bei der Neubildung des deutschen Rechts*, *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1935, p. 472 et s., spécialement, p. 480 ; Hildebrandt, *Rechtsfindung im neuen deutschen Staate*, 1935, p. 31-32, 78 et s.

(9) *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 112.

(10) *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 8^e éd., n° 190, p. 179.

isolés du champ illimité de la faute, les règles des articles 1384 et s. du Code civil se substituent à la directive de l'article 1382. La facilité relative de la preuve, en fait, résulte, au moins pour partie, de la précision, en droit, des éléments de la responsabilité.

Des observations de même nature pourraient être faites au sujet de la cause des obligations des articles 1131 et s. du Code civil. Le mot cause est, à raison même de la multiplicité de ses sens, un terme vague et M. Ripert (*op. cit.*, n°s 31 et s.) en considérant comme cause tout motif de l'une des parties, même inconnu de l'autre, arrive à faire des articles indiqués une directive de moralité générale des conventions, y voit un instrument de contrôle judiciaire des contrats, de répression des intentions coupables. La jurisprudence nous semble différente et plus précise : pour les contrats à titre onéreux au moins, elle paraît bien distinguer suivant qu'on se place au point de vue de la protection de l'obligé ou à celui de la défense de la société, suivant qu'on exige l'existence ou la licéité de la cause ⁽¹¹⁾. Dans la première série de cas, la cause est, à notre avis, l'équivalent économique voulu, l'équivalent en vue duquel on s'oblige ; elle est, dans la seconde, le but commun aux deux contrats ou le but de l'un connu de l'autre ; c'est la théorie de la « prévision ». Là encore, un concept général, pour une large part indéterminé, a cédé, en pratique, la place à des notions particulières et plus précises.

17. Des remarques identiques ou semblables sont possibles en droit anglais, justement dans cette matière des restrictions contractuelles à la liberté du travail que M. Al-Sanhoury a étudiées dans sa thèse (*supra*, n° 1).

Le *standard* de rationalité a donné naissance à des *sous-standards* qui sont venus en diriger et en faciliter l'application, tels ceux indiquant que la rationalité devait être appréciée à l'égard du stipulant et du promettant et aussi en tenant compte des intérêts de la société, du point de vue de l'ordre public (*op. cit.*, p. 271 et s.; *Recueil Gény*, t. II, p. 148-149). De telles prescriptions restent, il est vrai, de la nature des directives puisqu'elles ne sont encore que des principes de méthodes. Mais il ne serait pas difficile de montrer que, dans le domaine même du *standard* de rationalité et pour le jeu de celui-ci, des règles se sont également dégagées, par exemple, la distinction des emplois confidentiels et non confidentiels ⁽¹²⁾.

Surtout, il ne faut pas oublier qu'en droit anglais, le système du précédent liant à la *ratio decidendi* les cours subordonnées à celle qui a rendu la décision et, dans une certaine mesure, cette cour elle-même, tout *standard*, en s'appliquant à des cas-types, tendra, en fait, à se fragmenter en autant de règles correspondantes permettant de prévoir la solution probable et donnant par suite l'indispensable sécurité. La lecture du livre de M. Gare est, sur ce point, particulièrement instructive par le nombre des questions posées et des solutions données. Si l'auteur affirme d'ailleurs « *that the question of reasonableness must be determined by the circums-*

(11) V. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, 1920, t. I, spécialement, p. 231 et s., p. 256 et s. Aj., dans le même sens, Planiol, Ripert et Esmein, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, 1930, n°s 251 et s., 276 et s., et rapp. Jossierand, *Les mobiles dans les actes juridiques*, 1928, n°s 108 et s.; *Cours de droit civil positif français*, t. II, 2^e éd., n°s 126 et s.

(12) Gare, *op. cit.*, p. 51 et s.

tances of each case », il ajoute immédiatement (*op. cit.*, p. 30) : « *It is, of course, true that a recent decision is nearly always followed by the Court if in both cases the persons concerned are in the same or very similar occupations* ». La règle de l'*authoritative precedent* introduit, assez vite, dans le jeu des *standards*, un élément de fixité, de certitude ; l'argument qu'on prétend tirer de l'exemple du droit anglais perd donc la plus grande partie de sa valeur.

L'évolution de la directive vers la règle qui est loin d'être exceptionnelle, est en faveur de la supériorité technique de la première.

18. Ce n'est pas à dire que cette évolution puisse et doive être générale, que le système des *standards* n'ait aucun rôle à jouer comme mode d'expression du droit. La directive a d'abord une fonction dans la formation de celui-ci ; elle est parfois, pas toujours, plus fréquemment dans le droit jurisprudentiel que dans le droit légal, un moment de cette formation : on commence par elle quand, le but à atteindre étant aperçu, la direction à suivre découverte, la route n'est pas encore tracée ; la tâche des pouvoirs qui formulent le droit est de tracer la route le mieux possible, c'est-à-dire d'arriver à la règle. La directive a, ensuite, une triple fonction permanente : quand il s'agit d'un principe de méthode, elle peut être meilleure que la règle et, par exemple, à notre avis, la directive de continuité de jurisprudence l'emporte, en valeur théorique et pratique, sur la règle du précédent ; certains principes fondamentaux, en second lieu, ne peuvent, sans mutilation, revêtir une autre forme car, les règles qui s'en détachent ne les épuisant jamais tout entiers, ils gardent ainsi le pouvoir de fonder les solutions particulières utiles ainsi que celui d'engendrer des règles nouvelles : qu'on pense à la directive de la responsabilité pour faute ; enfin le *standard* marque la part à faire à l'arbitraire du juge dans le cas où la décision ne peut pas ne pas dépendre des circonstances de fait, le résidu de liberté que ne peuvent pas ne pas lui laisser les règles légales ou jurisprudentielles.

19. Il ne faut d'ailleurs pas confondre, comme on le fait parfois, avec le problème du mode d'expression du droit, en particulier du droit légal, celui de l'interprétation de la norme formulée, spécialement des pouvoirs du juge par rapport à la loi. Les deux questions, quoiqu'elles soient, par certains côtés, liées (*cfr supra*, n° 5), peuvent et doivent être distinguées. Il suffit d'observer, pour l'établir, qu'en interprétant de la façon constructive une règle légale, c'est-à-dire en posant, en réalité, une norme nouvelle, la jurisprudence peut exprimer cette norme dans une des deux formes sur lesquelles porte le débat, dans la forme règle aussi bien que dans la forme directive. Nous n'entendons pas soutenir que le droit doive être immobile, ni même que, seul, le législateur puisse modifier le droit légal, mais nous pensons que dans toute la mesure du possible, le droit, tel qu'il existe à un moment donné et quelle que soit d'ailleurs sa source, doit être constitué par un ensemble de règles, nous pensons que les directives ne doivent être que l'exception. Ce n'est pas l'immutabilité, c'est la généralité de la norme juridique qui nous paraît être sa qualité essentielle.

★ ★

20. Mais un problème nouveau apparaît alors qui est celui de la possibilité d'une norme générale, plus exactement de l'efficacité de celle-ci. Jus-

qu'ici, en effet, dans l'argumentation, on est parti des idées classiques sur les relations de la norme juridique — en particulier de la loi — et de la décision du cas — spécialement de la sentence judiciaire — : celle-ci est conçue comme une application de celle-là. Or ces idées, donc la position même de la question, sont aujourd'hui objet de controverses, surtout en Allemagne et aux Etats-Unis ⁽¹³⁾. Il convient, pour finir, d'indiquer au moins et les idées fondamentales de l'école du « libre droit » et les réponses qu'on y a faites : du parti pris sur ces points dépend, en effet, avec la possibilité même d'exprimer le droit par et dans des règles, l'existence de la question examinée dans cet article.

21. La norme juridique, dit M. Isay à qui nous empruntons l'exposé de la thèse ⁽¹⁴⁾, la norme juridique s'induit d'une décision ou d'une série de décisions particulières, les décisions ne se déduisent pas de la règle. Cela est vrai, quel que soit l'auteur de la norme : législateur, juristes, tribunaux ; on s'en tiendra, pour simplifier, à l'étude de l'activité du juge.

Lorsqu'une affaire est soumise à celui-ci, le sentiment du droit (*Rechtsgefühl*), une sorte d'instinct lui dicte, une fois l'espèce connue dans toute sa complexité, la solution qui s'impose ; la règle qui justifie cette solution n'intervient qu'après coup, n'est qu'un procédé, qu'un moyen ; la jurisprudence est téléologique, non pas logique ⁽¹⁵⁾. C'est la description même que donne de sa façon de procéder un juge américain, M. Joseph C. Hutchinson, dans sa contribution au recueil GénY, *The judgment intuitive; the function of the « hunch » in judicial decision* : « après avoir examiné tous les matériaux utiles à ma disposition, et dûment réfléchi sur eux, je laisse jouer mon imagination et méditant sur l'affaire, j'attends le sentiment, le hunch, cet éclair intuitif de l'entendement qui constitue l'étincelle de jonction entre la question et la décision et, au point où le sentier est le plus obscur pour le pied du juge, répand sa lumière le long de la route » (t. II, p. 531 et s., spécialement p. 539) et M. GénY a, il y a déjà longtemps, marqué qu'une opinion semblable se retrouvait chez d'assez nombreux magistrats, étrangers ou français ⁽¹⁶⁾.

22. Sans doute, en apparence, la loi est appliquée par le juge au moyen d'une opération purement logique, la *subsumtion*, laquelle consiste à reconnaître et à affirmer que les faits du procès entrent bien dans la catégorie légale. Mais il n'y a précisément là, d'après M. Isay (*loc. cit.*, p. 43) qu'apparence. Pour ramener, dit-il, la réalité (*Sachverhalt*) à la description de la loi (*abstrakte Tatbestand*), il faut, du flux de la vie, des faits particuliers, multiples et divers, dégager les faits essentiels qui permettront l'identification, la *subsumtion* ; la détermination de ce qui est vraiment essentiel ne dépend et ne peut dépendre que du juge ; or cette détermination, en permettant de dire quelle loi est applicable, fournit la solution. La décision

(13) V. le très intéressant article de M. Kocourek sur la doctrine américaine, « La libre recherche en Amérique », *Recueil GénY*, t. II, p. 459 et s.

(14) Die Methode der Interessenjurisprudenz, *Archiv. für die civilistische Praxis*, Bd. 137, p. 33 et s., spécialement, p. 41.

(15) Rappr. Sauer, Die grundsätzliche Bedeutung der höchstrichterlichen Rechtsprechung für Praxis und Wissenschaft, *Die Reichgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, t. I, p. 122 et s., spécialement p. 138 et s.

(16) *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., t. II, p. 376, note 3.

juridictionnelle est donnée par le sentiment juridique du juge et rien que par lui.

On comprend qu'une telle théorie, si elle est exacte, impose l'emploi de la directive comme procédé d'expression du droit : la directive, en effet, traduisant un sentiment plutôt qu'une notion, est mieux adaptée au rôle limité, très limité, que doivent et peuvent remplir les normes juridiques : la règle est inutile, inapplicable, elle vise un but qu'il est impossible d'atteindre.

23. La conclusion paraît sûre si la thèse est juste. Mais on peut à bon droit douter qu'elle le soit. En Allemagne, elle est contestée non seulement par les juristes partisans des idées classiques mais encore par ceux qui proposent ou acceptent la méthode de la « jurisprudence des intérêts » (*Interessenjurisprudenz*), en particulier par l'inventeur de cette doctrine, M. Ph. Heck ⁽¹⁷⁾. Aux Etats-Unis, les objections n'ont pas manqué qu'on peut trouver, résumées, rassemblées dans l'article de M. Kocourek (*supra*, n° 20).

Il n'est guère contestable que la norme abstraite soit découverte et formulée en partant du concret, d'un cas particulier ou d'un ensemble de cas : c'est ainsi que procède le législateur, c'est ainsi que procède le savant, c'est ainsi que procède le juge quand il doit combler les lacunes de la loi, décider sur un cas nouveau, imprévu. Mais le problème n'est pas celui-là. Il n'est pas davantage celui de l'interprétation de la loi ; de la détermination du contenu de la norme légale (*supra*, n° 19), pas davantage celui de la limitation de la valeur de celle-ci, de son contrôle possible au nom de quelque chose qui lui serait supérieure ⁽¹⁸⁾. La question à résoudre est la suivante : une norme légale existant, valable et connue du juge, celui-ci peut-il et doit-il l'observer, l'appliquer, en tirer la solution de l'espèce qui lui est soumise ? A cette question, il faut, semble-t-il — contrairement à la théorie du « libre droit » — répondre par l'affirmative.

24. L'application de la norme légale est possible pour les tribunaux. Pour arriver à la décision, le juge doit, il est vrai, dégager les éléments essentiels de l'espèce, choisir les faits déterminants ; mais le législateur observe M. Heck (*loc. cit.*, p. 59 et s.) peut prescrire le choix à faire, il le peut et il le fait, il ne fait pas autre chose : en attachant des conséquences juridiques à certains faits et non à d'autres, il désigne les premiers comme déterminants, essentiels ; ce sont eux que le juge doit dès lors choisir pour leur faire produire les effets prévus et c'est en cela que consiste précisément l'application de la loi ; la décision par opération logique est possible et, tout juge le sait, constitue un procédé courant.

On objecte la conscience qu'auraient les magistrats eux-mêmes d'un processus différent, la description faite par eux de leur activité comme sentimentale, intuitive (V. *supra*, n° 21), mais des réponses nombreuses sont possibles. Il n'y a pas eu, en premier lieu — et il ne saurait guère y avoir — d'enquête générale sur la nature de l'activité des tribunaux : il ne s'agit donc que de témoignages individuels auxquels rien, sinon les affirmations de leurs auteurs, ne confère une valeur générale et qui peut-être

(17) V. Heck, Die Leugnung der Interessenjurisprudenz durch H. Isay, *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 137, p. 47 et s.

(18) Cfr. Heck, *loc. cit.*, p. 58 et s.

sont d'autant moins susceptibles de généralisation qu'ils émanent d'hommes plus distingués, plus originaux, donc étant ou se voulant plus indépendants. Il n'est pas sûr ensuite qu'on puisse se fier absolument à l'explication donnée par un juge — si remarquable qu'il soit — de sa façon de résoudre les problèmes juridiques particuliers qui lui sont soumis. M. Kocourek (*loc. cit.*, p. 489) fait observer que « le motif de l'explication a une influence sur l'explication elle-même » ; que de plus « cette explication vient trop tard vu qu'on ne peut en même temps vouloir et réfléchir sur la manière dont on veut » et que « évidemment, si l'explication vient longtemps après, le fait psychique originaire a fini par être submergé dans le courant continu de la pensée ». Enfin et surtout, le juge, formé à l'étude des solutions légales, a, consciemment ou non, une mentalité proche de celle du législateur, telle qu'on imagine celle-ci au moment de sa formation, de son éducation et le prétendu sentiment du droit, la soi-disant intuition, ne sont, le plus souvent, ce qui explique que la loi les justifie aisément, qu'un souvenir — venu de l'inconscient — de la solution légale elle-même : il suffirait, si l'on en doutait, de penser à la différence — qui n'est pas rare — des réactions, devant une même question, du juriste professionnel et de la personne sans connaissances juridiques, de l'« honnête homme » ⁽¹⁹⁾.

La logique n'est pas forcément exclue du domaine juridique, le raisonnement n'est pas qu'un masque sous lequel se dissimulent des sentiments, l'application de la norme légale est possible.

25. Il suffit d'indiquer ou de rappeler qu'elle est désirable, indispensable même : elle correspond à l'exigence d'une certaine sécurité dans la vie juridique, à la nécessité d'un minimum de confiance, d'une possibilité de prévision. « Le mouvement du « libre juge » tente de faire de l'incertitude dans le droit une vertu » ⁽²⁰⁾, les partisans de la supériorité de la directive sur la règle sont de la même école, du même esprit. La poursuite d'une équité absolue conduit, par l'individualisation du cas, à la disparition de la règle et, en allant jusqu'au bout de l'idée, à la suppression de toute norme, à la liberté totale du juge. On peut, légitimement, hésiter devant de telles solutions : « Si l'on supposait que le soulier dut s'adapter au pied », a écrit le professeur Cohen ⁽²¹⁾, « la conclusion logique serait que deux souliers ne devraient jamais être fabriqués exactement de la même façon ». La vie accepte des moyennes. L'adaptation du droit au fait, quand le droit est exprimé en règles, peut être sans doute imparfaite. On a déjà dit (*supra*, n°s 14 et s.) que cette imperfection était la condition même — et la rançon — de l'égalité devant le droit qui est une des formes de la justice.

(19) Cfr. Kocourek, *loc. cit.*, p. 489.

(20) Kocourek, *loc. cit.*, p. 497.

(21) Cité par M. Kocourek, *loc. cit.*, p. 480.

L'INTERPRETATION DES LOIS (STATUTS)

Par Théodore F. T. PLUCKNETT

Professeur à la London School of Economics and Political Sciences

Traduit par Auguste MURAT,

Directeur de Conférences à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon

Il est bien connu que l'interprétation des Statuts (Lois) occupe une place très spéciale dans les pays qui suivent le *Common Law*. Les difficultés d'interprétation sont partiellement d'origine historique et partiellement le résultat de l'attitude du *Common Law* à l'égard du Parlement. Ce n'est pas un problème qui se résolve peu à peu à la lumière de l'expérience; au contraire il semble qu'au fur et à mesure que le temps s'écoule il s'introduit encore des complications plus grandes dans une situation déjà suffisamment confuse. Aux Etats-Unis d'Amérique, l'interprétation des Statuts pendant plus d'un siècle a été un des principaux moyens pour maintenir la suprématie des constitutions écrites de la Fédération et des différents Etats, tandis qu'à la fois en Amérique, et en Angleterre le vote d'importantes parties de la législation sociale donne au problème de l'interprétation une forme aiguë. La littérature du sujet s'est accrue très rapidement durant les quelques dernières années avec un développement spécial de l'aspect historique de l'interprétation des statuts, et les pages suivantes sont un essai de fixer la position présente de la question.

Les premières études anglaises de l'interprétation des *Statuts* ont peu contribué, soit à la théorie, soit à l'historique du sujet, et par conséquent nous pouvons laisser de côté des travaux comme ceux de Ashe *Επισκευα* (1609), Barrington *Observations on the Statutes* (1766) et Dwaris *Treatise on Statutes* (1830). L'étude moderne de l'interprétation des lois (statuts) commence en Amérique avec une œuvre hautement originale d'un juriste d'une culture considérable et cosmopolite : Brinton Coke dont l'*Essay on judicial power and unconstitutional legislation* parut en 1893. Coke s'intéressait profondément aux relations du judiciaire et du législatif dans le milieu actuel américain et cherchait des analogies et des origines dans l'histoire médiévale de l'Angleterre. En 1910 un des plus éminents historiens de Harvard, le Professeur C.-H. McIlwain publia une étude très intéressante et captivante sur *The high Court of Parliament and its supremacy, an historical essay on the boundaries between legislation and adjudication in England*. L'auteur soutenait que — l'Angleterre du Moyen Age étant féodale et gouvernée par une Cour féodale, et la caractéristique

de la féodalité étant l'absence de législation — la loi, dans cette Angleterre médiévale ne pouvait être que « déclarée », qu'une telle loi était un corps de coutume qui avec le temps se développa jusqu'à devenir une loi fondamentale, que des règles incompatibles avec cette loi fondamentale étaient nulles et que tout ceci fut admis en Angleterre jusqu'aux temps modernes.

Cette brillante étude a été et reste très influente en Angleterre et en Amérique et plusieurs autres érudits ont été par là conduits à étudier à nouveau le problème des rapports entre les tribunaux et la législation. L'auteur du présent article a antérieurement entrepris une étude minutieuse de l'interprétation, en vue de vérifier ces théories : étude qui a été publiée en 1922 sous le titre *Statutes and their interpretation in the first half of the fourteenth century*. Le résultat en a été de placer le problème sur un terrain assez différent. En premier lieu le matériel qui y a été utilisé a été presque exclusivement tiré des *Year Books*, ces recueils passionnants de notes relatant des discussions devant les juges des Cours royales qui s'étendent des dernières années du règne d'Edouard I^{er} jusqu'au règne d'Henri VIII. Il n'est plus nécessaire de décrire ces documents uniques de la loi médiévale anglaise, car les lecteurs français les trouveront admirablement étudiés dans un petit livre que j'ai le plus grand plaisir à signaler dans ce volume : *Les Year Books de langue française* par Jacques Lambert (1928). Or les *Year Books* rapportent les discussions quotidiennes des juristes; leur témoignage montre donc le traitement normal que les *Statuts* recevaient des mains des juges; et il devint alors clair qu'on se trouvait en présence de deux problèmes différents. Le premier était l'attitude des cours vis-à-vis de la législation, telle que la montrent leurs décisions dans les causes ordinaires. Le second était la question posée par McIlwain d'une loi fondamentale. La conclusion obtenue fut également double. Le processus normal de l'interprétation parut digne d'être étudié par sa propre valeur intrinsèque; mais on trouva difficilement trace de la loi fondamentale avant les remarques fameuses de Lord Coke dans le *Cas Bonham* (1610) 8, Reports 114 A. Une étude séparée et détaillée des sources ou autorités de Coke pour la doctrine de la loi fondamentale suggéra, au moins à l'auteur de cet article que la doctrine n'était pas étayée par des précédents médiévaux (*Bonham's case and judicial review*, Harvard Law Review, XL, 30). Il n'y a jusqu'ici d'ailleurs aucun accord général sur ce point. Le professeur McIlwain a étudié les objections faites à son point de vue et ne les a pas jugées convaincantes (*The american revolution : a constitutional interpretation*, 1924) et a, en fait, accentué sa position (*Magna Carta commemoration Essays*, Royal historical society 1917, *Growth of political thought in the West*, 1932). D'autres semblent se contenter de faire remonter la doctrine à Coke et par lui, à l'idée générale médiévale de la suprématie de la loi, telle que certains théoriciens l'ont exposée, sans soutenir que les juges anglais l'aient jamais mise en pratique durant le Moyen Age. Les historiens, en Angleterre, semblent d'accord pour rejeter le point de vue selon lequel nos juges médiévaux auraient parfois invalidé des *Statuts* pour contravention à la loi « commune » ou « fondamentale ». (Tout, in *English historical review*, XXXVIII, 272; Holdsworth, *Sources and Literature of english law*, 1925). De même le professeur Powicke dans son adresse présidentielle à la Royal historical Society a exprimé des doutes sur la thèse suivant laquelle la législation était inexistante au Moyen Age. (*Transactions*, 1936).

La présente étude toutefois s'attache davantage au traitement des Statuts par les tribunaux dans le cours ordinaire de leurs fonctions. A certains égards, la situation anglaise était exceptionnellement favorable; pour quelques problèmes difficiles, elle a été résolue à une date relativement ancienne. Ainsi, le droit du Roi à légiférer pour le pays entier a été virtuellement incontesté — un résultat sans doute de la conquête. Il n'y a eu aucun obstacle féodal à la législation à l'échelle de la nation comme cela existait en plusieurs pays du continent. Il n'a donc pas été nécessaire que les rois anglais invoquent la fiction impériale pour justifier leur pouvoir législatif en faisant appel à la théorie politique romaniste. D'ailleurs, le siècle entre Henri III et Edouard I^{er} a marqué l'apparition en Angleterre de ce que Sir Maurice Amos a justement nommé « *The legal mind* » (*Law Quarterly Review*, XLIX, 27). Il y avait alors un groupe important de juges et de praticiens du droit qui ne s'en rapportaient pas entièrement au « sens commun ». Pour eux les problèmes de droit étaient sujets d'intérêt scientifique. Ils avaient à être analysés dans tous leurs éléments constitutifs; une première impression n'était pas suffisante; la logique et la pratique devaient avoir leur part. Mais heureusement leur travail était dominé par cette considération, que quelque cachés que puissent être les moyens par lesquels on y arriverait, les produits de ce travail puissent se recommander par eux-mêmes à un roi, comme Edouard I^{er}, qui faisait jurer à ses juges des serments vigoureux leur demandant, non pas des théories, mais des résultats satisfaisants.

De plus les formes de législation devenaient plus précises, l'association de la législation à un « document » ou écrit faisant preuve devenait plus fréquente et ces « documents » devenaient plus accessibles au grand public. Le règne de Henri III produisit quelques textes qui furent dans les mains de tous les hommes de loi. D'innombrables copies de la grande charte de 1225 et du Statut de Merton de 1236 existent encore. Il restait encore une masse d'ordres législatifs adressés aux fonctionnaires copiés sur différents « rouleaux » qui étaient inaccessibles aux juristes contemporains et le sont même aux historiens modernes; mais sous le règne d'Edouard I^{er}, cette méthode fut presque entièrement supplantée par l'usage de textes auxquels le gouvernement donna la plus large publicité. Le résultat fut considérable. Un petit groupe de fonctionnaires qui connaissaient la genèse d'une mesure particulière n'avaient aucune difficulté pour l'appliquer; mais, quand cette mesure fut publiée pour tout le monde avec prière à chacun de régler sa conduite d'après elle, les difficultés naquirent. Le simple particulier ignore l'histoire interne de la mesure et les discussions qui l'ont provoquée; il doit s'appuyer sur le texte lui-même; il n'est donc pas surprenant de trouver d'innombrables collections manuscrites de ces textes datant du règne d'Edouard I^{er} et de ses successeurs. Finalement, Edouard I^{er} comme prince et aussi comme roi fut associé à une énorme production de lois statutaires qui affecta profondément toutes les branches du droit. Le flot commença avec le Statut de Malborough (1267), établi sous le règne d'Henri III alors que le prince Edouard venait juste de prendre la direction des affaires. Son influence fut importante; car il avait beaucoup voyagé et avait connaissance des juristes étrangers.

Sans doute, le désir du vieux et pieux roi pouvait-il avoir été que l'éminent canoniste-Cardinal Ottobon figure dans le préambule du Statut

de Malborough; mais Edouard favorisa les interprètes du droit romain (civilians) et le plus jeune d'entre eux, Accurse, eut l'honneur d'être cité dans le préambule du Statut *De Bigamis* (1276). Edouard avait vu l'esprit juridique à l'œuvre dans différents systèmes et dans différents pays et sa longue file de statuts en fut la suite naturelle.

Le terrain était donc préparé pour l'examen du problème principal de l'interprétation des statuts. Pour certains, il semblait qu'il n'y avait pas de problème du tout. Ils craignaient que l'interprétation ne soit simplement une forme déguisée d'évasion. Ainsi le statut *de Cibariis* (10 Edw III, 1336) devait être examiné « sanz ajoustre ou fraude faire a ycelles par cautele, art ou engyn ou par interpretation des paroles ». Ce sentiment dura longtemps; une conspiration de gardiens frauduleux a pu être décrite comme une « fausse interprétation » en 1393 (Selden Society, X, 49) et un statut de 1597 (39 Eliz., c. 5) dénoncera naïvement des artifices « contraires à la véritable signification de cet acte ». Si suspects que puissent être le mot et la chose, le problème de l'interprétation dut quand même être affronté et un choix dut être fait entre les différentes solutions possibles.

Une interdiction complète de tous les efforts d'interprétation aurait été très difficile à appliquer et, si l'essai en avait été fait, le résultat aurait probablement été de réserver au législateur le droit exclusif d'interpréter. Un exemple intéressant dans l'histoire moderne peut être trouvé dans les décrets du Concile de Trente. La bulle qui les promulgua en 1564 interdisait strictement toute espèce d'interprétation, glose ou commentaire, et quelques travaux d'érudits furent mis à l'index pour avoir enfreint l'injonction. Une telle règle, toutefois, ne pouvait être appliquée en pratique qu'en invoquant son corollaire, savoir : que le législateur lui-même doit interpréter quand c'est nécessaire. La bulle en question le reconnaissait et la congrégation du concile fut constituée pour assister le pape dans cette fonction. En réalité, l'application d'un tel système entraîne presque nécessairement avec elle la création d'un comité spécial pour exercer les pouvoirs d'interprétation au nom et par délégation du législateur. Et cette expérience significative est basée sur des principes antérieurs de plusieurs siècles au concile de Trente. Il semble que ç'ait été le point de vue dominant parmi ceux des juristes du Moyen Age qui ont affronté le problème. La maxime *Ejus est interpretari cujus est condere* se rencontre occasionnellement comme un commentaire donné par les « civilistes » au texte de C. I. 14, 12 et les canonistes sont d'accord avec eux : *unde jus prodit interpretatio quoque procedat* (c. 31 X 5 39).

Les « civilistes » et les canonistes représentaient la meilleure opinion d'experts au Moyen Age et il n'est pas surprenant que les interprètes du *Common law* anglais aient été enclins à l'accepter également. Tout à fait au début de son règne nous voyons Henri III interpréter la Grande Charte (1226, Stubbs, *Charters*, 1905, 357) et cette interprétation est aussitôt publiée par lettres patentes (*Statutes of the Realm*, I, 118). Et ce n'était pas simplement une théorie royaliste; car nous voyons les barons triomphants assurer que « l'interprétation des lois et coutumes appartient à nous et à notre noblesse » (*Close Rolls*, 1256-9, 489). Edouard I^{er} agit fréquemment d'après ce principe; en 1278 il publia une « exposition » et en 1281 une « correction » du Statut de Gloucester. De plus, l'identité du légis-

lateur et de l'interprète ne se limitait pas à l'activité du roi lui-même dans l'une et l'autre de ces fonctions. Les juges étaient souvent présents au Conseil lors de la préparation des lois et il devint ainsi pour eux également possible de jouer le même double rôle. Ce n'était pas toujours le cas, toutefois; car nous les voyons quelquefois chercher une interprétation auprès du Conseil du roi, et la réponse du conseil était alors destinée à être rappelée pour l'usage à venir. « Ce statut dit le Juge en chef Hengham, en 1303, fut porté devant le roi et son Conseil qui dirent que... » (Y. B. 30 et 31 Edw I, 441). De même encore en 1366 le Juge en chef Thorpe rappellera comment lui-même et d'autres juges allèrent au Conseil pour lui demander ce que signifiait un statut particulier et qu'il leur fut répondu que la question était assez sottise (Y. B. 40 Edw. III, f. 39 b). Mais en quelques occasions les juges eux-mêmes avaient participé à l'élaboration de la législation et se trouvaient par conséquent spécialement compétents pour l'interpréter. Ainsi très probablement se développa la pratique importante qui permit aux tribunaux anglais d'interpréter eux-mêmes la législation. A l'origine la transformation ne fut pas considérable. Les cours étaient encore très près du roi et les principaux juges étaient constamment dans ses conseils. Le vieux principe était sauf; les juges étaient, pour les fins pratiques, les législateurs. et, par conséquent, pouvaient interpréter la législation. En 1305, le juge en chef Hengham interpréta un statut en déclarant : « Nous avons accepté en Parlement que... » et dans un autre cas de la même année il employa les mots qui sont peut-être les plus souvent cités de tous les passages des *Year Books* : « Ne commentez pas le statut : car nous le connaissons mieux que vous; nous l'avons fait » (Y. B. 33 et 35, Edw. I, 82).

Donc sous le règne d'Edouard I^{er} législation et interprétation étaient pratiquement dans les mêmes mains, et le fait heureux que les juges étaient souvent éminents dans les deux fonctions les rendait capables d'exposer les statuts également bien, qu'ils siégeassent au conseil ou à la cour. Mais cette commodité de fait produisit des résultats permanents; car le peuple prit l'habitude de voir les tribunaux agir comme interprètes de la volumineuse législation d'Edouard I^{er}. Ces facteurs purement temporaires disparurent bientôt. Hengham et ses contemporains furent suivis par une génération qui ne connaissait plus le grand roi que par la tradition. Mais la tradition était forte et jalousement conservée, enracinée qu'elle était dans la masse croissante des pratiques et du savoir accumulé que chérissait la petite, mais ardente et vigoureuse, corporation des juristes. Cette tradition fut souvent invoquée dans l'interprétation des statuts d'Edouard I^{er}. En 1341 le juge Sharshull rapporte que, dans sa jeunesse, il entendit le juge Herle dire que le grand Hengham interpréta un statut particulier en un certain sens. (Y. B. 15, Edw. III, 388-394). L'exemple le plus étonnant de cette tradition professionnelle se trouve dans les débats bien connus sur le sens du statut *de donis conditionalibus* (1285). Le statut pose clairement une règle, mais le juge en chef Bereford affirma froidement que celui qui avait fait ce statut voulait dire quelque chose de tout différent, mais qu'il avait malheureusement oublié d'insérer les mots voulus dans le statut pour exprimer sa pensée. Bereford appliqua donc l'intention du législateur bien qu'elle n'ait été absolument pas exprimée dans le statut. C'était en 1311, 36 ans après que le statut avait été fait, Hengham, son principal auteur, étant mort seulement depuis 2 ans (Y. B., Edw. II, XI, 176-7).

Cette invocation de la liaison traditionnelle avec ses auteurs originaux de la législation d'Edouard I^{er} servit à conserver pour quelques années de plus la pratique de l'interprétation judiciaire des Statuts. Elle servit aussi à consolider la position des cours; car il existait sans doute de nombreux points accessoires sur lesquels il n'y avait vraiment aucune tradition et que les cours ont néanmoins résolus de leur propre chef. En bref, les Cours furent bien établies dans les premières années du règne d'Edouard III comme les interprètes compétents, bien que le Conseil pût être encore occasionnellement consulté, et que le Parlement pût toujours demander un amendement à la législation. En conséquence, les cours commencèrent à éprouver les difficultés de leur nouvelle tâche, quoiqu'elles ne fissent encore que commencer; car elles avaient encore une solution facile à portée de la main : consulter le Conseil et le roi lui-même. Tant que le contact intime avec la couronne fut conservé, les juges purent agir avec une liberté considérable; car, en réalité, ils bénéficiaient du pouvoir discrétionnaire, large et indéfini, qui était inséparable du monarque du Moyen Age.

C'est pourquoi nous voyons les Cours prendre de très grandes libertés avec les statuts. Quelquefois, elles les étendaient bien au-delà de leur signification naturelle; d'autres fois, elles restreignaient rigoureusement leur sphère d'application; occasionnellement, elles ignoraient complètement un statut. Aucune de ces décisions n'était basée sur une théorie formulée de législation, et encore moins une loi fondamentale; mais c'étaient simplement les premières manifestations d'une jeune et vigoureuse institution s'attachant à résoudre rapidement des questions difficiles sous la pression des faits, en s'appuyant sur l'étroite intimité de toutes les branches du gouvernement, et qui s'établissait par l'intermédiaire du roi et du petit groupe de ses conseillers, dont une partie était généralement formée par les juges principaux.

Le point tournant se produisit quand les Cours, définitivement séparées du roi et des organes centraux du gouvernement, poursuivirent une existence indépendante. Il devint alors nécessaire d'arriver à une solution définitive de la question de savoir qui était qualifié pour interpréter les statuts ! Les Cours jouissaient en fait de ce pouvoir depuis quelques années, bien que ce fût là le résultat d'une situation qui était maintenant radicalement transformée. Le roi en son Conseil allait-il reprendre le droit d'interpréter ou bien cette prérogative devait-elle être abandonnée aux cours ?

Il est très probable que le moment critique fut la dernière nuit de novembre 1340, quand Edouard III, sans le moindre avertissement, débarqua à la tour de Londres en grand courroux, venant d'abandonner le siège de Tournai. Son premier acte fut d'ordonner l'arrestation de Willoughby, récemment président de la Cour du Banc du Roi; de Stonor, Juge en Chef du *Common Pleas*; du juge Sharshull, du juge Sharcelowe et nombre d'autres hauts fonctionnaires. Une crise constitutionnelle de première importance s'ensuivit, au cours de laquelle la position des ministres du roi fut éclaircie. Il fut bientôt clairement établi que les juges n'étaient pas les principaux responsables de la conduite de la guerre, ni des obscurs agissements financiers du roi. Les grands officiers s'abritèrent derrière le Parlement; les juges, qui furent bientôt rétablis dans leurs sièges, se retirèrent dans leurs Cours. Bien que des intermèdes aussi orageux puissent

être trouvés dans l'histoire du pouvoir judiciaire. il est clair que depuis cette date les juges ont occupé une position quelque peu différente de celle du passé. Ils se tiennent d'une façon sensible en dehors des affaires ordinaires. Il ne sera plus possible de prétendre qu'ils sont activement engagés dans la politique; ils ne seront certainement plus rendus responsables dans l'avenir de la conduite, bonne ou mauvaise, des finances publiques. Des incidents, tels que ceux qui se produisirent dans les règnes subséquents, montrent clairement que le roi ou un parti pouvait essayer d'attirer les juges dans la politique, précisément parce qu'ils étaient désormais considérés comme indépendants et capables de donner une opinion désintéressée sur les questions constitutionnelles.

Cette indépendance, avec sa relative sécurité contre les tempêtes politiques, devait toutefois se payer d'un certain prix. Cela signifiait inévitablement la perte du prestige et du pouvoir qui appartiennent à ceux qui vivent dans le cercle intime du gouvernement. En s'éloignant de la dangereuse proximité du roi, les juges s'éloignaient de la grande source de puissance et de pouvoir discrétionnaire. Aussi trouvons-nous au milieu du *xiv^e* siècle de nombreux exemples de Cours sollicitant l'avis du Conseil en avouant publiquement leur besoin d'une aide venant d'en haut. Un statut de 1340 (14, Edw, III, st. 1. C. 5), édicté quelques mois avant la crise constitutionnelle, avait déjà fait une tentative réfléchie pour diminuer la position des juges en donnant à une commission parlementaire de larges pouvoirs d'intervention dans les affaires judiciaires. En d'autres termes, il avait existé un mécontentement public même avant l'attaque dramatique du roi contre les juges. Dans de telles conditions politiques les juges auraient bien pu être dépossédés de tout pouvoir d'interprétation. Ils en subirent en fait la perte de quelques portions, mais nullement la perte totale. En premier lieu, l'attaque commença avec la réclamation des Communes en Parlement; et le coup de théâtre d'Edouard poussa ses ministres à s'abriter derrière leurs pairs au Parlement; ce fut le Parlement d'ailleurs qui eût à appliquer le remède apporté par le statut de 1340 qui concernait particulièrement les délais judiciaires. Les événements devaient prouver l'inaptitude du Parlement comme surveillant des Cours judiciaires.

Il y eut bien trois parlements l'année de la crise de 1340; mais les 25 années suivantes virent seulement 18 parlements. On ne pouvait pas compter sur une assemblée si intermittente pour résoudre les difficultés qui se présentaient soudain dans les procès. Le Conseil était un rival plus dangereux, spécialement quand il agissait d'accord avec le plus éminent de ses membres : le chancelier. Comme nous l'avons vu, le Conseil était consulté, et consulté sur l'interprétation des statuts par les juges dans les dernières années du règne d'Edouard III. On aurait pu croire que le Conseil deviendrait l'organe compétent pour l'interprétation des statuts, spécialement parce que le sentiment général était que le droit législatif et le *common law* étaient antagonistes. Un « act » de 1362 suggéra alors que la chancellerie soit spécialement compétente pour l'application de la loi statutaire (36 Edw. III, St. 1, c. 9) et la Chambre de l'Etoile (qui était simplement une autre manifestation du Conseil) devint effectivement une juridiction étroitement liée à la loi statutaire.

En définitive les cours gardèrent leur pouvoir d'interprétation bien que sous une forme réduite. Le *common law* était alors un système com-

plexe, mais cohérent, qui était considéré avec grand respect par les membres de la profession des juristes qui l'avait élaboré. La législation était elle aussi d'une nature technique et devait être soigneusement intégrée dans un système plus ancien de fabrication du droit. Les *common-law-lawyers* devenaient plus puissants à la Chambre des Communes et influençaient la législation. Aussi la tâche de l'interprétation requit-elle une connaissance technique considérable du *common law*. Les juges la possédaient sûrement; le Conseil la dédaignait. C'est à ce moment précis que s'affirma dans le sentiment du Conseil et peut-être aussi dans l'opinion publique, le besoin d'équité. L'équité était quelque chose de moins technique que l'interprétation, certainement quelque chose de plus urgent. Le Conseil durant la seconde moitié du XIV^e siècle se livra lui-même à des expériences d'administration discrétionnaire de la justice qui, par la suite, devaient produire la juridiction d'« équité » du chancelier dans les questions civiles, et la juridiction de la Chambre étoilée dans les causes criminelles. La systématisation de ces juridictions discrétionnaires renforça le contraste avec les cours de droit commun (*common law*). En retour, pour leur sécurité et pour leur indépendance vis-à-vis de l'ingérence royale, les Cours durent abandonner leur pouvoir d'exercer la puissance discrétionnaire, qui demeura entre les mains du Roi et du Conseil; désormais, les Cours administrèrent un droit (*law*) auquel il devint désormais possible d'opposer la nouvelle « équité ».

Ces importants développements constitutionnels et institutionnels laissèrent des traces profondes dans l'interprétation des statuts. Cette fonction pouvait sans danger être laissée aux cours maintenant qu'elles se considéraient simplement comme les administrateurs scrupuleux d'un système de droit strict. Les *Year Books* immédiatement postérieurs à la crise montrent clairement la nouvelle conception. Les décisions y sont basées sur les règles strictes de droit et on s'efforce rarement de les adoucir lorsqu'elles entraînent injustice ou « dureté ». Les statuts sont interprétés strictement et quand la loi aurait besoin d'adaptation, les juges refusent de faire un changement quelconque, prétextant que c'est le rôle des statuts, non celui des juges. D'ailleurs, le Parlement lui-même déclara en 1348 que la loi ne peut être changée que par un statut (Rot. Parl.-II, 203, n° 30). L'interprétation des statuts se fixa ainsi comme une fonction des Cours juste au moment où ces Cours se sont séparées de la couronne et la législature, juste au moment, dès lors, où ces Cours sont devenues le moins capables ou désireuses d'exercer un grand pouvoir discrétionnaire dans aucune de leurs décisions.

La conséquence en subsiste encore. Il a été désormais impossible pour les Cours d'appliquer les statuts avec la liberté extraordinaire dont jouissait un Hengham ou même un Bereford; il n'a plus été question d'un législateur indiquant sommairement ce qu'il voulait et laissant à d'autres le soin de s'occuper des détails, ou même de modifier ses principes quand les causes futures en feraient sentir le besoin. A l'avenir, un statut se présentait devant une Cour de *common law* comme quelque chose qui venait du dehors, qui émanait d'un corps différent. Il devait être appliqué par des juges ne sachant rien (ou affectant de ne rien savoir) en ce qui le concerne, que ce qui pouvait être tiré du texte. Leur inclination personnelle devenait sans importance; car un statut était un ordre d'une autorité supérieure.

L'interprétation des plus anciens statuts avait été depuis longtemps fixée dans les grands jours d'Edouard I^{er} et d'Edouard II, et ces interprétations ont rarement été modifiées. Ce fut donc pour les statuts les plus récents que se fit sentir d'abord ce changement de régime. Il devint bientôt évident que l'établissement du texte d'un statut était une matière d'importance. Aux temps anciens, l'exactitude du texte était tout à fait secondaire. Les Cours souvent n'avaient pas le texte devant elles; les avocats médiévaux, les « sergents » les citaient de mémoire — et parfois de travers — c'était simplement du sens général du statut que l'on se préoccupait et les collections manuscrites des plus anciens statuts ne sont que d'une correction fort approximative. Vers la fin du règne d'Edouard III il devient évident que la rédaction d'un statut est minutieusement étudiée; les copies sont plus soigneusement écrites, et en conséquence les statuts sont plus soigneusement rédigés quand il devient notoire que chaque mot sera examiné de près. L'interprétation des statuts était par là destinée à devenir subtile, mécanique et arbitraire. Des efforts diligents ont été faits pour la ramener à des principes. Droit, logique et grammaire ont été également utilisés dans l'effort pour dégager les règles de l'interprétation. Quelques-unes des règles établies au milieu du xiv^e siècle sont encore constamment citées dans les cours anglaises, mais beaucoup d'autres ont été abandonnées. Inévitablement des canons différents devaient produire des résultats différents, et ce dont on avait le plus besoin c'était d'un critérium permettant de trouver le canon à appliquer en un cas difficile. Mais il n'a jamais été trouvé.

Certaines parties de la plus récente législation, admirables dans leur intention, ont été rendues vaines par le strict attachement à la lettre. Ainsi une longue suite de textes communément appelés *statutes of Jeofail* (Statuts des Fautes) ont prévu que les erreurs insignifiantes des clercs dans les minutes écrites ou dans les rôles, ne pourraient pas préjudicier au bon droit d'une cause. Malheureusement ces Statuts énuméraient les erreurs que les Cours étaient autorisées à réparer; le résultat immédiat en a été que toutes les autres erreurs sont devenues beaucoup plus graves; car elles devinrent implicitement impossibles à corriger du fait que le statut ne les avait pas comprises dans la liste de celles qui pouvaient l'être. De même les « *statutes of addition* » avaient pour but d'identifier plus précisément les parties dans les actes légaux en spécifiant leur « *status* » ou leur profession; mais ils furent interprétés si étroitement qu'une erreur infime dans « l'addition » est devenue généralement fatale, même s'il n'y avait aucune contestation sur l'identité de la personne en cause.

Nous n'irons pas jusqu'à prétendre que les juges aient désiré ces résultats. Ils étaient des hommes intelligents et de bon vouloir sans aucun doute, et des historiens consciencieux n'arriveront pas à cette conclusion qu'ils aient éprouvé un plaisir pervers à aboutir à des conclusions évidemment absurdes. Au contraire, tous les faits démontrent que les cours ne sont arrivées à ces décisions que parce qu'elles y étaient obligées, et de nombreux signes montrent qu'elles se sont efforcées sérieusement de trouver de meilleures règles d'interprétation pour pouvoir arriver à des résultats plus satisfaisants. La grande difficulté a été que tout procédé qu'elles pouvaient inventer à cette fin devait être établi en forme de règle. Il ne leur était plus permis d'exercer et encore moins d'invoquer un pouvoir

discrétionnaire général. La seule solution réelle du problème était ainsi exclue et la seule possibilité praticable était l'élaboration de séries de règles applicables à diverses catégories de cas, quoique, inévitablement toute règle stricte puisse produire dans certaines occasions des conséquences malfaisantes.

Telle était la situation des cours de *common law* à la fin du XIV^e siècle et la situation est à peu près la même aujourd'hui. L'ancienne coopération entre les cours et le législateur sur le pied d'égalité, qui avait existé au temps d'Edouard 1^{er}, a cessé d'être possible après que les Cours furent devenues des Cours de droit strict. Il est probable que notre thèse pourrait recevoir de nouvelles illustrations ou confirmations, si l'usage qui a été fait des statuts dans les premières cours d'équité pouvait être déterminé avec plus de précision. Malheureusement les recueils (*reports*), renseignant sur la pratique ancienne de l'« équité » sont rares et intermittents. On suppose généralement que les statuts furent maniés avec plus de liberté à la chancellerie que dans les cours de *common law*; on sait que la chancellerie donna une interprétation sympathique au statut d'Elisabeth sur les dons à usage charitable, et il est bien connu que les chanceliers firent tous leurs efforts pour annuler quelques-uns des dommages causés par le « Statut des Fraudes » et que le « *Statute of Uses* » [le célèbre statut émis par Henry VIII pour entraver le développement de la mainmorte ecclésiastique par la voie des *donationes ad opus* ou dons pour l'usage de tiers], n'a pas été considéré comme un obstacle sérieux au développement de l'institution moderne du « trust ».

Les Cours de *common law* ont réalisé encore une prouesse du même genre, quand elles ont permis à une *common recovery* [mode coûteux et compliqué de réalisation des transferts de propriété par voie d'un cérémonial d'actions judiciaires fictives qui s'est maintenu en Angleterre jusqu'à 1833] d'enfreindre la politique, quoique non la lettre, du statut de *Donis Conditionalibus* de 1285.

La difficulté la plus commune et la plus durable a été le rapport des statuts avec le *common law* préexistant. Dans la première moitié du XIV^e siècle, les principes les plus divergents existaient côte à côte. Dans les temps anciens où subsistait la liberté judiciaire, le juge en chef Bereford croyait fermement que les statuts pouvaient avoir la plus large aptitude à se substituer au *common law* par voie implicite. D'après lui, si un statut donnait un recours dans une certaine situation, alors tout recours de *common law* préexistant se trouvait implicitement aboli (Y. BB. Edw. II, IV, 112; XIII, 44; XX, 136). Cette doctrine était cependant trop large et, comme la majeure partie de la législation ancienne était hâtivement et négligemment rédigée, cette doctrine aurait abouti dans beaucoup de cas, à des résultats malfaisants. Le contemporain de Bereford, le juge Stanton, se plaçait sur un terrain plus ferme quand il émettait l'idée que « un statut ne restreint pas le *common-law* au-delà des mots du statut » (*Eyre of Kent III*; 75). Primitivement, c'était simplement une règle pour déterminer l'étendue d'application du statut. Cette règle signifiait qu'un statut n'abolissait pas implicitement l'autorité du *common law* simplement parce qu'il prévoyait un remède additionnel ou différent; dans ces limites, la règle était simple et même évidente. Mais elle était susceptible d'extension. C'est ainsi qu'il fut reconnu que, quand le statut exprime une règle sur le fond

du droit, la procédure du *common law* doit y être sous-entendue; de même les statuts doivent être interprétés à la lumière du *common law* pris dans son ensemble; et finalement un statut doit être considéré comme n'apportant aucun autre changement dans le *common law* que ce qui est clairement exprimé dans son texte. Cette dernière proposition devint une arme dangereuse contre les statuts qui essayaient d'introduire des innovations trop audacieuses.

Cependant une interprétation stricte n'était pas suffisante. Il se produisait inévitablement des cas où l'application d'un statut pouvait être étendue avec profit au-delà de ses termes précis. Au début du XIV^e siècle, ces cas ne soulevaient pas de difficultés; à la fin du siècle la situation devint toute différente. L'exercice pur et simple d'un pouvoir discrétionnaire était maintenant impossible. Il était de même impossible de prétendre que le statut pouvait par lui-même agir plus largement que ses termes ne l'indiquaient. Et pourtant quelque extension de ceux-ci était nécessaire. A ce problème vraiment difficile une très intéressante solution fut découverte et fut clairement exprimée dans la terminologie plus récente du XV^e siècle. La nouveauté résida dans la conception de l'« Équité du Statut ». Il est depuis longtemps admis que cette expression ne contenait pas la signification implicite qu'on attacha plus tard au mot « équité » tel que l'employa la Chancellerie; en usant de ce terme, les Cours de *common law* ne réclamaient pas l'exercice de l'équité au sens technique et certainement ne réclamaient pas le pouvoir d'amender ou d'abroger la législation parlementaire. La signification de ces mots paraît mieux exprimée par interprétation « libre » ou « libérale ». Il a récemment été soutenu de façon persuasive que cette « construction équitable » avait toujours eu pour but d'élargir la portée du statut au-delà du texte exact. La situation était donc en général celle-ci : une interprétation étroite (qui en fait réduirait l'utilité d'un statut) provoquait peu de commentaires; c'était, après tout, l'attitude normale des Cours vis-à-vis de la législation. Si une extension était proposée, elle devait être justifiée par une référence à une doctrine établie de l'équité d'un statut (S. E. Thorne, *The equity of a statute*. Illinois Law Review XXXI, 202). Une des plus importantes règles concernant l'« équité d'un statut » avait comme but qu'aucun statut restreignant le *common law* ne soit étendu par équité. Cela encore, une fois, est la simple réaffirmation du principe qui était à la base du *common law* dans sa période plus récente.

En posant des règles de cette sorte, les juristes de *common law* agissaient certainement en toute indépendance, et il n'y a pas de raison de supposer qu'ils aient eu connaissance des efforts des autres systèmes légaux pour résoudre le même problème. Toutefois il a été récemment démontré que leurs résultats ressemblent étroitement à ceux obtenus par les juristes du continent. Les législateurs des cités d'Italie, comme les parlementaires anglais, ont pu dénoncer l'interprétation comme une forme de fraude; mais les juristes italiens, comme leurs collègues anglais, se sont rendu compte des difficultés du problème créé par le flot de la législation. Ils conclurent également que les statuts dérogeant à la loi commune (droit romain) devaient être interprétés strictement, tandis que les autres pouvaient être construits extensivement. Les uns et les autres se sont ainsi attaqués au problème de « l'intention d'un statut » et sont arri-

vés à cette même conclusion que l'intention ne peut être retenue que si elle ressort du texte du statut (Thorne « *Statuti in the post-glossators* » *Speculum*. X, 452). La ressemblance dans la méthode et les conclusions, comme le remarque M. Thorne, est due, non à des influences mutuelles, mais au fait que les juristes ont eu partout la même tradition culturelle générale de logique, grammaire, et méthode scholastique.

Cette tradition a laissé des traces en droit anglais, et spécialement en ce qui concerne l'interprétation des statuts, qui ont survécu longtemps au Moyen Age. Notre droit, pour des raisons historiques, n'a jamais été officiellement exposé en forme dogmatique, soit comme coutume médiévale, soit comme code moderne. En conséquence, la législation n'est pas une déclaration de principes (car ceux-ci restent sous la forme du *common law*), mais simplement une brèche plus ou moins importante dans l'édifice ancien. Cependant le xvi^e siècle a apporté quelques idées plus nouvelles et le « banc » et la « barre » (juges et avocats) ont l'un et l'autre cherché à donner une exposition nouvelle aux principes de l'interprétation. Le xv^e siècle a laissé une masse embrouillée de règles sur les statuts affirmatifs ou négatifs, les statuts déclaratoires du *common law* ou y dérogeant — pour ne citer que quelques-unes de ces distinctions — en même temps qu'une masse plus variée et plus disparate de décisions. Plowden et d'autres au temps d'Elisabeth essayèrent de ramener tout cela à des termes plus simples. Un dernier, mais typique exemple de ce mouvement, se trouve dans l'affaire Heydon, 1586 (3, Coke, 7) qui jouit d'une grande réputation pour son exposition des principes fondamentaux de l'interprétation des statuts. Il y a eu quelques discussions pour savoir jusqu'à quel point ces règles étaient « nouvelles ». Quelques auteurs considèrent les règles du « cas » Heydon comme remarquablement libérales et ayant, par là, provoqué une réaction à la fin du xviii^e siècle. M. Thorne a rejeté ces vues en partie seulement. Notre propre suggestion serait simplement ceci : que la décision du cas Heydon n'avait pas eu pour but de discuter l'interprétation des statuts en général et que les règles qui y sont exposées ne prétendaient pas être (et en réalité n'étaient certainement pas) la loi totale sur le sujet. Les règles restrictives plus anciennes se sont maintenues et ont été constamment appliquées, comme le montre M. Thorne. La question ne se pose donc pas de savoir si elles ont été introduites à nouveau dans la fin du xviii^e siècle.

Ces règles n'étaient pas nouvelles en 1586; M. Thorne note qu'elles étaient des lieux communs pour Plowden une génération plus tôt; en réalité, beaucoup d'entre elles peuvent être abondamment illustrées par des causes de la première partie du xiv^e siècle. Elles ne peuvent néanmoins être entendues que comme des conseils pour atteindre la perfection.

1° Quel était le *common law* avant l'émission de l'Acte législatif ?

2° Quel était le mal ou le défaut contre lequel le *common law* ne prémunissait point ?

3° Quel est le remède que le Parlement a choisi et désigné pour guérir le malaise de la communauté ?

4° Quelle est la vraie raison du choix de ce remède ?

Et ainsi la tâche de tous les juges est de toujours donner une interprétation qui supprime le mal et accélère le remède et d'écarter les inven-

tions subtiles et les évasions tendant à maintenir le mal [qu'on avait voulu supprimer].

Le ton de ces règles est entièrement médiéval. Le quatrième point spécialement vise à prévenir ces évasions d'un statut que l'interprétation mécanique moderne tolère. La formule donnée à l'exposé des principes [dans le cas Heydon] est peut-être due partiellement aux circonstances particulières de la cause. Le statut en question ne donnait pas de remède, sauf au roi. Ses prévisions étaient faites pour prévenir certaines tentatives des monastères d'échapper aux confiscations d'Henri VIII et l'approbation cordiale des « politiques » de la Réforme paraît avoir été la véritable raison de l'affirmation générale du quatrième point. Il semble donc que le cas Heydon n'introduisit pas de règles nouvelles ni n'en abrogea aucune; encore moins comprit-il l'ensemble du droit relatif à la construction statutaire. Rien ne prouve que ces règles aient été exceptionnellement libérales pour leur époque et que plus tard au XVIII^e siècle on les ait délibérément abandonnées. En réalité l'importance de la doctrine du cas Heydon peut bien avoir été étendue par les commentateurs modernes bien au-delà de l'estimation que lui avaient accordée les contemporains.

Mais ceci ne veut pas dire que le cas Heydon ait été complètement dénué d'influence ultérieure. Coke, dans sa jeunesse, l'entendit plaider et en résuma l'argumentation dans ses *Reports*; il semble que cette argumentation l'ait profondément impressionné, et peut-être fut-il par là conduit à pousser plus loin ses études sur l'interprétation des statuts. C'est là qu'a été la véritable nouveauté. Les juristes ont commencé à grouper et classer méthodiquement la vaste masse de cas jugés recueillis par Plowden et d'autres « reporters » [auteurs de recueils de jurisprudence] aussi bien que dans les *Year Books*, et y ont cherché des principes généraux. Leur première impression fut que ces cas jugés montraient que des choses étrangement audacieuses avaient été faites dans le passé en guise d'interprétation. Ils conclurent immédiatement que les Cours pouvaient « contrôler les Actes du Parlement ». C'était une conclusion superficielle; mais Coke lui-même apporta une explication pénétrante (et nouvelle). Dans le cas *Bonham* (8. Coke, 114) en 1610, il exprima l'ensemble de la situation dans ce langage dangereusement simple : « En bien des cas, le *common law* contrôlera les Actes du Parlement et quelquefois les jugera complètement nuls. »

Par ces mots la question cessait d'être une question de technique juridique et devenait une matière de haute théorie politique. La proposition de Coke introduisait dans le droit formé par les anciennes décisions judiciaires une théorie que le Moyen Age n'aurait jamais reconnue comme une règle de droit pratique; la masse des règles complexes que les juges médiévaux avaient élaborées était réduite à la simplicité trompeuse d'un simple dogme. Ainsi tout l'ensemble de la question d'interprétation devint une question de principe. Les Cours, par l'organe de leur redoutable Juge en Chef, demandèrent toutes, et par-dessus tout, le pouvoir qu'elles avaient perdu sous Edouard III. Et elles ne le réclamèrent pas en vertu d'une situation d'associées au travail du gouvernement (qu'elles avaient eu primitivement au XIV^e siècle) mais plutôt en tant que pouvoirs supérieurs chargés de la garde d'une chose mystérieuse : la loi fondamentale. L'histoire de la doctrine du cas *Bonham* a été étudiée ailleurs et est bien trop vaste et

complexe pour être exposée ici. Il suffit pour le présent propos de dire qu'après la Restauration, cette doctrine de la loi fondamentale fut nettement retournée à l'avantage de la couronne. La prérogative royale, invoque-t-on, constituait précisément cette loi fondamentale qu'aucun statut ne pouvait infirmer. Il était dès lors inévitable que cette doctrine fut abandonnée comme conséquence de la révolution de 1688, qui ne pouvait s'expliquer que comme l'acte d'un Parlement suprême.

Le XVIII^e siècle abandonna la doctrine du *cas Bonham*, lentement et avec regret. Les juges soupiraient encore après la position élevée que Coke avait réclamée pour eux comme contrôleurs de la législation et persistaient encore dans leurs efforts pour déjouer la législation qu'ils jugeaient indésirable. Ils avaient encore à leur disposition tous les canons médiévaux traditionnels, et pouvaient invoquer une notable addition à ces canons : cette addition était le principe [de l'autorité] des « précédents ». Bien qu'il n'eut pas encore atteint sa forme actuelle, il offrait déjà des possibilités fort tentantes. Quelques statuts furent en conséquence « nullifiés », parce qu'on pouvait invoquer des précédents judiciaires dans lesquels ils avaient été parfois ignorés. La tradition des Cours a été un puissant facteur dans la doctrine de l'interprétation. Il y a bien eu d'obscures amorces pour cette doctrine au Moyen Age; mais ce fut à la fin du XVIII^e siècle qu'on en fit largement usage, à un tel point que les juges éprouvèrent les plus grandes difficultés à concilier leur pratique avec la règle acceptée qu'un statut ne peut être abrogé par non-usage. Aussi tardivement qu'en 1823 un juge a pu citer le cas *Bonham* avec approbation et, bien que reconnaissant qu'il ne faisait plus autorité, a pu utiliser cette règle du non-usage pour ne pas appliquer un statut qui violait une règle fondamentale du *common law* (*Stewart v. Lanton*, 1 *Bingham*. 374).

Nous avons déjà signalé le principe médiéval suivant lequel le législateur est le seul interprète compétent. Cette règle pourrait être exposée d'un point de vue différent en disant que le problème véritable est de déterminer quelle a été l'intention du législateur et que c'est par le législateur lui-même que cette intention est le mieux connue. C'est seulement dans la dernière partie du XIV^e siècle que nos Cours abandonnèrent progressivement l'usage de consulter le législateur et, par conséquent, furent réduites à leurs propres ressources pour trouver l'intention du Statut. Mais elles n'étaient pas encore conquises à la théorie de Bartole et autres [post-glossateurs] que l'intention doit être tirée du texte seul. Elles n'avaient pas encore fait un dogme de ce qui était pourtant une nécessité en bien des cas. En conséquence, la preuve externe pouvait être utilisée quand elle était possible. Lord Nottingham par exemple rapporte que, in *Ashe v. Abdy* (1678) : « Je dis que j'avais quelques raisons de connaître le sens de cette loi; car elle tire sa première source de moi qui ai présenté à la Chambre des Lords le projet de loi (*bill*) » (c'est-à-dire le projet de *Statute of Frauds*) qui a donné naissance à cette loi (3 *Swans*. 664). Le recours au Parlement a pu aussi être employé pour élucider un Acte législatif. Il est vrai que Willes J. fit des objections à cette méthode. « Le sens et la signification d'un Acte du Parlement » dit-il en 1769 (*Millar v. Taylor*, 4 *Burr*. 2332) doit être tiré de l'ensemble de ce qui a été dit au moment où il est passé à l'état de loi et non de l'histoire des changements qu'il a subis dans la Chambre où il a pris naissance. Cette histoire n'est connue ni de l'autre

Chambre ni du souverain. Ce semble avoir été le premier essai pour exclure toute référence aux débats parlementaires. Aucune autorité n'était citée à l'appui de cette proposition qui semble reposer entièrement sur la curieuse théorie que Roi, Lords et Communes restent dans l'ignorance de toutes autres procédures que la leur propre. Une doctrine si artificielle aboutirait au résultat que l'intention du législateur est purement fictive. Le juge Willes apparemment ne parut pas désireux de pousser plus loin cette nouvelle idée; car, dans une page ultérieure, il l'abandonne complètement, et discute en détail les changements apportés au projet de *Copyright Act* de 1709, pendant qu'il était aux Communes.

Les juges qui lui succédèrent ignorèrent la règle aussi complètement que son [prétendu] auteur. La Chambre de l'Echiquier et la Chambre des Lords semblent avoir l'une et l'autre permis au conseil [d'une partie au procès] de chercher dans les journaux de la Chambre des Communes ce qu'un statut avait réellement voulu faire. (*Earl of Lonsdale v. Littledale* (1793) 2 H. Bl., 274, 302). C'est dans les quatre-vingt-dix dernières années que la règle moderne excluant strictement toute preuve externe de l'intention est arrivée à s'établir. La règle est maintenant posée par les juges avec l'énergie dogmatique qui convient à l'expression d'un principe se recommandant si peu par lui-même. Dans les rares occasions où l'on a tenté d'en donner une raison, cette raison a impliqué d'étranges conséquences. Aussi les termes de lord Nottingham cités ci-dessus peuvent être opposés à ceux employés par lord Halsbury dans des circonstances analogues (in *Hilder v. Dexter* (1902) A. C. 477): « J'ai plus d'une fois eu l'occasion de dire que, en ce qui concerne la construction d'un statut, je crois que la personne la moins indiquée pour y procéder est celle qui est responsable de sa rédaction. Elle est beaucoup trop portée à confondre ce qu'elle avait l'intention de faire avec l'effet du langage qu'elle a en fait employé... J'ai été largement responsable des termes dans lesquels cette disposition législative a été exprimée et, pour cette raison, et seulement pour cette raison, je n'ai pas écrit [dans la présente affaire] un jugement personnel. »

Ces mots sont en contraste violent avec toute la tradition médiévale de l'interprétation; car, en fait, ils dénie l'existence de l'intention comme facteur de la législation. Ce que le législateur a voulu est chose aujourd'hui sans intérêt pour les Cours; la seule chose qui compte est ce qu'il a dit. Un statut n'est pas une communication écrite entre deux corps d'êtres humains; ce n'est qu'un assemblage de mots rituels ou formels.

C'est là finalement un fossé profond établi entre le législateur et le juge dans les pays de *common law*. Une association florissante entre eux fut dissoute au milieu du xiv^e siècle en un moment de méfiance réciproque. Les Cours prirent d'abord une attitude de soumission, puis revendiquèrent une position de supériorité. La victoire du Parlement au xvii^e siècle établit la supériorité du statut sur la loi fondamentale, sur le *common law* et sur les Cours. Conscient de cette supériorité, le Parlement se refusa à mettre les Cours de justice dans sa confiance. Ses Acts devinrent des ordres détaillés et péremptoirs. N'ayant aucune confiance dans les Cours, le Parlement n'osa pas se borner à l'exposition de principes ni inviter les Cours à coopérer avec lui pour compléter une législation conçue en termes généraux. Au contraire, le Parlement pourvoit d'avance, s'il le peut, à tous les cas qui peuvent se présenter dans l'avenir. S'il ne le peut pas, c'est aux

départements du gouvernement plutôt qu'aux Cours qu'il demande une aide. Les Cours ont pris le Parlement au mot et acceptent ses statuts comme des documents uniquement inspirés par des mots. Elles n'entrent pas dans le processus mystérieux de la législation et se gardent de confondre ce que le Parlement a voulu dire avec ce qu'il a dit. La situation présente est partiellement le résultat de l'histoire et partiellement celui de notre mysticisme du Parlement. Un changement soudain de disposition de l'une ou l'autre partie est improbable. Quand le lion et l'agneau coucheront ensemble, nous pourrons voir le Parlement accorder confiance aux Cours et les Cours collaborer cordialement avec lui dans l'élaboration et l'application de la « loi statutaire ». Les Cours y gagneraient en puissance; mais elles compromettraient peut-être la position actuelle qui les place au-dessus de la mêlée, position qu'elles apprécient fort. Pour le moment, l'une et l'autre des parties semblent préférer la curieuse situation présente et les statuts souverains doivent encore être considérés comme sacrés en chacun de leurs mots. Cependant quelquefois l'hommage au texte exprimé semble quelque peu ironique.

CHAPITRE V

LA JURISPRUDENCE

SAVATIER, *Le Gouvernement des Juges en matière de responsabilité civile.*

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

ESCARRA, *Le Droit Comparé et la jurisprudence chinoise.*

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

(Cette dernière contribution publiée dans le Tome II, Quatrième Partie, Titre II, Chapitre III : « L'unification des Droits à l'intérieur d'un Etat », § 121).

Le RÔLE DU JUGE DANS LE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS AUX ÉTATS-UNIS est étudié dans les contributions classées dans le Tome II, Troisième Partie, Titre III, Chapitre IV, Section III, « Le Droit Constitutionnel Américain et le Problème du Contrôle Judiciaire de la Constitutionnalité des Lois », §§ 88 à 92.

★★

L'INFLUENCE DE LA JURISPRUDENCE SUR L'INTERPÉNÉTRATION DU COMMON LAW ET DU DROIT CIVIL AU CANADA ET AUX ÉTATS-UNIS forme aussi l'un des objets des 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 DE DROIT, reproduits dans le Tome II, Troisième Partie, Titre I^{er}, « Droit Civil et Common Law », Chapitre III, §§ 72 à 73.

★★

Le problème plus général de la COLLABORATION DE LA JURISPRUDENCE A LA RÉCEPTION DES DROITS est évoqué dans les études groupées ou rappelées au Tome II, Quatrième Partie, Titre I^{er}, Chapitre II, « Méthodes et Exemples de Réception des Droits. Le Rôle respectif du Juge et du Législateur », §§ 112 à 114.

On trouvera d'autres éléments sur LA VALEUR DU GOUVERNEMENT DES JUGES EN DROIT CIVIL dans les contributions de MM. MAURY, OBSERVATIONS SUR LES MODES D'EXPRESSION DU DROIT: RÈGLES ET DIRECTIVES, publiée dans le Chapitre précédent, § 35, et MORIN, QUELQUES OBSERVATIONS CRITIQUES SUR LE CONCEPT D'ABUS DE DROIT, reproduite dans le Tome II, Troisième Partie, Titre III, Chapitre VIII, Section II, § 102.

Certaines PARTICULARITÉS DE LA JURISPRUDENCE DU TRAVAIL sont examinées dans l'article de M. MANKIEWICZ, INTÉRÊT POUR L'ÉTUDE COMPARATIVE DES DROITS ET DES ÉVOLUTIONS ÉCONOMIQUES DES RECUEILS INTERNATIONAUX DE JURISPRUDENCE. ILLUSTRÉ AU MOYEN DU RECUEIL INTERNATIONAL DE JURISPRUDENCE DU TRAVAIL, publié ci-dessous, Deuxième Partie, Titre III, Chapitre I^{er}, § 46, tandis que l'INFLUENCE DE LA JURISPRUDENCE SUR LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT OUVRIER ANGLO-AMÉRICAIN est examiné dans l'étude de M. BONNET, LA DOCTRINE DE LA « CONSPIRATION » ET LES ORIGINES DE « L'INJONCTION DU TRAVAIL » AUX ÉTATS-UNIS, classée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre VII, Chapitre II, Section IV, § 170.

LE GOUVERNEMENT DES JUGES EN MATIERE DE RESPONSABILITE CIVILE

Par R. SAVATIER

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

La merveilleuse histoire de l'article 1384, § 1^{er} C. civ. dans la jurisprudence française a été bien des fois contée déjà.

Voici une ligne de texte légal : « On est responsable des choses que l'on a sous sa garde », qui, pendant près d'un siècle, passa inaperçue. Ses auteurs d'abord, puis les commentateurs du Code Napoléon y avaient vu seulement une introduction aux dispositions suivantes, une sorte d'intitulé général. Et voici que, tout à coup, cette ligne de texte s'est pour ainsi dire fécondée. Bien mieux elle a formidablement grossi en importance, jusqu'à menacer de frapper de stérilité les textes voisins du même Code puisque tout le droit de la responsabilité risque d'être absorbé par cette petite phrase, démesurément grossie par les tribunaux.

Nul champ d'expérience n'apparaît plus propre à mettre en lumière tout ce que la Constitution française et le principe de Séparation des pouvoirs dissimulent, chez les juges de France, de force créatrice de droit, pour ne pas dire de pouvoir législatif. Nulle part, on ne sent mieux combien l'exercice de ce pouvoir, s'efforçant d'instinct de suivre les transformations sociales, et celles de l'esprit public, peut accentuer ces transformations, jusqu'à faire, dans le sens le plus large, œuvre de gouvernement. Enfin, aucune expérience ne saurait être plus suggestive pour souligner à la fois les avantages et les inconvénients de cette création du droit par le juge.

I. — LES ETAPES DE LA CRÉATION DU DROIT

A. *Le cas des accidents du travail ; la découverte de l'art. 1384, al. 1^{er}* — Sauf une réserve pour la responsabilité des maîtres du fait de leurs préposés, et pour celle du propriétaire du fait de ses bâtiments, le code civil français n'envisageait de responsabilité civile que dans la faute. L'idée de risque ne s'y dessinait pas encore. Quand survenait un dommage, et qu'aucune faute ne pouvait être établie à son origine, la victime choisie par le destin n'avait de recours contre personne.

La construction économique de la société au début du XIX^e siècle ren-

dait encore cette conception supportable. Mais elle cessa de l'être au cours de ce même siècle, avec le développement industriel. L'homme avait domestiqué les forces de la nature. Comme patrons d'immenses usines, souvent montées sous la forme de sociétés, certains hommes employaient ces forces à leur profit personnel, à l'accroissement de leur fortune. Et, pour les rendre productrices, ils se servaient d'autres hommes, réduits à un simple salaire, et dont l'activité, comme celle des machines mues par eux, était toute orientée vers le profit du patron. Or, ce « couple » de la machine et du salarié, profitable au patron, était redoutable au salarié, les forces de la nature, captées dans les machines, y restant, malgré tout, aveugles, incapables de s'arrêter en présence du danger couru par un corps humain. Et les accidents qui se multipliaient ainsi n'étaient nullement dus, pour la plupart, à une faute du patron. Refuser de reconnaître à celui-ci une responsabilité en dehors de sa faute, c'était donc condamner l'ouvrier à supporter seul le risque des forces redoutables dont le profit était pour son employeur. Telle était la situation nouvelle, que l'équité ne pouvait longtemps supporter.

Ainsi apparut, en dehors de la faute, un nouveau principe de responsabilité : le risque attaché au profit d'une activité. Une règle d'équité se détacha, mettant à la charge de celui qui dirige et utilise à son profit des forces dommageables, la réparation du préjudice causé à autrui par ces forces. Seulement, le code civil, rédigé avant le développement industriel du XIX^e siècle, ne fournissait pas de texte légal au service de cette idée d'équité.

Il n'en fournissait pas, mais on pouvait lui en prêter un. Et ce fut ce désir qui féconda l'art. 1384, al. 1^{er}.

Après avoir, dans les art. 1382 et 1383, posé le principe de la responsabilité attachée à la faute, les auteurs du code civil avaient, dans les articles suivants, établi, sur des présomptions de faute, un certain nombre de responsabilités plus spéciales ; et ils les avaient annoncées par une formule de transition : on est responsable : « non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ». Il n'était jamais venu à l'esprit des rédacteurs du code que cette formule eût d'autre portée que celle d'une introduction aux dispositions suivantes ⁽¹⁾. Mais la formule était assez vague pour pouvoir être sollicitée. Pourquoi ne pas soutenir qu'elle rend à priori responsable, du dommage causé par une chose, l'homme qui a la garde de celle-ci ? Et n'est-il pas possible, par un effort d'interprétation, de donner au mot de « garde » le sens convenable pour faire peser la responsabilité, non sur l'ouvrier ou le contre-maitre qui conduit directement la machine, mais sur l'industriel qui l'a installée et qui l'exploite ? Le rôle du juriste n'est-il pas d'orienter les textes existants vers une adaptation aux besoins nouveaux qui surgissent ? Ainsi, MM. Josserand ⁽²⁾ et Saleilles ⁽³⁾ s'emparèrent de l'art. 1384, al. 1^{er}, et l'offrirent aux tribunaux pour être mis par ceux-ci au service d'une œuvre nécessaire d'équité.

(1) V. PLANIOL, note D. 1906, 1, 457 ; A. Esmein, notes S. 1897, 1, 17 et 1910, 1, 17.

(2) JOSSERAND, notes D. 1900, 2, 289, 1904, 2, 257, etc...

(3) SALEILLES, note D. 1897, 1, 433.

La Cour de cassation s'était déjà saisie de l'instrument. Le 16 juin 1896, elle avait déclaré un patron responsable, indépendamment de toute faute de sa part, de l'accident causé à un ouvrier par l'explosion d'une chaudière. L'histoire de l'art. 1384, al. 1^{er}, était commencée.

B. *L'hypothèse de la propagation de l'incendie : la consécration définitive de l'idée de risque.* — A peine commencée, cette histoire parut tourner court. C'est que le législateur intervenait en France, par la loi du 9 avril 1898, pour consacrer lui-même une responsabilité née des accidents du travail. Ainsi se trouvait confisqué à la jurisprudence et à l'art. 1384 le domaine d'élection pour lequel l'ancien texte avait été tiré de l'inaction. En dehors des accidents du travail, il continuait cependant une vie rétrécie. Des applications espacées en étaient faites par la Cour de cassation aux dommages causés par la fuite d'une canalisation de gaz d'éclairage, par l'incendie qu'une machine à battre avait allumé, par l'explosion d'un siphon d'eau de seltz dans un café, ou de grenades dans un entrepôt (4). Dans toutes ces hypothèses, le maître de la canalisation de gaz, de la batteuse, du siphon ou des grenades, celui qui profitait de leur puissance dommageable avait été déclaré responsable. Mais le champ d'application du droit nouveau restait étroit. Il ne concernait que les choses recélant par elles-mêmes, indépendamment de leur obéissance à la main humaine, des forces d'explosion, d'inflammation spontanée ou de bris (5).

En outre, même pour ces choses, l'art. 1384, § 1^{er}, paraissait abandonner son dynamisme. Alors que l'arrêt de la Cour de cassation du 16 juin 1896 en avait fait le principe d'une responsabilité nouvelle indépendante de la faute, les nouveaux arrêts de jurisprudence réduisaient la portée du même texte à une simple présomption de faute, susceptible d'être écartée par toute preuve contraire (6). Ainsi, le gardien de la chose dommageable échappait à toute dette de réparation en prouvant avoir pris les précautions désirables. Sa responsabilité ne se séparait pas d'une faute vraisemblable ; l'art. 1384, al. 1^{er}, rentrait dans le sillage de l'art. 1382.

Ce fut un incendie qui l'en fit sortir. Le 2 juillet 1906, le feu prenait dans une gare maritime de Bordeaux : alimenté par de nombreux fûts de résine entreposés dans cette gare, il gagnait des propriétés contiguës, où il faisait des ravages. Rien, dans les marchandises entreposées, qui avaient été les instruments de transmission de l'incendie, ne possédait de puissance propre d'inflammation spontanée, d'explosion ou de bris. Et cependant, la Compagnie concessionnaire de la gare maritime, considérée comme gardienne de ces marchandises, fut déclarée responsable du préjudice transmis aux propriétés voisines. Bien plus, la Cour de cassation refusa d'admettre qu'elle pût écarter cette responsabilité en prouvant qu'elle avait pris toutes les précautions possibles. L'arrêt déclara que la preuve de l'absence de faute chez le gardien laissait sa responsabilité intacte (7).

Ainsi reparaissait le principe d'une responsabilité indépendante de la faute, et, par conséquent, fondée sur une autre idée ; celle de risque. Le

(4) Req. 3 juin 1904, D. 1907, 1. 177, note JOSSERAND ; Req. 25 mars 1908, D. 1909. 1. 73, note PLANIOL ; Req. 19 janv. 1914, D. 1914, 1. 303.

(5) V. notre note D. 1920, 1. 169.

(6) Req. 30 mars 1897, D. 97, 1. 433 ; Req. 29 avril 1913, D. 1913, 1. 427.

(7) Civ. 16 nov. 1920, D. 1920, 1. 169 et notre note, S. 1922, 1. 97, note HUGUENEY.

mot de présomption de faute survivait sans doute dans la langue de l'arrêt ; mais c'était déjà une survivance.

— Vive fut la réaction de la pratique. Les Compagnies d'assurance-incendie, qui représentent une puissance considérable, prirent peur tout-à-coup. Elles craignirent d'être obligées à la réparation illimitée de tous les dommages causés dans les propriétés voisines, sur un espace indéterminé, par l'incendie commencé chez leur assuré sans la faute de celui-ci. Et elles obtinrent du législateur français une loi du 7 novembre 1922 écartant, hors le cas de faute prouvée à sa charge, la responsabilité envers les tiers de celui chez qui un incendie prendrait naissance.

Ainsi, pour la seconde fois, la loi semblait intervenir afin d'arrêter le développement du droit prétorien, et d'essayer de le canaliser dans les textes. En apparence, cette seconde intervention du législateur était franchement négative. Elle visait à faire obstacle aux empiètements de l'idée de risque sur l'idée de faute, alors que la précédente consacrait dans un domaine limité, la responsabilité fondée sur le risque. Mais il ne faut pas se fier aux apparences. En réalité, alors que la loi de 1898 n'avait donné de place à l'idée de risque qu'en dehors de l'art. 1384, minimisant ainsi ce texte, au contraire, la loi de 1922, par sa texture, arrivait au contraire à confirmer et à souligner la portée propre de l'art. 1384, al. 1^{er}. Elle était rédigée, en effet, sous la forme d'un alinéa 2, destiné à être inséré, dans ce texte, après l'al. 1^{er}, comme limitation aux effets de celui-ci. Ainsi, le législateur reconnaissait-il implicitement la réforme prétorienne attribuant au début de l'art. 1384 une vertu particulière, celle de créer une responsabilité indépendante de la faute. La méthode des tribunaux recevait l'agrément inconscient du législateur. Elle allait s'en trouver singulièrement à l'aise pour poursuivre sa carrière.

— C. *L'accident d'automobile : la notion de risque étendue du fait de la chose au fait de l'homme.* — L'art 1384, al. 1^{er}, étant ainsi devenu le principe d'une responsabilité différente de celle dérivée des art. 1382 et 1383, fondés sur la faute, comment délimiter le champ respectif de ces deux responsabilités ? La jurisprudence, ayant construit la première sur le texte de l'art. 1384, avait naturellement été amenée à dire que cette responsabilité indépendante de la faute ne pouvait exister, selon la formule dudit article, que pour le dommage causé *par le fait de la chose* dont le gardien serait responsable. Ainsi, la frontière entre l'art. 1382 et l'art. 1384 se tirait de la distinction entre *le fait de l'homme* et *le fait de la chose*.

Or, parmi les choses susceptibles de devenir l'instrument d'un dommage, il en était d'autonomes, dont l'action dommageable était due aux forces contenues en elles, ou s'exerçant sur elles indépendamment de la direction immédiate de l'homme. C'était le cas de la rupture d'un objet par la pesanteur, de l'explosion d'une substance par ses dégagements gazeux, du forçement d'une tuyauterie ou d'une chaudière par un corps sous pression, etc... Mais il était aussi, parmi les choses dommageables, des instruments fidèles à la main de l'homme, et qui n'apparaissaient que comme prolongeant ou amplifiant les mouvements de celui-ci. Le fait de ces choses dociles, traduisant simplement l'action de leur conducteur, était-il susceptible d'être distingué du fait de cet homme lui-même ? En d'autres termes, l'article 1384, établissant une responsabilité fondée sur le risque, pouvait-il, pour ces choses, être substitué à l'art. 1382 exigeant une faute

démontrée ? Les tribunaux ne l'avaient pas pensé tout d'abord. Ils avaient déclaré, en présence d'un accident d'automobile, que le fait de la voiture, tant qu'elle lui avait fidèlement obéi, ne pouvait pas être séparé du fait de son conducteur. Ainsi, l'art. 1382 était seul applicable, et la victime de l'accident n'avait d'action en réparation que si le conducteur était prouvé en faute ⁽⁸⁾.

Seulement, il se produisit ici, dans les trente premières années du xx^e siècle, une évolution de fait analogue à celle que le xix^e siècle avait vue en matière d'accidents du travail. L'automobile, d'usage d'abord exceptionnel, se généralisa avec une rapidité extrême. En même temps, sa vitesse, et par conséquent son danger, ne cessa de croître. Ainsi, l'accident d'automobile devenait un péril de tous les jours, contre lequel l'opinion publique n'admettait plus guère que la victime ne fût protégée que par la démonstration, souvent impossible, d'une faute du conducteur.

En même temps, les données du problème se modifiaient sur un autre point très important. La fin du xix^e siècle et le début du xx^e assistaient au développement de plus en plus généralisé de l'assurance de responsabilité. Cette assurance était, en particulier, utilisée, d'une manière de plus en plus universelle, par les propriétaires d'automobiles. Ainsi, les tribunaux, en indemnisant la victime en l'absence de faute du conducteur ne risquaient plus guère de porter à celui-ci un préjudice qu'ils eussent hésité à infliger personnellement à un homme exempt de toute culpabilité. L'assurance paierait ! Et, grâce à elle, le soulagement de la victime devenait possible sans faire de nouvelle victime en la personne de l'automobiliste.

Dès lors, par le dynamisme du droit prétorien, la multiplication des accidents d'automobile devait faire nécessairement sauter la barrière opposée au développement de l'art. 1384 par la distinction du fait de l'homme et du fait de la chose. Ce texte, instrument assez souple pour être façonné à sa guise par la jurisprudence, n'allait pas opposer de sérieuse résistance à ce nouvel élargissement. Détaché depuis 1896 de ses origines, il pouvait se prêter à dire ce que les besoins sociaux commanderaient de lui faire exprimer. Après tout, l'accident n'était-il pas causé *par le fait* de l'automobile, de sorte que la formule de l'art. 1384 s'accommodait fort bien de la responsabilité de son gardien ?

Ce ne fût pourtant pas sans hésitation et sans à-coup que la jurisprudence réalisa la réforme. Anxieuse, sans le dire, de la portée de son geste, la Cour de cassation s'y reprit à trois fois pour l'accomplir. Un premier arrêt ⁽⁹⁾ d'elle était encore si peu net que les Cours d'appel, s'interrogeant sur son sens, rendirent les échos les plus divergents, les uns affirmant désormais la responsabilité de plein droit de l'automobiliste ⁽¹⁰⁾, les autres continuant à exiger que sa faute fût prouvée ⁽¹¹⁾, et toutes se croyant néanmoins d'accord avec la Cour suprême. Un second arrêt, près de deux ans plus tard ⁽¹²⁾, tout en déclarant, et cette fois sans ambiguïté, l'auto-

(8) Req. 22 mars 1911, D. 1911, 1, 355, S. 1914, 1, 213.

(9) Civ. 29 juillet 1924, D. 1925, 1, 5, note RIPERT, S. 1924, 1, 321, note P. ESMEIN.

(10) V. notamment, Paris, 18 oct. 1924 ; Riom, 19 nov. 1924 ; Douai, 16 déc. 1924 ; Poitiers, 18 févr. 1925, D. 1925, 2, 41, avec notre note.

(11) V. notamment, Montpellier 8 oct. 1924 ; Tr. Lyon, 3 janv. 1925 ; Nîmes, 9 janv. 1925 ; Poitiers, 17 févr. 1925, D. 1925, 2, 41, et notre note.

(12) Civ. 21 févr. 1927, D. 1927, 1, 97, note RIPERT, S. 1927, 1, 137, note P. ESMEIN.

biliste responsable de plein droit du fait de sa voiture, voulut limiter, selon une suggestion de M. Ripert ⁽¹³⁾, la portée de ce précédent. Il indiqua donc que cette responsabilité nouvelle s'expliquait par les dangers spéciaux de l'automobile, et ne serait, d'une manière générale, applicable qu'aux choses dangereuses. Enfin, la résistance de certaines Cours d'appel ayant obligé la Cour de cassation à statuer toutes Chambres réunies, la restriction ainsi contenue dans l'arrêt de 1927 disparut de la jurisprudence consacrée par elle. L'arrêt définitivement pris ⁽¹⁴⁾ affirmait la responsabilité de plein droit du gardien de toute chose inanimée, même mue directement par la main de l'homme, indépendamment des dangers impliqués par l'usage de cette chose. Une chose ne se révèle-t-elle pas en effet dangereuse par cela seul qu'elle devient dommageable ? ⁽¹⁵⁾.

En même temps, la Cour de cassation, abandonnant l'expression de *présomption de faute*, déjà pratiquement démentie par ses solutions antérieures, déclarait attacher désormais l'art. 1384 à une *présomption de responsabilité*, indépendante de la faute ⁽¹⁶⁾.

L'application aux automobiles d'une responsabilité indépendante de toute faute démontrée de leur conducteur devait nécessairement, selon les prévisions déjà annoncées par la doctrine ⁽¹⁷⁾, s'étendre à d'autres hypothèses par gradations successives. Il semble aujourd'hui acquis, en jurisprudence, que le cycliste tombe, comme l'automobiliste, sous le coup de l'art. 1384 ⁽¹⁸⁾. Et il en est de même de toute personne maniant un instrument quelconque, si docile qu'il soit à la main humaine, tel qu'une faux, un hachoir ⁽¹⁹⁾, un marteau ou même un bâton. Ainsi, la responsabilité nouvelle s'étend-elle pratiquement à presque tous les actes humains, tant il en est peu qui deviennent dommageables sans le concours d'un instrument quelconque.

D. *Le passage clouté : la disposition du primat de la faute sur le risque*. — La responsabilité ainsi reconnue, indépendamment de toute faute, sur le fondement de l'art. 1384 doit-elle, ou non, être mise sur le même rang que la responsabilité de l'auteur d'une faute établie ? Longtemps, les tribunaux répondirent négativement. La responsabilité fondée sur la faute, en l'absence de textes législatifs, primait toutes les autres. S'il y avait dommage, c'était au coupable qu'en incombait le poids ; et s'il était seul coupable, il devait le supporter seul. Ce n'était qu'à défaut de pouvoir découvrir une faute désignant le responsable, que l'on faisait jouer l'article 1384, en obligeant à réparation le gardien de la chose dommageable ⁽²⁰⁾.

Cette règle s'appliquait quel que fût l'auteur de la faute supposée éta-

(13) Note D. 1925, 1, 5.

(14) Ch. réun. 13 fév. 1930, D. 1930, 1, 57, rapport. Le Marc'hadour, conclusions Matter, note RIPERT ; S. 1930, 1, 121, note P. ESMEIN.

(15) V. notre note D. 1925, 2, 41.

(16) Ch. réun., 13 fév. 1930, précité.

(17) V. notre article à la *Semaine Juridique*, 1927, p. 433.

(18) V. notamment Riom, 3 avr. 1930, *Gaz. Palais*, 1930, 2, 303 ; Paris. 12 avr. 1930, *Gaz. Palais*, 1930, 2, 7 ; Civ. 18 nov. 1930, D. H. 1931, 19 ; Montpellier. 2 déc. 1930, D. 1931, 2, 129.

(19) Poitiers, 3 juil. 1935, D. H. 1935, 502.

(20) V. notre note, D. 1934, 1, 41.

blie. Qu'elle émanât de la victime ⁽²¹⁾, ou d'un tiers ⁽²²⁾, elle suffisait à exonérer le gardien de la chose instrument du dommage, à moins que la faute de ce gardien ne fût elle-même prouvée.

Ainsi, quand un piéton, traversant une rue de Paris en dehors des passages cloutés, seul endroit où la circulation des piétons soit permise, était renversé par une automobile, sa faute devait suffire à écarter la responsabilité mise de plein droit à la charge de l'automobiliste ⁽²³⁾. Celui-ci, sans doute, n'était pas pour cela définitivement exonéré. Il restait au piéton la faculté de prouver contre lui une faute de conduire. Mais, du moment qu'il y avait faute d'une personne au moins, c'était uniquement sur le terrain des fautes respectives que la responsabilité devait se débattre : l'art. 1384 s'effaçait devant l'art. 1382.

Or la jurisprudence de la Cour de cassation paraît aujourd'hui avoir abandonné cette idée fondamentale. Le primat de la faute a disparu. Et cela dans tous les cas, que la faute supposée établie émane de la victime ou d'un tiers.

D'une part, des arrêts ont déclaré que le piéton renversé par un automobiliste en traversant une rue hors d'un passage clouté pouvait, malgré sa faute, tenir l'automobiliste pour partiellement mais de plein droit responsable de l'accident, sans avoir à établir d'imprudence à sa charge ⁽²⁴⁾ ; c'est admettre qu'en cas de faute de la victime, la responsabilité née du risque prend le même rang que celle issue de la faute. D'autre part, la Cour de cassation a affirmé ⁽²⁵⁾ que le propriétaire d'une automobile restait tenu de l'accident causé par elle-même lorsque, la voiture ayant été volée, c'était le ravisseur qui la conduisait au moment de l'accident. Et cette responsabilité du propriétaire est affirmée sur le terrain de l'art. 1384, alors que l'accident est évidemment dû à la faute d'un tiers, le voleur, individu dont le propriétaire n'a nullement à répondre comme commettant.

Ces solutions sont graves, et paraissent avoir été admises trop légèrement ⁽²⁶⁾. Elles aussi s'expliquent, sans doute, par la généralisation de l'assurance, et par ce fait que c'est généralement en face d'un assureur que plaide la victime d'un accident. On a voulu faire jouer l'assurance en faveur de celle-ci, même s'il y a faute d'un autre que l'assuré. On peut néanmoins douter que ce mouvement de pitié pour la victime ait été suffisamment réfléchi, et que cette jurisprudence prétorienne, enlevant à la faute humaine le premier rang dans les critères de la responsabilité, ait mesuré toute la portée de la révolution réalisée par elle.

E. *La collision de véhicules : l'art. 1384 assurant plus largement que l'art. 1382 la réparation du dommage.* — Depuis que le Code civil existe,

(21) V. les très nombreuses décisions de la Cour de cassation indiquées à notre note précitée, et, notamment, Req. 12 janv. 1927, D. 1927, 1. 145. et notre note S. 1928, 1. 177. note H. Mazeaud ; Civ. 7 déc. 1931, *Gaz. Palais* 1932, 1, 363.

(22) V. décisions citées *ibid.*, et notamment, Req. 10 févr. 1931, *Gaz. Palais*, 1931, 1. 627 ; Req. 12 juill. 1933, D. H. 1933, 525.

(23) H. CAPITANT : *Les passages cloutés*, chronique D. H. 1931, p. 18.

(24) Req. 13 avr. 1934, D. 34, 1, 41 et notre note ; S. 1934, 1. 313. note MAZEAUD.

(25) Civ. 3 mars 1936, D. 1936, 1, 81 note CAPITANT.

(26) Il suffit de lire le rapport de M. le Conseiller Gazeau, sur lequel a été rendu l'arrêt précité de la Chambre des requêtes du 13 avril 1934, pour constater que ce haut magistrat a cru rester fidèle à la jurisprudence antérieure, alors qu'il rompait avec la tradition la plus certaine de la Cour de Cassation (V. ce rapport, et notre note sous cet arrêt).

on n'a jamais sérieusement douté que l'auteur d'une faute fût responsable envers lui-même comme envers autrui ⁽²⁷⁾. Si donc le dommage éprouvé par la victime, tout en étant imputable à la faute d'un tiers est dû également à sa propre faute, sans laquelle celle d'autrui n'eût pas été nuisible, la faute de la victime met à sa propre charge une part du dommage subi par elle. Par une conséquence nécessaire, lorsque les deux fautes combinées ont eu un résultat préjudiciable à la fois à leurs auteurs respectifs, chacun d'eux doit supporter définitivement le poids d'une fraction du préjudice qu'il éprouve, fraction proportionnelle à sa part de responsabilité. Il ne peut mettre à la charge de l'autre que le reste du dommage.

C'est ce qui se produit, par exemple, dans le cas de collision de véhicules, quand, les circonstances en étant connues, les tribunaux peuvent relever une faute chez chacun des conducteurs, et arbitrer leur responsabilité respective. L'un et l'autre doivent supporter une fraction, mais une fraction seulement du préjudice que leur faute a causé à l'autre partie. Il s'ensuit que c'est seulement jusqu'à concurrence de cette condamnation qu'ils peuvent faire jouer leur assurance de responsabilité ⁽²⁸⁾.

Or, selon la jurisprudence qui semble peu à peu s'être instaurée devant la Cour de cassation ⁽²⁹⁾ il en est tout autrement lorsqu'une faute n'est établie à la charge ni de l'un ni de l'autre des conducteurs. En ce cas, le dommage étant causé par une collision, c'est-à-dire par l'activité respective de deux véhicules, chacun de leurs gardiens doit répondre du dommage causé par le fait de la chose dont il est responsable. Mais ici, la tendance de la Cour de cassation est de faire complète abstraction de la responsabilité du gardien de la chose envers lui-même. Peu importe que la chose sous sa garde ait joué son rôle de cause indispensable dans le dommage qu'il subit ; il n'en a pas moins le droit, selon les arrêts, de réclamer l'entière réparation de ce dommage au conducteur de l'autre véhicule. Chacun des gardiens, nullement responsable envers lui-même, est donc ainsi intégralement responsable envers l'autre. Il sera condamné à la réparation complète du préjudice subi par celui-ci, qui, réciproquement, devra réparer tout le dommage éprouvé par le premier. Et, chacun mettant sa condamnation à la charge de son assureur de responsabilité, ce sont en définitive les deux assureurs qui supporteront le poids entier des préjudices subis de part et d'autre.

Ici encore, on le voit, les tribunaux ont été vraisemblablement conduits à l'élargissement de la responsabilité née du risque par le désir de rejeter de la victime sur un assureur le poids du dommage éprouvé ⁽³⁰⁾.

Mais la portée de la règle ainsi adoptée n'en est pas moins singulière. Un double déséquilibre est créé par elle.

Le premier, entre deux catégories d'assurances : l'assurance directe de dommages, et l'assurance de responsabilité. L'assureur de responsabilité se voit pratiquement chargé de tous les risques, tandis que l'assureur direct

(27) JOSSE RAND : *La responsabilité envers soi-même*, chronique au D. H. 1934, p. 73.

(28) V. nos notes D. 1933, 1, 57 et D. 1935, 2, 17.

(29) Le point de vue de celle-ci, douteux encore jusque-là, semble s'être précisé dans les arrêts rendus par la Chambre des requêtes le 27 juillet 1936 (*Gaz. Palais*, 1936, 2, 673), et la Chambre civile le 11 mars 1936 (D. H. 1936, 315).

(30) V. nos notes précitées au Dalloz.

de dommages est déchargé de ceux qui auraient dû normalement lui incomber. C'est le premier qui répare tout ⁽³¹⁾.

Plus grave encore est le déséquilibre établi par une telle jurisprudence entre la portée respective des responsabilités fondées sur la faute et sur le risque. La première, quoique beaucoup plus impérieusement exigée que la seconde par l'équité, voit minimiser son effet par rapport à la seconde. On obtient une plus large réparation de quelqu'un par qui aucune faute n'a été commise que de celui à la charge de qui une faute a été démontrée.

Et l'idée qui préside à cette différence, l'idée qui permet à chacun des conducteurs, à défaut de culpabilité établie, de demander à l'autre une entière réparation, semble éminemment critiquable. Car cette idée, *consistant à n'accepter aucune responsabilité pour soi-même* revient à systématiquement rejeter sur l'« autre », avec la complicité des tribunaux, le dommage que l'on s'est causé ⁽³²⁾.

Enfin, une telle jurisprudence crée, pour la sentimentalité des tribunaux, une redoutable tentation : celle de fermer volontairement les yeux pour ne pas voir les fautes commises à l'origine de la collision. Car, il leur suffira de ne pas les découvrir pour faire indemniser intégralement chacune des victimes par l'assureur de l'autre, au lieu que si le tribunal est, par malheur, assez clairvoyant pour apercevoir les fautes commises, les réparations ne sont plus que partielles. Pour peu que les deux victimes, en dépit de leur imprudence, restent intéressantes, combien l'ignorance volontaire de l'origine de la collision n'apparaîtra-t-elle pas plus conforme à la pitié que les victimes ne manqueront guère d'inspirer à la justice ! Ainsi la primauté du risque par rapport à la faute, ne touchera pas seulement l'importance de leurs effets, mais aussi la fréquence de leurs applications.

Ne commençons-nous pas déjà à porter ici un jugement sur le développement de ce droit prétorien ? C'est à quoi il nous faut en effet arriver, l'historique qui précède n'étant, dans notre pensée, qu'un moyen de rechercher les leçons qu'il comporte.

II. — LE RÔLE DE GOUVERNEMENT REMPLI PAR LES JUGES

Quatre caractères de l'action des juges nous paraissent se dégager de l'expérience que nous avons retracée. C'est d'abord l'efficacité et la portée, incommensurable parfois, des méthodes prétoriennes. C'est ensuite l'esprit de profonde humanité, dégénérant il est vrai, trop facilement en sentimentalité, qui préside aux résultats poursuivis. C'est encore le caractère indépendant de chacun de ces résultats, l'absence de plan d'ensemble. C'est enfin l'immense domaine que la jurisprudence prétorienne tend à ouvrir à l'arbitraire du juge.

A. *L'efficacité des méthodes prétoriennes.* — Dans toute cette transformation du droit et des conceptions sociales, le rôle du législateur a été

(31) V. notre article intitulé : *Jeu de l'assurance en cas de dommage réciproque avec responsabilité partagée*, à la *Revue générale des assurances*, 1933, p. 501.

(32) V. notre note D. 1935, 2, 17, et celle de M. FRÉJAVILLE D. 1936, 1, 17.

presque négligeable. Deux fois seulement, il est intervenu : en 1898, pour enlever à l'art. 1384 le domaine des accidents du travail, en 1922, pour écarter l'application de ce texte en cas de communication d'incendie. Ces deux interventions se présentaient donc, l'une et l'autre, comme un coup de frein au développement jurisprudentiel de l'art. 1384. On a vu qu'en dépit de ce double coup de frein, la jurisprudence n'en avait pas moins continué sa marche. Dans cette évolution, la petite ligne de texte, montée en épingle dans l'art. 1384, n'a eu qu'un rôle inerte, celui d'un simple catalyseur. Le travail fait est entièrement l'œuvre des tribunaux.

Or, ce n'est pas à la légère que nous avons écrit le mot incommensurable pour caractériser l'importance de la construction prétorienne ainsi édifiée.

Cette importance ne se manifeste pas surtout à nos yeux par le nombre, pourtant si considérable, des procès qui se plaident autour de l'article 1384, au point de faire peut-être de ce texte le principal pourvoyeur, à l'heure actuelle, des tribunaux français.

Ce qui nous paraît surtout important, c'est, nous l'avons montré ailleurs⁽³³⁾, la véritable socialisation de la responsabilité et des risques, qui s'accomplit sous nos yeux.

Jadis, en présence d'un dommage, le premier mouvement était la pitié pour la victime ; maintenant, le premier mouvement est la recherche de moyens de faire réparer le dommage par un chargé de risque qui, en définitive, est toujours le même : le corps social. Car ce n'est pas le gardien de la chose dommageable qu'en fait, les tribunaux tendent aujourd'hui à atteindre par l'intermédiaire de l'art 1384, c'est, derrière lui, son assureur, qui, de son côté, répartira sur l'ensemble des assurés, et, par eux sur le corps social entier, le poids définitif du préjudice. La responsabilité ne cesse de s'élancer à la poursuite de l'assurance.

Ce qu'il y a de grave, c'est que cette poursuite est réciproque, et, de son côté, l'assurance ne s'arrête pas d'essayer d'atteindre et de dépasser la responsabilité⁽³⁴⁾. Car le rôle des assureurs, c'est de « produire » sans cesse des contrats d'assurance nouveaux. Et chaque accroissement, par la jurisprudence, du domaine de la responsabilité leur est une occasion d'offrir leur garantie, d'abord pour la responsabilité nouvelle que les tribunaux sont en passe de définir, ensuite, au delà même de cette responsabilité particulière, pour toutes celles que le développement de la jurisprudence peut laisser entrevoir plus loin. Or, ainsi devancée par l'assurance dans cette application éventuelle, la jurisprudence ne manquera pas de déclarer responsable l'individu qu'elle trouvera assuré.

Dès lors, la jurisprudence conduit et stimule, tout à la fois, le mouvement qui gouverne le corps social vers des voies nouvelles tendant à mettre universellement à la charge de ce corps social les dommages et les risques individuels. Cela ne révèle pas seulement la puissance de la jurisprudence, son véritable rôle de *gouvernement*. Une autre leçon se dégage

(33) *Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels*, chronique au D. H. 1931, 9 ; V. aussi Pierre DENAVE, *Rapports entre la responsabilité civile et l'assurance*, Dijon, 1935.

(34) V. notre article sur *Les assurances illimitées de responsabilité* dans la *Revue générale des assurances* 1934, p. 491 ; V. aussi DENAVE, *op. cit.*

aussi, de l'historique qui précède, en ce qui concerne le sens de la poussée effectuée par cette puissance sur nos institutions ⁽³⁵⁾.

B. *L'humanité et la sentimentalité de la jurisprudence prétorienne.* — En d'autres pays, M. Lambert ⁽³⁶⁾ l'a montré d'une manière frappante, le Gouvernement des juges s'est montré hostile à la poussée démocratique des institutions politiques. Peut-être trouvera-t-on, en France aussi, des matières où la jurisprudence a cherché à faire frein sur l'évolution sociale ⁽³⁷⁾. D'une façon générale, pourtant, si l'on prend l'expression *régime démocratique* dans le sens large que lui a donné le livre récent ⁽³⁸⁾ de M. Ripert, nous croyons que la jurisprudence française s'est mise, non moins docilement que le législateur, et parfois plus efficacement, au service de ce régime. Ce n'est pas assez, comme le fait Ripert ⁽³⁹⁾, de souligner « l'indifférence ou la complicité des juristes ». Quand ceux-ci font partie des tribunaux, il faut parler de leur *collaboration* active aux tendances sociales contemporaines. Ils participent de la même mystique, vraie ou fausse, qui, par le corps électoral, imprègne le législateur. Mille exemples en pourraient être cités, notamment en ce qui touche le divorce ⁽⁴⁰⁾. Mais, nulle part, une telle constatation n'est plus frappante que dans la matière de cette étude.

Nous croyons, en effet qu'il eût été bien difficile d'obtenir du législateur des textes instituant une aussi profonde révolution de la responsabilité que celle instaurée sans bruit par les tribunaux. Quelle que soit l'étiquette sous laquelle il a été élu, le Parlement est un lieu où s'affrontent des forces sociales diverses, dont les plus puissantes ne sont pas toujours les plus démocratiques. C'est sur le Parlement, et non sur les tribunaux, que les compagnies d'assurance ont pris barre, lorsqu'en 1922, elles ont voulu faire un effort pour limiter l'extension de l'art. 1384, en matière d'incendie.

Il n'est pas douteux que les compagnies ayant déjà assuré des automobilistes n'aient vu qu'avec les mêmes craintes et le même déplaisir s'aggraver leur situation par la portée accrue donnée à l'art. 1384. S'il avait été question d'effectuer pareille réforme par une proposition de loi, nul doute qu'elles n'eussent cherché à paralyser celle-ci, ayant d'ailleurs de sérieuses raisons à invoquer. Mais leur résistance a été paralysée du fait que la réforme, au lieu d'être proposée au législateur, fut l'œuvre des tribunaux. Les méthodes de ces derniers rendaient la défense des compagnies d'assurance beaucoup plus difficile par la dispersion et le décousu apparent de l'offensive. Alors que la loi, quand elle s'attaque à une bastille sociale, l'investit de front et dans son ensemble, cherchant à en faire tom-

(35) Rapp. le livre de M. DE PAGE : *A propos du gouvernement des juges ; l'équité en face du droit*. L'ampleur du rôle attribué par beaucoup d'auteurs à la jurisprudence comme source du droit se trouve ici largement dépassée (V. GÉNY : *Méthode d'interprétation*, II, n° 149 ; CAPITANT : *Introduction à l'étude du droit civil*, n° 22 ; NAST : *Du rôle de l'autorité judiciaire dans la formation du droit civil* dans la *Revue internationale de la théorie du droit* 1934.)

(36) *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*.

(37) V. notre chronique : *Vers la socialisation du contrat de louage d'industrie*, au D. H. 1934, p. 37.

(38) *Le régime démocratique et le droit civil moderne*.

(39) *Op. cit.*, p. 48 et s.

(40) V. notre ouvrage sur *Le droit, l'amour et la liberté*, p. 14.

ber tout un pan à la fois, le juge, au contraire, mû dans chaque espèce, par des considérations d'équité souvent propres à celle-ci, grignote pierre à pierre l'édifice, jusqu'à ce qu'on s'aperçoive un beau jour, à l'étonnement du magistrat lui-même, que tout s'en trouve démoli.

Ce mode de progression, qui a toujours été celui du droit prétorien, n'est pas constant seulement dans sa méthode, mais dans son but. Le juge l'emploie pour remédier à ce qu'il estime les erreurs du droit strict, les iniquités du *summum jus*, et, par conséquent, pour mettre plus d'humanité, plus de pitié dans sa sentence. La rencontre du droit prétorien avec la mystique démocratique analysée par M. Ripert, n'a donc rien qui doive surprendre ⁽⁴¹⁾.

De fait, quantité de victimes d'accidents, la plupart intéressantes, ont profité du grand courant d'humanité qui a poussé les juges à organiser le mieux qu'ils ont pu leur indemnisation. Et, grâce au mécanisme des assurances, cette indemnisation, amortie sur tout le corps social, n'a pas, en général, pesé trop durement sur les responsables directs.

Il n'en est pas moins vrai que les tribunaux, statuant espèce par espèce, et tendant à construire le nouveau droit civil d'après la pitié que leur inspirait, dans le procès, la victime demanderesse, n'ont pas, croyons-nous, apprécié dans toute leur importance les dangers de la construction juridique échaffaudée par eux. Ils n'ont pas vu qu'en faisant prévaloir l'idée de risque sur celle de faute, leur sentimentalité envers la victime les poussait à oublier quelque peu ce qui fait la valeur spirituelle et individuelle de l'être humain. Celui-ci est un être pensant, apte à vouloir et à décider, et dont la responsabilité pour rester digne de lui, doit donc s'attacher d'abord à l'usage qu'il fait de ses qualités d'homme, la volonté et l'intelligence. Voilà le fondement du critérium de la faute. Remplacer ce critérium par celui du fait des choses, comme source essentielle de la responsabilité, c'est substituer le matériel au spirituel, découronner l'être humain de sa royauté sur la matière ⁽⁴²⁾. L'homme ne restera un chef qu'à condition de garder conscience de sa responsabilité humaine, de son devoir de répondre d'abord de ses fautes. Minimiser cette responsabilité c'est vouer l'humanité à la décadence.

Et non moins condamnable est le déclin, dans la jurisprudence nouvelle, de l'idée de responsabilité envers soi-même. La tendance à tout rejeter sur « l'autre », couvert ou non par une compagnie d'assurance, quand le dommage que l'on subit a été, pour une part aussi considérable, causé par soi-même, c'est, au point de vue moral, la plus déplorable des solutions. C'est une règle de paresse ; c'est la fuite de l'homme devant ses responsabilités. Au risque de laisser l'homme souffrir de ces dernières, il ne faut pas les lui désapprendre.

Toutes ces questions, les tribunaux, en réalité, ne se les sont jamais posées. Et ils ne le pouvaient guère, leur méthode ne s'y prêtant pas. Nous touchons ici à un troisième caractère du Gouvernement des juges.

C. *La limitation des horizons dans le Gouvernement des Juges.* —

(41) V. DE PAGE : *op. cit.*, p. 72 et s. ; 107 et s.

(42) Nous l'avons déjà écrit (note D. 1934, 1, 42) : « La primauté de l'idée de faute sur l'idée de risque, c'est celle de la liberté humaine sur la nécessité brutale, de l'esprit sur la matière. »

Même lorsqu'il fait œuvre de gouvernement, le juge s'en acquitte d'une manière en partie inconsciente. C'est au jour le jour, au gré de chaque espèce, qu'il construit son droit prétorien. Les étapes rappelées plus haut, de la jurisprudence relative à l'art. 1384, sont chacune marquées par une espèce-type, par un problème de fait nouveau. Et c'est sur ce *cas* particulier que, chaque fois, la construction se poursuit, non sans tâtonnements, sinon sans repentirs. Chaque arrêt étant rendu en fonction d'une espèce, une cohésion parfaite n'a pas toujours régné, et ne règne pas encore entre eux. Pendant tout le temps où cette cohésion n'existe pas, les parties sont dans l'impossibilité de savoir de quelle manière elles seront jugées. C'est pour elles l'incertitude, et, par conséquent, au point de vue procédural, l'insécurité.

Voilà une première grande infériorité du Gouvernement des juges sur celui de la loi : au moins de la loi telle qu'elle devrait être, et telle qu'elle est en effet en période normale. Ce n'est que récemment qu'on a vu en France inaugurer des méthodes législatives donnant des garanties de stabilité encore moindres, peut-être, que la méthode des tribunaux. Elles trahissent le rôle normal de la loi. Normalement, en effet, tandis que la jurisprudence est occasionnelle et particulière, la loi est permanente et générale. De là, les garanties qu'elle donne aux citoyens, et notamment, aux justiciables. C'est aux dépens de ces derniers, et, pour ainsi dire, *in anima vili*, que la jurisprudence opère, en construisant le droit à coup de procès. Il appartient, au contraire, à la loi de les empêcher en les prévenant.

Car, à la différence des tribunaux, le législateur doit voir l'ensemble, l'architecture générale de la construction qu'il édifie. Et il doit l'édifier en vue de l'avenir. Dans les débats d'une loi sur les accidents d'automobile on peut espérer que se seraient affrontées des idées générales, que se seraient dessinés des horizons auxquels les tribunaux, courbés sur une espèce, n'avaient ni le rôle, ni la possibilité de s'attacher.

Mais là n'est pas l'unique façon dont le justiciable souffre du Gouvernement des juges.

D. *Le champ permanent laissé par la construction prétorienne à l'arbitraire du juge.* — Quand il construit le droit, le juge l'établit toujours de manière à laisser à son propre arbitraire une place considérable. C'est d'abord par commodité, pour se donner des pouvoirs aussi étendus que possible. C'est également par prudence, afin de ne pas trop engager l'avenir, où il faut toujours faire la part de l'imprévu. C'est enfin à cause des affinités évidentes qui existent entre cet arbitraire et l'objet même de la poursuite constante du juge : l'équité. Car l'équité spéciale à chaque espèce est davantage fonction du particulier que du général. Seul l'arbitraire du juge pourra donc tenir compte de ce que chaque espèce offrira de particulier.

Dans un domaine tel que celui de la responsabilité civile, le développement de cet arbitraire était encore favorisé par l'extrême difficulté d'enserrer dans des formules précises la complexité des faits. La construction aménagée par la jurisprudence autour de l'art. 1384 est donc faite de formules générales, souples et vagues, qui étendent encore les pouvoirs d'une jurisprudence prétorienne.

Un exemple permettra de toucher du doigt son arbitraire : celui de la collision de véhicules.

La responsabilité fondée sur la faute y mettait déjà en œuvre, pour le juge, une latitude considérable, en le chargeant d'apprécier l'imprudence des conducteurs. Du moins, savait-on que si cette imprudence n'existait nulle part, aucune réparation n'était due, que si elle existait d'un seul côté, son auteur seul était responsable de tout le préjudice, que si, enfin, on la rencontrait de part et d'autre, les dommages devaient se partager proportionnellement à l'importance des fautes commises. Mais, maintenant, ces certitudes mêmes ont disparu.

En effet, et tout d'abord, nous avons montré comment les tribunaux pouvaient désormais être tentés de faire volontairement abstraction des fautes en ne les recherchant pas, afin de mieux arriver, par cette abstention volontaire, à mettre les dommages sur la tête des assureurs.

Mais ce n'est pas tout. Supposons en effet que, recherchant la faute, ils ne l'aient trouvée qu'à la charge d'un des conducteurs. Seront-ils obligés, aujourd'hui encore, de lui faire supporter tout le poids du dommage ? Nullement ! car la Cour de cassation admet, nous l'avons vu, que l'auteur même de la faute peut se prévaloir de l'art. 1384, al. 1^{er}, contre le gardien de la chose qui l'a heurté. Sans doute, sa faute laisse une part du dommage à sa charge. Mais comment la déterminer ? La Cour de cassation ne donne et ne peut donner à ce sujet aucune règle. Quand il s'agissait de comparer deux fautes respectives, le poids du dommage pouvait se répartir d'après l'importance de ces fautes. Mais comment comparer la faute de l'une des parties à l'action de la chose de l'autre ? Les deux principes de responsabilité que la Cour de cassation met sur le même rang n'ont point de commune mesure. Rien ne limitera donc l'arbitraire du juge. La répartition des dommages se fera à sa guise, sans la moindre indication objective.

Enfin, alors même qu'aucune faute ne serait établie, il ne faut pas croire que l'arbitraire du juge disparaisse dans le nouveau système de la Cour de cassation. Sans doute, le principe est que chacun des conducteurs doit réparer intégralement les dommages subis par l'autre. Mais il n'en est ainsi qu'autant que les deux véhicules sont considérés comme causes de l'accident. Or il dépend du juge du fond de dire que l'accident n'a été causé que par un seul ⁽⁴³⁾, et de laisser ainsi tout le dommage à la charge du gardien de ce véhicule. La Cour de cassation paraît déclarer cette décision souveraine. Quand deux véhicules sont entrés en collision, que signifie au juste cette affirmation que l'un d'eux seulement aurait été cause de la collision ? Nous craignons qu'elle ne serve guère qu'à établir, ici encore, l'arbitraire du juge, arbitraire, il est vrai, limité aux extrêmes, car la jurisprudence ne paraît laisser d'autre alternative au juge du fond que d'admettre une causalité complète ou pas de causalité du tout.

Sur toute la ligne, nous sommes donc dans l'incertitude. Et comment s'étonner, dans ces conditions, du nombre de procès plaidés sur l'art. 1384, al. 1^{er} ? Chaque plaideur peut mettre son espoir en l'arbitraire du juge. Et l'insécurité du justiciable est portée à son comble par la jurisprudence même qui s'efforce de donner le plus de sécurité possible aux victimes d'accidents. Telle est la rançon du Gouvernement des juges.

(43) Req. 1^{er} mai 1930, D. 1930, 1, 137 ; Req. 20 juill. 1932, *Gaz. Palais*, 1932, 2, 630 ; Req. 15 nov. 1932, D. H. 1932, 589 ; V. notre note D. 1935, 2, 17.

LE ROLE DU « CAS » DANS LA COMMON LAW ET EN DROIT CIVIL

Par Francis DEAK

*Professeur assistant à la Faculté de Droit
de la Columbia-University de New-York*

Traduit par Paul BARATIER

Docteur en droit, Professeur au Lycée du Parc à Lyon.

I

La discussion suivante repose sur deux hypothèses. On suppose d'abord que certains juristes américains et surtout les professeurs de droit qui sont responsables de la formation des futures générations de juristes, s'intéressent au droit civil — à ses principes, à son évolution, à son administration et à ses réalisations aussi bien qu'à ses insuffisances. On suppose en outre que cet intérêt se manifestera par des études comparatives de problèmes contemporains, similaires au fond dans notre common law et dans un ou plusieurs systèmes de droit civil. En d'autres termes, la discussion suivante, envisagera le rôle du « cas » dans les deux systèmes de droit, surtout du point de vue qui intéresse le juriste américain. On n'essayera pas d'apprécier pleinement l'importance du « cas » en droit civil du point de vue propre au civiliste. La perspective est donc celle du juriste nourri de common law avec sa technique traditionnelle, qui, on le reconnaît, est matériellement différente de la formation et de la technique de ses confrères civilistes. Les raisons qui ont amené l'auteur à se fonder sur ces deux hypothèses sont, brièvement exposées, les suivantes.

D'abord en ce qui concerne l'intérêt que prend au droit civil le juriste américain. On peut considérer comme un truisme de dire qu'en raison du développement des moyens de communications, les distances séparant les nations, les continents et les civilisations disparaissent peu à peu. Non seulement le monde se rapetisse, mais les pays du monde deviennent en outre de plus en plus solidaires. En face des profonds changements, sociaux, économiques et politiques qui s'opèrent dans le monde entier, la profession légale, peut-être plus que toute autre, est naturellement, inévitablement amenée à noter et à observer comment les autres nations ont résolu, ou s'efforcent de trancher les problèmes que nous sommes maintenant appelés à résoudre, de même que les autres nations cherchent sans doute à tirer pro-

fit de l'expérience représentée par la solution qu'apporte la common law à tel ou tel problème ⁽¹⁾.

Quant à la deuxième hypothèse, — à savoir que l'intérêt qu'ils prennent au droit civil amènera nécessairement les juristes américains à entreprendre des études comparatives de problèmes contemporains similaires devant la common law et en droit civil, — on ne saurait guère hésiter à acquiescer à cette proposition; car notre enseignement juridique consiste essentiellement en une étude comparative intense. Nous enseignons, nous apprenons et nous administrons la common law en comparant constamment la loi des quarante-huit états et des juridictions fédérales de notre pays, outre de fréquentes comparaisons avec la loi anglaise sur des points identiques ou similaires. A raison de notre éducation habituelle, nos comparaisons s'établissent entre des décisions judiciaires considérées comme principales sources de droit (« law »). Nous acquérons ainsi notre connaissance des règles légales auxquelles un homme doit se conformer dans des circonstances données, et notre foi en elles, en analysant, conciliant, distinguant ou rejetant des prémisses, des raisonnements ou des résultats de plusieurs juridictions. Le juriste américain, entraîné à aborder les problèmes suivant cette méthode, ne tirera probablement pas de profit de l'étude du droit civil à moins qu'il n'utilise la même méthode. Le profit qu'un juriste américain s'attendra à tirer d'un prolongement nouveau de sa journée de travail déjà lourde, c'est la faculté d'apprécier les innombrables possibilités du progrès, les insuffisances et les imperfections actuelles de notre common law. Un excellent moyen d'y parvenir, semble-t-il, c'est l'étude comparative et l'analyse critique de phénomènes similaires en droit étranger. De même qu'il peut être difficile à un poisson vivant dans des mers très profondes d'apprécier le goût de l'eau salée, de même un juriste peut éprouver quelque difficulté à apprécier objectivement le système juridique où il a grandi.

Après avoir tenté d'expliquer l'intérêt que le juriste de common law peut prendre au droit civil, et avoir indiqué qu'il serait désirable que cet intérêt se manifestât sous forme d'études comparatives, nous pouvons ensuite préciser ce que devrait être le rôle du « cas » dans l'étude comparative du droit civil par un juriste américain. Pour aborder le problème sous l'angle opportun, il convient de distinguer le rôle du « cas » en droit civil — du point de vue du juriste de common law — en fonction des instruments disponibles pour l'étude du droit civil. Ces instruments peuvent être, en gros, répartis en trois groupes principaux : 1° textes légaux (c'est-à-dire codes et lois) ; 2° travaux juridiques, ou, selon l'expression française, la doctrine (c'est-à-dire traités, commentaires et articles de revues juridiques) ; 3° les cas (en français, la jurisprudence, en allemand *Gerichtspraxis* ou, pour employer la terminologie du droit romain généralement acceptée, l'*usus fori*).

Bien que l'on ait énuméré ci-dessus les différents types d'instruments de travail juridique dans l'ordre d'importance que leur attribuent traditionnellement les auteurs d'ouvrages de droit civil, nous prétendons que

(1) A titre d'exemple on peut citer les précieux résultats obtenus par certains pays d'Amérique latine qui ont réformé leurs vieux codes de commerce espagnols sur la base du droit commercial anglo-américain.

l'étude comparative du droit civil par des juristes américains devrait être surtout une étude de cas. Cette suggestion se fonde sur l'opinion que, du point de vue du juriste de common law, le cas est aussi important et indispensable pour l'étude sérieuse et intensive du droit civil que pour celle de la common law. Cette opinion s'appuie sur l'expérience d'enseignement de l'auteur poursuivie pendant les cinq dernières années, sur divers sujets de droit américain, français et allemand, ou au cours professé à la « Columbia Law School », sous la rubrique « Droit Comparé ».

Si nous affirmons l'identité essentielle du rôle du cas en droit civil et dans la common law, il est nécessaire de définir le sens où nous prenons ici le mot « cas », étant donné qu'il a plusieurs sens dans notre terminologie (2). L'un des sens de « case law » c'est un ensemble de règles de droit que la loi ne pose pas et qui sont créées par des décisions de justice. En un autre sens, plus étroit, le mot désigne une méthode d'utilisation des règles ainsi créées en vue de la solution des cas à venir. Si la règle créée par les décisions antérieures lie le tribunal dans les espèces à venir, le « cas » signifie réellement « précédent ». C'est la méthode qui caractérise la croissance de l'évolution de la « common law ». Pour cette raison, les juristes de « common law » sont tentés d'employer surtout le mot « cas » dans ce sens étroit. Dans la présente discussion, néanmoins, le mot « cas » sera employé exclusivement dans le premier sens, plus large, indiqué ci-dessus. La doctrine de « common law » du stare decisis ne nous intéresse pas ici.

Si nous omettons d'étudier la fonction spéciale du « cas » pris au sens de « précédent » ce n'est pas faute d'apprécier l'importance de cette question. L'attitude à l'égard du précédent est peut-être, dit-on, la différence la plus fondamentale entre le droit anglo-américain et le droit civil, et cette différence d'attitude a certainement beaucoup influé sur la différence de technique et de méthode qui sépare le juriste de common law du juriste de droit civil, différence de technique et de méthode dont elle rend compte au fond. Mais la doctrine du « stare decisis » et l'attitude du juriste de droit civil à l'égard du précédent ont été étudiées si complètement et par des savants si éminents qu'il paraîtrait superflu d'ouvrir à nouveau la discussion (3). Cependant ces attitudes à l'égard du précédent ont si profondément influé sur la technique — dans l'administration de la loi aussi bien que dans l'enseignement du droit — qu'on peut faire remarquer en passant que la différence même à cet égard aujourd'hui est au fond plus apparente que réelle. L'abîme qui séparait, il y a un siècle, la foi du juriste de common law dans l'autorité du précédent de la répugnance du juriste de droit civil à l'égard de l'autorité même persuasive de la jurisprudence, tend depuis quelque temps à se combler. S'il est vrai que, grâce au recours fréquent aux « distinctions » et à la pratique, de l'« overruling », qui n'est nullement exceptionnel la règle du « stare decisis » a cessé, en Amérique du moins, d'être inflexible, les décisions antérieures

(2) Voir Llewellyn. *The Bramble Bush*, 1930, c. III et IV.

(3) La question du stare decisis a été admirablement traitée dans l'article du doyen Pound, « The Theory of Judicial Decision », 36 Harv. L. Rev. 641, 802, 904 (1923) et plus récemment dans le livre d'Allen, « Law in the making » (2^e éd. 1930), 122 et seq. et 201 205.

dans les pays de droit civil, surtout celles des Cours suprêmes, ont beaucoup plus d'autorité qu'on ne le croit généralement ⁽⁴⁾.

II

Nous pouvons maintenant reprendre l'examen du rôle du « cas » en droit civil ⁽⁵⁾. Au risque d'être taxé de redondance, nous devons souligner une fois de plus que le mot « cas » n'est employé que pour désigner un ensemble de règles qui ne sont pas contenues dans des lois spéciales, qui sont posées par des décisions judiciaires et que le problème n'est envisagé que sous un seul aspect, à savoir la possibilité pour le juriste américain de saisir la solution donnée à un problème par un système de droit étranger grâce à une technique qui lui est familière. Dans ce sens et de ce point de vue la thèse proposée, — à savoir que la méthode du cas est aussi nécessaire à l'étude du droit civil qu'à celle du common law, — sera corroborée et on l'espère prouvée par les faits suivants.

1. Le droit civil n'est pas complètement représenté par les codes et les lois spéciales. Par suite le cas a un rôle à jouer pour déterminer les règles juridiques auxquelles un homme doit se conformer dans une situation ou dans une transaction juridique données. Il semble que le juriste anglo-américain conçoive en général le droit civil comme une exacte compilation de codes et de lois. On croit généralement que, quelle que soit la question soumise à un avocat ou à un tribunal, on peut trouver dans l'un des codes une règle exactement applicable à la solution de cette question. Tout ce qu'on attend du juriste c'est qu'il trouve l'article et il peut conseiller son client ou rendre la décision. Le professeur doit simplement renvoyer ses étudiants aux articles du code ou à la loi relatifs à la question discutée et le droit est présenté « nu » aux étudiants.

L'auteur estime que la question n'est pas aussi simple ni aussi purement mécanique. La codification, même la plus compréhensive laisse de côté, explicitement ou implicitement, des questions qui doivent être tranchées suivant l'usage. Mais, et le point est encore plus important, nous devons nous rappeler que le droit n'est pas statique mais dynamique.

Le milieu social, économique, politique, se modifie constamment ; les règles applicables aux rapports humains se modifieront en conséquence ; de nouveaux problèmes soulevés par des phénomènes nouveaux surgissent sans cesse ; il y a un siècle ou même quelques années, le législateur ne les prévoyait pas et peut-être ne pouvait pas les prévoir. C'est pourquoi au-delà et au-dessus des codes, des lois particulières et des usages, il y a eu et il y aura toujours des « lacunes » dans le droit. Le devoir de les combler incombe surtout aux tribunaux, le fonctionnement de la machine législative étant d'une pénible lenteur. Lorsqu'ils se trouvent en face d'une situa-

(4) Ce changement d'attitude est bien illustré par la comparaison du code civil français qui dans son article 5 interdit expressément aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire et du code civil suisse d'un siècle plus tard (1910).

(5) Le terme « droit civil » est employé uniquement pour la commodité, l'auteur se rendant pleinement compte du manque de précision inhérent à cette formule générale.

tion nouvelle non prévue expressément par le code, les lois spéciales ou les usages, les tribunaux de droit civil ne demandent pas aux plaideurs d'attendre que le Parlement ait voté une loi, mais tranchent la question. Ce faisant le juge de droit civil peut raisonner par analogie ou peut exercer son ingéniosité et agir comme s'il était lui-même législateur ⁽⁶⁾. Dans les deux cas, de nombreuses règles légales sont nées de décisions judiciaires et y sont contenues, décisions qui n'ont pas été incorporées dans le code français, allemand ou suisse, ou n'ont pas été promulguées sous forme de lois particulières. L'étude des cas est donc nécessaire toutes les fois que l'on veut acquérir plus qu'une vue rapide et superficielle d'une question quelconque dans un système quelconque de droit civil.

2. La lecture des traités et des commentaires ne peut, en règle générale, remplacer les connaissances que l'on peut tirer de l'étude des cas, soit pour interpréter les codes et lois particulières, soit à l'égard de l'élaboration, par décision judiciaire, des règles comblant les lacunes du droit. Si les juristes de common law se défient en général de cette idée de l'importance du « cas » dans l'étude du droit civil, c'est pour une part qu'ils savent que dans les pays de droit civil, on écrit, on utilise et on suit les traités beaucoup plus que dans les pays de common law. Si l'autorité d'un traité dépend toujours de celle de l'auteur, il est très vrai qu'au cours du dix-neuvième siècle un traité écrit par un juriste de grand renom avait beaucoup plus de poids dans les pays de droit civil qu'il n'en aurait eu aux yeux des juristes anglo-américains. Les opinions d'un juriste comme Pothier en France ou Windscheid en Allemagne étaient reçues avec un très grand et égal respect par juges, avocats et professeurs. Mais même dans les pays de droit civil l'autorité des traités s'est beaucoup modifiée. Ici encore, comme à l'égard du précédent, l'abîme séparant le juriste de common law du civiliste s'est rétréci. Aujourd'hui aucune différence fondamentale ne semble séparer leurs opinions respectives sur l'importance relative des traités comme instruments techniques. Dans l'un et l'autre système, l'autorité de l'auteur peut ramener la profession légale à accepter ses opinions juridiques comme saines et exactes, à voir en elles par suite des guides utiles ⁽⁷⁾, mais ni dans l'un ni dans l'autre système l'opinion d'un auteur n'est dominante — à plus forte raison concluante.

3. L'étude du cas est nécessaire pour dégager le fonctionnement du

(6) Sur cette fonction des tribunaux qui consiste à combler les lacunes de la loi, voir Kantorowitz et Patterson, *Legal Science — a Summary of its Methodology*, 28 Col. L. Rev. 679, surtout 698 et seq. (1928). Voir aussi, Heck, *Begriffsbildung und Interessen Jurisprudenz* (1932). Voir, parmi les textes de lois, l'article 1^{er} du Code civil suisse : « A défaut d'une disposition légale applicable le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait, s'il avait à faire acte de législateur. — Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence » ; ainsi que le § 56 de la loi allemande du 23 septembre 1933 sur la propriété paysanne, ainsi conçu : « Dans le doute, le juge décidera en s'inspirant du but poursuivi par la loi et expliqué dans le préambule ». Pour une excellente analyse de ce problème en droit international, voir Lauterpacht, « *The Function of Law in the International Community* » (1933) 63.

(7) En dépit de l'hésitation restrictive des juristes américains à faire confiance à un traité ou à un manuel, la situation d'un Wigmore ou d'un Williston dans la profession légale attribue assez d'autorité à leurs traités pour leur assurer le plus entier respect de la part des juges aussi bien que des avocats.

droit, — pour étudier le droit en action opposé au droit des livres. Quelque connaissance que l'on puisse acquérir des règles légales par l'étude des codes et des lois particulières d'une part, et des traités d'autre part, cela ne donnera qu'une idée du droit « in vacuo ». C'est là une idée très insuffisante aux yeux d'un juriste américain et surtout d'un professeur de droit américain. Nous ne nous intéressons pas seulement à la règle légale abstraite, mais aussi à son fonctionnement. Ce dernier ne peut être connu que si l'on découvre ses méthodes d'application. Mais l'application et l'administration de droit ne peuvent s'affirmer qu'à la lumière des faits et des circonstances qui en rendent l'application nécessaire.

Or il est évident que les faits qui provoquent l'application d'une règle juridique ne se découvrent ni dans un code ni dans une loi spéciale. Dans beaucoup de cas ils ne contiennent qu'une règle abstraite, ou posent un principe de conduite — le droit « in vacuo » — généralement formulés en termes très généraux et très larges. L'interprétation et l'application de leurs dispositions accordent au juge une large mesure de discrétion. Cette discrétion relève de la personnalité, de la formation, des idées sociales ou économiques adoptées par le juge, qui à son tour est influencé — consciemment ou non — par les tendances sociales, économiques, politiques ou morales qui prévalent dans une société donnée, à un moment donné.

On peut certes concevoir que ces données nécessaires pour comprendre « le droit en action » nous soient fournies par un traité. L'auteur d'un traité de droit civil, lorsqu'il explique les règles abstraites des codes et des lois particulières, doit lui-même se tourner vers les cas et procéder à l'analyse de la règle légale abstraite, à la lumière de son application judiciaire. La confiance que nous accordons à son exposé du droit se mesure à notre croyance en son autorité. On a écrit et on écrit encore des traités de droit civil fondés sur une analyse soigneuse des cas, et on peut ajouter que leur nombre aussi bien que leur mérite s'accroissent (8). Il faut cependant se rappeler que les Pothier et les Windscheid, les Wigmore et les Williston sont rares et que le nombre des traités que l'on peut tenir pour des guides certains et sûrs dans l'étude d'une question de droit civil donnée, est infime. Par suite, sans nier la nécessité d'une connaissance approfondie de la situation juridique créée par les lois particulières, ni l'utilité des traités comme guides, nous suggérons que l'étude des cas est la méthode fondamentale grâce à laquelle le juriste américain acquerra les connaissances les plus utiles et les plus sûres touchant le droit civil en action.

4. L'étude des cas est nécessaire pour nous familiariser avec le milieu juridique, c'est-à-dire les circonstances sociales, politiques, économiques ou morales dont le droit émane et qui influent sur son évolution ou la déterminent. C'est là un point qui intéresse particulièrement le professeur de droit américain. L'enseignement du droit a récemment subi deux changements significatifs. On a déjà fait allusion au premier — à savoir que nous ne nous intéressons pas seulement à la règle légale abstraite mais aussi

(8) Il est remarquable que les écrivains de droit civil se fondent de plus en plus sur les précédents. Le fait ressort clairement d'une comparaison entre les dernières éditions de quelques traités classiques avec leurs éditions antérieures de quelque quinze ou vingt-cinq ans. La différence apparaît non seulement dans le nombre des cas cités, mais encore dans le nombre de cas discutés à titre d'exemple.

à son application. Mais nous sommes allés plus loin. Nous n'entendons pas seulement savoir comment le droit fonctionne. Pour mieux comprendre et mieux apprécier « le droit en action », nous nous intéressons aussi au « milieu juridique ». Ayant compris que le droit est une institution sociale et qu'il existe une étroite connexion et une étroite solidarité entre le droit et les autres sciences sociales, nous ne pouvions plus longtemps nous contenter de savoir ce qu'était le droit hier et ce qu'il est aujourd'hui. Notre curiosité ne pouvait plus se limiter à enregistrer mécaniquement le fait que son application ou son interprétation avait changé et le fait que les résultats n'étaient plus ce qu'ils étaient auparavant. En enregistrant cette évolution et ce changement nous désirons connaître aussi les facteurs qui provoquent, influencent ou déterminent cette évolution et ce changement. Or l'évolution et le changement sont dûs à l'apparition ou à la transformation des conditions économiques ou des phénomènes sociaux ou politiques ou des conceptions de morale sociale. Ces changements se reflètent nécessairement dans les opinions de nos juges ; et nous estimons que les opinions des tribunaux de droit civil constituent pour l'observation des transformations des idées économiques, sociales ou morales, le même instrument indispensable que les décisions de common law.

III

Un exemple concret donnerait peut-être plus de force à l'analyse qui précède. Un excellent exemple nous est fourni par les dispositions du droit français contre les monopoles et les accords impliquant des restrictions à la liberté du commerce. L'exemple est particulièrement probant d'abord parce que la question est à l'heure qu'il est à l'ordre du jour, faisant l'objet de discussions constantes entre juristes, économistes et hommes d'affaires ; ensuite à cause de la complexité des problèmes soulevés qui sont loin d'être uniquement, ou même essentiellement juridiques ; enfin parce qu'il existe un parallélisme assez rigoureux entre la conception que l'on se fit tant en Amérique qu'en France du fond du débat.

En Amérique, la crainte des tendances aux monopoles et le zèle apporté à maintenir la libre concurrence contre les dangers inhérents à la concentration des capitaux et à l'unité de direction, provoquèrent le vote de l'Acte Sherman contre les trusts. Depuis sa promulgation, il y a quelques quarante ans, cet Acte est diversement interprété, et son interprétation est aujourd'hui assez différente de ce qu'elle était vers 1890. La Cour Suprême s'est apparemment beaucoup éloignée des cas « Trans-Missouri Freight Association » ⁽⁹⁾ et « Addyston Pipe and Steel Company » ⁽¹⁰⁾ pour parvenir à la décision rendue dans le cas de l'« Appalachian Coal » ⁽¹¹⁾.

Il y a un siècle, en France, l'attitude prise à l'égard des monopoles et des restrictions à la liberté du commerce était au fond identique à l'atti-

(9) United States v. Trans. Missouri Freight Ass'n. 166. U. S. 290, 17 Sup. Ct. 540, 41. L. Ed. 1007 (1896).

(10) United States v. Addyston Pipe and Steel Co., 175, U. S. 211, 20 Sup. Ct. 96, 44 L. Ed. 136 (1899).

(11) Appalachian Coals v. United States, 288 U. S. 344, 53 Sup. Ct. 47, 77 L. Ed. 825 (1932).

tude de principe aux Etats-Unis à l'époque du vote de l'Acte Sherman. Le régime légal est plus ou moins analogue. La loi du 9 mars 1791 proclama la liberté du commerce et de l'industrie comme principe fondamental de l'ordre public français. En vue de garantir cette liberté et le libre jeu de la concurrence, l'article 419 du Code pénal prévoyait des pénalités sévères — emprisonnement et amende — contre ceux qui par réunion ou coalition entre les principaux producteurs ou détenteurs du même genre de marchandises, chercheraient à régenter le marché, à obtenir un monopole ou tendraient à la création d'un niveau artificiel des prix. En outre les articles 1131 et 1133 du Code civil déclaraient nuls les contrats ayant une cause illicite ou contraire à l'ordre public. Nous trouvons ici des prohibitions de principe contenues dans le Code pénal dirigées contre les coalitions tendant à certaines fins par certaines voies répréhensibles et les termes très généraux du Code civil relatifs aux contrats contraires à l'ordre public, dont le principe de la liberté de commerce et de l'industrie faisaient partie intégrante. Comment les tribunaux utilisèrent-ils ces principes généraux, se prêtant si facilement à toute interprétation que l'on pouvait vouloir leur attacher ?

Il y a un siècle, alors que demeurait vif le souvenir des monopoles despotiques détenus par les Guildes et les corporations médiévales et de la spéculation et de l'accaparement effrénés touchant les denrées alimentaires et autres produits de première nécessité pratiqués durant la période révolutionnaire et les guerres napoléoniennes, les tribunaux français adoptèrent une attitude rigoureuse envers toutes les coalitions, presque sans exception, quels que fussent leur but et leurs méthodes. Le facteur décisif était la crainte que la coalition pût créer un monopole ou provoquer l'accaparement et, par suite, une hausse injustifiée des prix.

En 1828, la Cour de Cassation confirma, malgré les arguments et les conclusions du Procureur général, une décision prononçant la nullité d'un contrat comme contraire à la liberté du commerce et par suite de l'ordre public. Le contrat obligeait, pour une durée limitée, plusieurs fabricants de vaisselle, à vendre leurs articles par l'intermédiaire d'un comptoir commun de vente, à des prix fixés par avance. En 1838 on considéra qu'une entente entre les fabricants de soude de Marseille enfreignait l'article 419 du Code pénal parce que la Cour voyait dans l'établissement d'un comptoir commun de vente un effort pour régler les prix et considérait la location par le groupement de quelques usines inoccupées comme une tentative pour éliminer les concurrents ⁽¹²⁾. En 1845, les adhérents d'une entente furent considérés comme coupables d'avoir violé l'art. 419 du Code pénal lorsque les assureurs maritimes de Bordeaux s'entendirent sur un taux minimum de prime à fixer mensuellement et d'avance, le contrat prohibant d'autre part les relations d'affaires avec l'unique maison de la ville qui avait refusé d'adhérer à l'entente. En 1851, un contrat entre des marchands de bois de charpente de Calais par lequel ils s'engageaient à fixer des prix d'achat et de vente d'un commun accord, fut tenu pour nul comme restreignant la libre concurrence et par suite contraire à l'ordre public, bien que le but de l'entente fût simplement de mettre un terme à une féroce concur-

(12) Mille contre Min. public (Cour de Cassation, Crim., 31 août 1838) XXVII *Dalloz Répertoire de législation* XXXIII (1860) n° 613, p. 789, note 1.

rence qui menaçait de désastre une branche importante de l'industrie locale. Au cours de la même année, un accord conclu entre des propriétaires d'usines de tricotage à Bar-le-Duc, pour adopter et maintenir une échelle de salaires fut déclaré nul comme contraire à l'ordre public parce que restreignant le libre jeu de la concurrence ⁽¹³⁾.

Ces espèces caractéristiques tranchées durant la première moitié du dix-neuvième siècle donnent une idée assez exacte de l'attitude des tribunaux durant cette période à l'égard des ententes économiques. Leur attitude était conforme à celle du gouvernement telle qu'elle se manifestait dans les arguments des procureurs qui, dans les affaires criminelles, sauf quelques cas isolés, indiquaient que le gouvernement se souciait de maintenir une concurrence sans frein. Dans les rares cas d'acquiescement, le résultat s'explique plutôt par la tendance des tribunaux à interpréter restrictivement la loi pénale et par leur résolution de ne point l'appliquer lorsque manquait quelque élément constitutif de la coalition illicite. C'est ainsi qu'il fut décidé que la loi pénale ne pouvait s'appliquer si la coalition était établie entre les détenteurs non de la même espèce, mais de différentes espèces de marchandises, ou lorsqu'il n'y avait pas modification effective du niveau des prix, les tribunaux interprétant l'art. 419 comme s'appliquant seulement aux cas où cette modification avait été réalisée, mais non aux cas où elle avait été simplement tentée ⁽¹⁴⁾. L'indulgence ne se fondait pas — même pas à titre purement verbal — sur l'application de la « rule of reason ».

Mais avec le développement de l'industrie, les tribunaux en vinrent petit à petit à apprécier les avantages de la rationalisation de la production et les inconvénients d'une concurrence sans frein. Leur attitude rigoureuse s'atténua sous la pression des conditions économiques nouvelles. Au lieu de considérer à priori avec défiance toute coalition comme contraire à la liberté du commerce et de l'industrie, ils se mirent à étudier ses buts et ses effets à la lumière des nécessités économiques et finirent par distinguer entre « bonnes » et « mauvaises » coalitions pour admettre les premières et réprimer les secondes seules.

En 1892, il fut jugé que des contrats donnant à titre de bail des mines de phosphates à une seule société qui devait exploiter les mines et remettre les produits aux bailleurs respectifs, ne constituaient pas une coalition restreignant la liberté du commerce, bien que chaque bailleur s'engageât à ne traiter directement avec aucun des autres bailleurs de mines de phosphates. La Cour retint que ces contrats tendaient à réduire les frais de production et fit remarquer que la liberté laissée au bailleur de vendre les produits extraits, qui lui étaient remis par la société, au prix qui lui plairait, n'était en aucune façon restreinte, que la coalition ne tendait donc pas au contrôle des prix ⁽¹⁵⁾. Vers la même époque il fut jugé que des contrats passés par une firme avec des producteurs de phosphates de la

(13) Ulrich contre Mayeur-Huguenin (Cour d'Appel de Nancy, 23 juin 1851) *D.* 1853-2-99.

(14) Voir Durand c. Gontié (Cour de Cassation, Crim., 1^{er} février 1834), *S.* 1834, 1, 81, *D.* 1834, 1, 123. XXVII *Dalloz op. cit.* supra note 25, p. 792, note 1.

(15) Cie Gén. des Phosphates du Sud-Ouest c. Cie Générale des Phosphates Français (Cour de Cassation, Req. 12 juillet 1892), *D.* 1893, 1, 390, *S.* 1894, 1, 333.

région de la Somme ne constituaient pas une coalition violant l'art. 419 du Code pénal. Ces producteurs s'engageaient à limiter la production et à vendre à un prix minimum fixé par l'intermédiaire d'un comptoir commun de ventes. Le tribunal estima que la coalition ne tendait pas à monopoliser le marché ou à éliminer la concurrence mais simplement à grouper les producteurs d'une région dans le but de soutenir utilement et suivant des méthodes économiques, la concurrence intérieure et étrangère. Pour parvenir à cette décision le tribunal retint le fait qu'on produit des phosphates dans d'autres régions de France, qu'on en importe aussi de l'étranger et que, par suite, il serait impossible de réaliser un monopole ⁽¹⁶⁾. En 1894 on reconnut la validité d'un contrat conclu entre des fabricants de tuileries du voisinage de Grenoble, établissant un bureau commun de vente pour un territoire déterminé. Le contrat était conclu pour une durée limitée, les prix restant soumis aux fluctuations du marché, et les parties ne constituaient même pas la majorité des fabricants de la région. Partant de ces faits la Cour conclut que la coalition ne tendait pas à éliminer la concurrence ou à élever les prix à un niveau artificiel, mais à protéger les intérêts de l'industrie en réfrénant une concurrence meurtrière ⁽¹⁷⁾. En 1902 il fut jugé qu'un accord intervenu entre éditeurs et libraires, privant du privilège de la remise ceux de ces derniers qui vendraient au-dessous d'un prix minimum, ne violait pas l'art. 419 du Code Pénal, pour cette raison entre autres, que la coalition tendait à sauvegarder des intérêts commerciaux légitimes en empêchant une dépréciation artificielle de la marchandise et ne restreignait pas indûment la liberté commerciale des libraires qui refusaient de se conformer aux conditions auxquelles le syndicat accordait le privilège des remises ⁽¹⁸⁾. En plusieurs cas, les tribunaux reconnurent qu'en vue de protéger des intérêts commerciaux légitimes, des industriels ou des commerçants peuvent contracter des accords licites, et, pour favoriser ces intérêts, créer des comptoirs communs de vente, et fixer par avance des prix minima pour réduire les frais. Ils peuvent, sans restreindre indûment la liberté du commerce, s'entendre sur la répartition des commandes entre les parties, sur l'établissement de prix uniformes, sur la collaboration en cas de grèves ⁽¹⁹⁾ ; et ils peuvent, pour abaisser le coût des matières premières, créer un bureau unique chargé des achats ⁽²⁰⁾. On interpréta ainsi les dispositions légales comme ne visant pas les coalitions tendant à accroître l'efficacité, à réduire les frais, à améliorer les conditions du marché, ou à réfréner une concurrence ruineuse dans telle industrie ou tel commerce.

L'attitude libérale et plus large que les tribunaux français ont adoptée depuis la deuxième moitié du XIX^e siècle à l'égard des coalitions, n'impliquait pas que toutes les coalitions étaient tenues pour valables. Si les tri-

(16) Linet c. Ferry et May (Trib. Comm. Seine, 10 nov. 1890), *D.* 1893, 2, 70, *Gazette du Palais*, 1890, 2, 575.

(17) Bonneton contre Société des Tuileries (Cour d'Appel de Grenoble, 1^{er} mai 1894). *D.* 1895, 2, 221; *S.* 1894, 2, 277.

(18) Le Goazion c. Plihou (Cour d'Appel de Paris, 14 janvier 1902). *D.* 1903, 2, 297.

(19) Gaillard c. La Renaissance (Cour de Cassation, Req. 3 mai 1911). *D.* 1912, 1, 33; *S.* 1911, 1, 549.

(20) Société française de soufre brut c. Julien (Cour d'Appel d'Aix, 15 juin 1912). *Gazette du Palais*, 1912, 2, 106.

bunaux estimaient que leur but ou leur effet était d'éliminer la concurrence, d'obtenir un monopole, d'accaparer le marché ou de créer un niveau de prix artificiel, la coalition était dissoute et ses membres frappés d'amendes ⁽²¹⁾.

Ce rapide examen des solutions jurisprudentielles dans un canton limité du droit des affaires indique une évolution qui fut partiellement orientée par des changements survenus dans l'industrie et dans le commerce, changements qui étaient, de leur côté, dûs à une évolution de la production et de la répartition. Le changement d'attitude des tribunaux reflète un changement des concepts économiques. Il est évident que cette évolution ne peut être discernée dans le Code, même à titre de solution implicite. On peut concevoir qu'on en puisse découvrir une notion générale dans les traités. Mais à moins qu'il ne soit pleinement convaincu de l'autorité du rédacteur de l'un quelconque de ces traités et qu'il n'ait confiance dans sa méthode, il semble que le meilleur moyen de satisfaire la curiosité intellectuelle du juriste américain soit d'étudier cette évolution — le droit en action — dans les espèces elles-mêmes.

On a emprunté cet exemple en faveur de la thèse que la place du « cas » en droit civil, du point de vue du juriste américain, est identique à celle qu'il occupe dans le « common law », au domaine du droit des affaires. Ce choix s'explique par le fait que l'auteur estime que les problèmes économiques, la réhabilitation des affaires, de l'industrie et du commerce, à la fois intérieurs et extérieurs, semblent susciter le plus vif intérêt. Mais on pourrait trouver des exemples aussi convaincants dans n'importe quel domaine du droit et dans n'importe quel système de droit. Que nous envisagions le droit français, allemand ou italien, que nous nous intéressions à la responsabilité civile, aux contrats, aux rapports familiaux, à la vente, partout nous trouvons des « lacunes » dans les règles légales ; il est rare que nous trouvions des traités qui nous donnent tout ce que nous désirons savoir ; et dès que nous recherchons autre chose qu'une connaissance superficielle d'un problème juridique quelconque, nous sentons qu'il est nécessaire et désirable de découvrir le droit en action là où l'on peut le découvrir — dans les espèces.

IV

On peut cependant soutenir que ce serait une méthode artificielle et vraiment fertile en erreurs que d'aborder l'étude du droit civil par l'examen des cas alors que les juristes de droit civil eux-mêmes ne leur accordent que peu ou pas d'attention. Mais ce serait une erreur de supposer qu'ils négligent le droit jurisprudentiel.

La méthode d'enseignement du droit de la plupart des universités européennes, du moins pour les étudiants dépourvus de titres — enseignement *ex cathedra* au lieu de discussions scolaires auxquelles nous sommes habitués — ne se prête pas facilement à l'analyse détaillée des cas que l'on attend de professeurs en droit américains dans l'exercice de leurs fonctions. Il est donc indéniable qu'en général on accorde peu d'at-

(21) *Husson et Laurent c. Lorrain* (Cour d'Appel de Nancy, 15 décembre 1874). *D.* 1875, 5, 272.

tention aux espèces dans le travail universitaire normal qui se limite souvent à ce qu'on pourrait appeler une exposition doctrinale de règles légales abstraites. Il ne convient pas de tirer de là des conclusions relatives au rôle du « cas » du point de vue du juriste du pays de droit civil. Il faut se souvenir que les Facultés de droit des universités européennes ne sont pas avant tout, comme la plupart de nos écoles de droit, des écoles professionnelles. Leur but essentiel n'est pas de préparer des candidats au barreau — ce qui est sans doute le but essentiel, celui qui pourrait-on dire prime tous les autres, pour nos écoles de droit. En fait c'est une proportion relativement faible de diplômés qui quittent la faculté de droit avec l'intention de faire de la pratique. La majorité d'entre eux suivent des carrières variées, telles que les fonctions publiques, municipales ou d'Etat, de la politique où les habitudes et les traditions dominantes exigent un diplôme de droit. Ce ne sont nullement des praticiens éprouvés ; l'éducation juridique qu'ils reçoivent est plutôt une culture générale — où l'on met sans doute l'accent sur le droit — qui leur donne les bases d'une éducation juridique, non seulement la technique du droit, mais aussi l'économie politique, l'histoire, la science de gouvernement et les autres sciences sociales. L'étudiant diplômé d'une faculté de droit européenne n'est nullement prêt à plaider six semaines après avoir reçu l'équivalent du diplôme de L. L. B., comme nos gradués américains.

Ceux qui entendent entrer dans la pratique, comme avocats ou comme magistrats, doivent suivre la filière d'un stage ou apprentissage rigoureux, durant deux ou trois ans ou même davantage ⁽²²⁾. Il se peut que cet apprentissage ne consiste pas à se nourrir uniquement d'espèces jurisprudentielles. Mais il est également raisonnable d'admettre qu'ils ne les ignorent pas.

On tire fréquemment argument contre l'attribution d'une réelle importance au « cas » en droit civil de ce fait que les tribunaux des pays de droit civil citent rarement des décisions précédentes. Il est vrai que les décisions judiciaires des pays de droit civil ne sont jamais encombrées de citations de cas antérieurs, comme le sont beaucoup de décisions de nos tribunaux. Il est également indéniable que jusqu'à une époque assez récente, les tribunaux civils — du moins en France —, se référaient rarement à des cas antérieurs. Les Allemands n'éprouvaient pas la même répugnance. S'il paraissait nécessaire de citer une autorité, on citait un traité connu plutôt que des cas antérieurs. Mais depuis vingt-cinq ans un changement très marqué s'est produit. Si l'on parcourt un quelconque des récents volumes d'arrêts de la Cour Suprême d'Allemagne ou de ceux des tribunaux inférieurs publiés dans des périodiques juridiques, on sera surpris du nombre d'arrêts antérieurs cités, soit pour confirmer une attitude prise, soit pour la distinguer du cas que le tribunal est appelé à trancher. Les décisions du Reichsgericht sont formulées sensiblement comme celles des cours de Common Law ; ce sont des opinions raisonnées analysant les éléments de faits aussi bien que les éléments de droit qui justifient l'arrêt. S'il existe, entre l'utilisation des décisions antérieures par les cours alle-

(22) Voir à titre d'exemple, paragraphe 3, al. 2, de la loi allemande concernant l'organisation judiciaire, qui impose trois ans de service au greffe d'un tribunal ou comme clerc d'avoué avant qu'un diplômé en droit soit autorisé à subir l'examen d'admission aux fonctions judiciaires à un barreau.

mandes et leur utilisation par les cours de common law, quelque différence, c'est simplement la suivante : en règle générale les cours allemandes n'introduisent pas dans l'argumentation, sans discrimination, un grand nombre de citations, sans se demander si elles sont ou non pertinentes, en vue d'impressionner la partie qui succombe par le poids d'autorité justifiant l'arrêt. Le nombre des citations dépend de l'état de la discussion sur les questions soumises à la cour.

En France la situation est quelque peu différente. Les décisions de la Cour de Cassation ne sont pas motivées par des argumentations, ou du moins le sont rarement ; elles sont très brèves, plus semblables à des décrets qu'à des opinions. Ceci s'explique aisément par le fait que la Cour de Cassation ne juge jamais à proprement parler une espèce ; elle décide si une règle de droit fut ou non correctement interprétée et appliquée ; dans la négative, elle casse simplement la décision entreprise et renvoie l'affaire à une autre cour pour décision nouvelle. Les décisions concises de la Cour de Cassation citent rarement des arrêts antérieurs. Mais ceci ne tranche pas la question de savoir si l'on se fonde sur le droit jurisprudentiel. Pour apprécier l'importance des cas antérieurs dans la pratique judiciaire du tribunal suprême en France, il convient de considérer tous les éléments de la décision. Les arrêts de la Cour sont rendus sur la base des conclusions des parties, qui — surtout dans les cas limites — ne négligeront vraisemblablement pas d'invoquer les décisions antérieures en faveur de leur thèse ou contraires à celle de la partie adverse. Ce qui est encore plus important c'est que l'espèce est soumise à l'appréciation de la Cour dans le rapport de l'un des conseillers et que, dans les cas les plus graves, l'avocat général est toujours entendu, ses arguments et conclusions faisant également partie de la décision publiée. Il est vrai que jusqu'à la fin du siècle dernier ces rapports et arguments contenaient rarement des références aux décisions antérieures ⁽²³⁾ ; mais aujourd'hui ces argumentations fourmillent vraiment de références aux décisions antérieures et l'on peut ajouter que ce ne sont pas de simples citations, mais une revue complète et parfois détaillée des questions impliquées ⁽²⁴⁾. Dans les cas limites — et quand la question est claire, il semble à vrai dire superflu de farcir l'argumentation de citations — le conseiller rapporteur passe fréquemment beaucoup de temps à examiner la jurisprudence antérieure qui appuie les

(23) En 1896, dans l'espèce *Guissez c. Teffaine*, M. Sarrut, avocat général, conclut à la cassation d'un arrêt de la Cour d'Appel de Paris qui retenait la responsabilité du défendeur en dehors de toute négligence ; dans la longue argumentation sur laquelle s'étendaient ses conclusions, il citait un seul cas, une décision antérieure de la Cour de Cassation. *D.* 1897, 1, 433, aux pages 439-440.

(24) Les arguments de M. Lombard, avocat général, dans l'espèce *Foulatier c. Busson-Lavalière* (Cass. Req. 25 mars 1908, *D.* 1909, 1, 73), illustrent la période de transition où les auteurs de traités et les décisions antérieures étaient d'importance sensiblement équivalente. Quant à la pratique actuelle, voir l'argumentation de M. Langlois, avocat général, concluant à la cassation d'un arrêt de la Cour d'Appel de Besançon, affirmant que si le demandeur n'apporte pas la preuve positive de la négligence du défendeur, ce dernier ne peut être déclaré responsable. *Jandheur c. Les Galeries Belfortaises* (Cass. Civ. 21 février 1927, *Gazette du Palais* 1927, 1, 407). L'argumentation contient les références et l'analyse d'environ quatorze décisions. Lorsque l'affaire arriva pour la deuxième fois devant la Cour de Cassation, en 1930, M. Matter, Procureur général, soutint son argumentation par l'étude de plus de trente espèces. *Gazette du Palais*, 1930, 1, 402 ; *D.* 1930, 1, 57.

conclusions qu'il propose à la Cour d'adopter ⁽²⁵⁾. On trouvera plus souvent des références aux espèces antérieures dans les décisions des cours inférieures — surtout des juges du fond —, bien que là encore on n'éprouve pas le besoin de se reporter aux cas antérieurs à moins que la question ne soit controversée et que le litige ne constitue une espèce-limite.

On ne peut guère éviter de conclure que non seulement l'étude des cas dans le système de droit civil est nécessaire au juriste américain qui veut savoir ce qui a été fait, mais qu'en outre elle lui offre une méthode précieuse pour projeter dans l'avenir immédiat l'aspect présent du droit. Le traitement technique des cas en droit civil européen ou sud-américain est certes différent du nôtre ; pourtant il en est assez proche pour que l'un quelconque d'entre nous qui en étudie l'application au cours d'un examen approfondi, en vienne à percevoir clairement la saveur réelle du « milieu marin » constitué par notre propre système.

Mais ceci déborde l'objet principal de cet article. On ne prétend pas que la seule étude des cas conduise un juriste anglo-américain à comprendre pleinement les démarches intellectuelles de son collègue de droit civil. On prétend simplement qu'une étude approfondie des cas en droit civil n'induirait pas en erreur le juriste de common law quant à l'état du droit civil, à raison de différences conceptuelles. S'il en est ainsi, les thèses proposées plus haut en faveur de l'étude des cas sont acquises.

(25) Dans le cas de Gaillard c. la Renaissance, supra note 19, le conseiller-rapporteur, M. Michel Jaffard, analyse les décisions pertinentes non seulement de la Cour de Cassation, mais encore des Cours d'Appel. Dans le cas Le Jandheur, supra note 24, le conseiller rapporteur, M. Le Marc'hadour, cita et analysa environ vingt décisions antérieures.

LE DROIT COMPARÉ ET LA JURISPRUDENCE CHINOISE

Par Jean ESCARRA,

*Professeur de droit civil comparé
à la Faculté de Droit de l'Université de Paris,
Chargé de cours à l'Institut des Hautes Etudes Chinoises,
Conseiller du Gouvernement Chinois.*

La science du droit comparé, à laquelle la France a toujours apporté la contribution la plus active, a fait, ces dernières années, des progrès éclatants. Que de chemin parcouru depuis l'époque où l'on se contentait de juxtaposer timidement quelques textes empruntés à deux ou trois codes étrangers : L'on n'était alors curieux que de comparaisons législatives, comme si tout l'effort juridique d'un peuple tenait dans ses lois. Des ouvrages publiés vers le milieu du XIX^e siècle attestent cette tendance. C'est en 1856-1857 qu'Anthoine de Saint-Joseph fait paraître sa « Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon », travail qu'il poursuivra pour les codes de commerce. C'est en 1863 que J. Colfavru publie « Le droit commercial comparé de la France et de l'Angleterre suivant l'ordre du Code de commerce français ». Il faudra le génie d'un Saleilles pour sortir de cette voie médiocre et recréer véritablement la science moderne du droit comparé. Ses travaux sur le droit allemand sont des œuvres de premier ordre et qu'on ne referra pas. Lévy-Ullmann et Lambert, eux, se sont surtout attaqués aux problèmes si complexes que soulève, pour un juriste latin, le régime juridique des pays de langue anglaise. Avec eux, et aussi avec quelques comparatistes fort distingués en Angleterre, en Italie, en Allemagne, le droit comparé est devenu une discipline aussi fructueuse que l'histoire. Il est lui-même de l'histoire, de « l'histoire en marche », disait Saleilles. Plus exactement, il joue dans l'espace un rôle comparable à celui que joue l'histoire dans le temps. Ce ne sont plus alors des textes, que l'on se borne à rapprocher. Ce sont des travaux préparatoires que l'on dépouille, des coutumes dont on fait l'inventaire, des décisions de jurisprudence que l'on analyse et que l'on classe, des synthèses doctrinales que l'on met en parallèle. Peu à peu se dégagent alors les contours des institutions propres aux divers pays. L'étude des institutions conduit elle-même à celle, plus vaste, des systèmes de droit. Et dans un stage ultime apparaît la possibilité de construire une philosophie comparative du Droit. Nous sommes encore bien loin du but. Les seuls résultats dont puisse s'enorgueillir la science du droit comparé consistent dans la connaissance assez approfondie de quelques

institutions étrangères et dans quelques essais de rapprochements partiels. Des vues pénétrantes ont été projetées sur les grands systèmes de droit : système germanique, système anglo-saxon, système de l'Islam. Mais aucun juriste ne peut se flatter à l'heure actuelle d'embrasser d'un regard d'ensemble plusieurs de ces systèmes et d'en faire une synthèse. Quant à la philosophie comparative du droit, elle n'en est encore qu'aux premiers balbutiements.

Au fond, la position la plus modeste et la plus sage consiste surtout — et consistera sans doute longtemps — à amasser des matériaux. Laissons les vastes synthèses aux générations à venir. Cherchons aussi à explorer des systèmes de droit peu ou point connus. Nous avons trop aisément tendance à nous figurer que seuls les peuples d'Occident ont su s'organiser sur des bases juridiques. Certes, c'est à la civilisation judéo-gréco-romaine que revient l'honneur incontesté d'avoir édifié les plus beaux monuments du droit. Il n'est guère de pays d'Europe dont la législation ne renferme des règles venues du droit romain, et qu'on y découvre comme, dans une muraille neuve, on retrouve des pierres extraites d'antiques ruines. Mais en Extrême-Orient, d'autres pays, l'Inde, la Chine, ont eux aussi connu l'empire de la règle de droit. Les conceptions chinoises sont, en ce domaine, du plus grand intérêt. On peut les caractériser d'une phrase en disant qu'elles consacrent le triomphe du droit naturel aux dépens de la loi positive, celui de la règle morale sur la règle juridique. Ce fait n'a pas empêché les dynasties impériales successives d'édifier de vastes codifications, dont la dernière était encore partiellement en vigueur il y a six ans. Et à travers ces codifications, on remontait aux premiers âges de la civilisation chinoise, dont on a écrit qu'elle est la plus massive et la plus durable des civilisations connues. Depuis quelques années, cependant, des codes modernes, assez largement inspirés de ceux d'Occident, ont remplacé les textes séculaires. Mais l'application qu'en font les tribunaux permet de surprendre quelques-unes des données les plus anciennes de la conscience juridique chinoise. Pour le comparatiste, il y a là matière à constatations du plus haut intérêt ⁽¹⁾. Je voudrais, dans cette courte étude, insister plus spécialement sur l'utilisation de la jurisprudence chinoise pour les recherches de droit comparé.

Les textes de cette jurisprudence commencent à bénéficier peu à peu de traductions suffisamment précises, en français ou en anglais. Ils deviennent ainsi accessibles aux juristes non sinologues, bien qu'il soit fort nécessaire d'acquérir une connaissance assez approfondie de la civilisation chinoise pour saisir leur esprit. On en trouvera une collection déjà respectable dans ma traduction du *Recueil des sommaires de la jurisprudence de la Cour suprême de la République de Chine*, 2 vol. et suppl., Pékin, 1925-1926, et dans la série des publications dirigées par le P. E. Théry, S. J., sous le titre : *L'année judiciaire chinoise*, 5 vol. parus de 1933 à 1937, à T'ien-ts'in. Cette série ne renferme que des décisions rendues par la Cour suprême depuis son transfert à Nankin sous le nom de *Tsouei kao fa guan*, à partir de 1928. Le *Recueil des sommaires* ne contient que des sentences émanant de la Cour suprême à l'époque où elle fonctionnait à Pékin (1912-1927) sous le nom de *Ta li guan*, ou Cour des grands juges. C'était une institution fort importan-

(1) Je me permets de renvoyer sur tous ces points, en bloc, à mon livre : *Le droit chinois*, Pékin et Paris, 1936.

te et dont l'histoire remontait à la plus ancienne organisation administrative de la Chine. Les magistrats qui la composaient étaient surtout des lettrés de formation traditionnelle, mais qui s'étaient plus ou moins spécialisés dans les études juridiques. Collaboraient avec eux des juges plus jeunes qui avaient étudié le droit dans les universités d'Europe ou d'Amérique. Les « sources » sur lesquelles devait porter leur travail étaient de nature variée. Il y avait d'abord un grand nombre de coutumes, dont la Cour s'efforçait de délimiter la valeur impérative, faisant jouer ici une notion originale de l'ordre public. Il y avait ensuite la législation impériale, représentée, depuis 1910, par une édition modernisée des lois des Ts'ing ou *Ta Ts'ing lu li* (*Ta Ts'ing hien hing hing lu*). Cette législation était appliquée en principe — elle est restée en vigueur jusqu'en 1930 — aux affaires relevant du droit de famille, du droit successoral et du droit des biens. Le droit des obligations était pratiquement absent de cette codification grandiose, dont les origines remontaient à la plus haute histoire chinoise. Mais la Cour avait à sa disposition un projet de Code civil préparé en 1911 et dont elle utilisait officieusement les dispositions sous l'appellation de *tiao li*, c'est-à-dire de principes généraux. Lorsqu'une décision du *Ta li yuan* fait état des « principes généraux du droit », il s'agit le plus souvent de dispositions du projet de 1911, c'est-à-dire en fait de dispositions dont l'inspiration est occidentale. Grâce à cette technique, les juges du *Ta li yuan* ont su construire un droit de transition qui mérite à mon sens les plus grands éloges ⁽²⁾. Cette œuvre a été continuée par le *Tsouei kao fa yuan*, à Nankin, d'une manière sans doute plus hardie, souvent plus téméraire, mais sans que la technique utilisée puisse être regardée comme supérieure.

Pour comprendre cette jurisprudence moderne, il est indispensable de consulter les recueils de cas anciens. C'est une chose remarquable que les études de droit chinois, encore si élémentaires, n'aient guère porté jusqu'ici que sur des codifications. Fort peu de chercheurs, en Chine ou à l'étranger, ont songé à utiliser ces précieuses sources d'information que sont les anciens recueils de jurisprudence. Et pourtant, étant donné que plusieurs de ces recueils se trouvent encore en éditions courantes, d'importants travaux pourraient être effectués sur la base des documents qu'ils contiennent. Pour l'époque de la dynastie Han (202 av. J.-C.-220 ap. J.-C.), les recherches consignées par le jurisconsulte Chen Kiapen dans son monumental ouvrage: *Li tai hing fa kao* n'ont guère abouti qu'à retrouver des titres de recueils aujourd'hui perdus, tels ce *Kiue che pi* qui comprenait, dit-on, treize mille quatre cent soixante-douze cas. Mais nous avons, datant de la dynastie Song (960-1280), un recueil de causes célèbres, le *Tchō you kouei kien*, par Tcheng K'o, complété six cents ans plus tard par Hiu Lien, en 1835, et réimprimé la 17^e année Tao-kouang (1837). Quelques livres ont été récemment retrouvés d'un autre recueil de cas célèbres rédigé sous les Ming, à l'époque de l'empereur Kia-ts'ing, le *Pi pou tchao yi*; ces livres ont été réimprimés en 1934 à Changhaï. Enfin, la jurisprudence impériale des Ts'ing (1644-1911) est consignée dans un vaste ouvrage, le *Hing ngan houei lan*, de Pao Chou-yun, en 60 chapitres (1834), avec deux suppléments. De nombreuses décisions rapportées dans ce recueil sont citées dans les travaux

(2) V. l'introduction au *Recueil des Sommaires*, etc., p. XII.

du P. Boulais et d'Alabaster. Mais il n'existe aucune traduction, même partielle, des collections qu'on vient de rappeler. En revanche, la jurisprudence moderne fait non seulement l'objet de nombreux recueils, officiels ou privés, mais plusieurs grandes maisons chinoises d'édition ont publié des collections de codes et de lois annotés à l'aide de décisions des tribunaux supérieurs, principalement de la Cour Suprême ⁽³⁾.

De tous temps, en Chine, ces décisions ont été utilisées pour la formation des jurisconsultes. Mais elles ont également servi à amender la loi. Les codes dynastiques contiennent tous un fonds commun de textes de principe, souvent conservés « par respect », à raison de leur haute antiquité et du fait qu'ils représentent la sagesse des ancêtres. Mais ces textes deviennent à la longue inapplicables et il est nécessaire de les compléter par des règles dégagées de l'expérience de chaque génération. Dans le *Ta Ts'ing lu li*, par exemple, ces lois traditionnelles forment les *lu*, tandis que les règles complémentaires sont les *li*, qui ne sont souvent rien d'autre que des décisions de justice codifiées et soumises à une revision quinquennale. C'est en ce sens qu'on peut dire qu'en Chine, comme en d'autres pays, certaines décisions importantes ont eu le caractère de véritables *case-law*, formant d'abord jurisprudence et s'incorporant ensuite à la législation écrite.

Mais le droit chinois connaît une institution d'une grande originalité et qui n'a pas attiré comme elle le mériterait l'attention des juristes. Il s'agit des décisions dites d'interprétation : *Kiai che li*. J'ai essayé ailleurs d'en dégager l'origine ⁽⁴⁾. Je me borne à résumer ici l'essentiel de ces recherches.

Dans le chapitre *Hing fa tche* (Examen des lois pénales) de l'histoire des Han, il est question d'une ordonnance par laquelle l'empereur Kao Houang-ti (200 av. J.-C.) prescrivait aux juges de s'adresser aux fonctionnaires supérieurs pour trancher les cas douteux, ces fonctionnaires remontant jusqu'à l'empereur à qui l'on devait indiquer les lois applicables dans les mêmes circonstances. Entre 175 et 105 environ av. J.-C., on voit un lettré célèbre, Tong Tchong-chou appliquer en matière judiciaire une méthode qu'il préconisait pour le gouvernement sous le nom de « gouvernement par l'histoire ». De même, selon lui, que le Prince devait toujours s'inspirer dans sa conduite des enseignements de l'antiquité, de même le juge doit rechercher des précédents dans les faits rapportés par les annales. Parmi celles-ci, une chronique d'un petit Etat féodal, celui de Lou, patrie de Confucius, et qui résume schématiquement l'histoire de cet état entre 722 et 484 av. J.-C., présente une importance essentielle, surtout grâce aux commentaires qui l'ont complétée. Cette chronique est appelée *Tch'ouen ts'ieou*, Printemps et Automne, c'est-à-dire : histoire, et son utilité au point de vue juridique est appréciée en ces termes dans une thèse récente d'un étudiant chinois : « ...Le *Tch'ouen ts'ieou* est un véritable recueil de jurisprudence pour nous, Chinois. C'est au *Tch'ouen ts'ieou* que nous sommes redevables de toute la technique du droit purement chinois et de la conception suivant laquelle c'est le jugement et non la loi qui fait la justice » ⁽⁵⁾.

(3) V. la bibliographie de mon livre : *Le Droit chinois*, pp. 487 à 490.

(4) *Le Droit chinois*, pp. 273 et suiv.

(5) Hu Yan-mung, *Etude philosophique et juridique de la conception de « ming » et de « fen » dans le droit chinois*, préface de J. Escarra, Paris, 1932, pp. 76-77.

On raconte que tandis que Tong Tchong-chou vivait dans la retraite, à la suite d'une disgrâce, l'empereur avait pris l'habitude de le consulter dans les cas difficiles. Tong Tchong-chou aurait composé un recueil de ses réponses, au nombre de deux cent trente-deux, sous le nom de *Tch'ouen ts'ieou kiue yu*. Cet ouvrage était perdu avant le xv^e siècle, mais des érudits affirment avoir retrouvé soixante-treize de ces « consultations » en dépouillant des ouvrages littéraires et des encyclopédies.

Je ne prolongerai pas cet aperçu historique. Je laisserai également de côté la haute signification que présentent les conceptions de Tong Tchong-chou pour la compréhension, non seulement du droit chinois, mais de l'histoire sociale et politique de la Chine. Je veux avant tout souligner l'importance technique de ses consultations et de ses méthodes de raisonnement.

Il est tout d'abord remarquable que, dans les quelques décisions qui nous ont été conservées, les noms des parties ne sont jamais donnés. Ils sont remplacés par les lettres cycliques : *kia*, *yi*, *ping*, etc., correspondant à notre notation : A, B, C, etc. Les faits sont toujours exposés schématiquement et sous la forme de problèmes théoriques. Voici deux exemples intéressants de ces consultations, dont j'ai donné la traduction dans mon livre sur le *Droit chinois* :

Premier exemple. — « A un moment, il y a un procès douteux. *Kia* (A) n'a pas de fils. Il recueille sur le bord de la route un enfant abandonné, *Yi* (B). Il l'élève comme son fils et B, devenu adulte, commet un crime de meurtre et l'avoue à A. Celui-ci cache B. Que doit-on décider sur la conduite de A ? Tong Tchong-chou décida : A n'a pas de fils. Il a recueilli et élevé B. Bien que ce dernier ne soit pas né de lui, quelle différence y a-t-il entre cet enfant recueilli et un fils du sang ? Le *Che king* dit : « La chenille du mûrier a des petits, mais c'est la guêpe qui les élève ». D'après les principes du *Tch'ouen ts'ieou*, le père du sang cache normalement son fils. A a le droit en tant que père adoptif de cacher B et ne doit donc pas être incriminé ».

Le *Che king*, cité dans la consultation, est un recueil de très anciennes poésies chinoises qui a la valeur d'un « Classique », Confucius en personne, selon la tradition, et tout au moins l'Ecole confucéenne en ayant fait une sorte de bréviaire de la morale civique chinoise. Les vers rapportés par Tong Tchong-chou (*Che king*, livre *Siao ya*, V, 2, *Siao guan*) font allusion à une croyance des paysans chinois d'après laquelle le bombyx, ou chenille du mûrier, abandonne ses petits, tandis que ceux-ci sont recueillis et élevés par des guêpes. D'où l'emploi des caractères *ming ling* (bombyx) et *kouo louo* (guêpe), pour désigner respectivement le fils et le père d'adoption. C'est d'autre part un principe de morale confucéenne que les membres d'une même famille doivent toujours se soutenir. Il serait indigne qu'un fils dénonçât son père à la justice et le père a le devoir de cacher son fils recherché par elle. Cette règle, valable pour les parents du sang, l'est aussi pour les parents d'adoption. Donc, un père adoptif qui a caché son fils a agi correctement et ne saurait être puni.

Deuxième exemple. — « *Kia* (A) a pour père *Yi* (B). Ce dernier se dispute et se bat avec *Ping* (C). C prend un couteau qu'il porte à la ceinture et frappe [perce] B. A prend aussitôt un bâton et frappe C, mais, par erreur il blesse B [il blesse donc son père]. Comment A doit-il être jugé ?

Les uns disent : frapper son père, ce crime mérite [la décapitation et] l'exposition de la tête sur une perche. Moi [Tong Tchong-chou] je dis : on doit considérer que le père et le fils sont les parents les plus proches. Mais, en entendant la rixe [dans laquelle est mêlé] le père, personne ne saurait résister à l'appel du cœur. C'est au secours [du père] que le fils a pris un bâton, mais ce n'était pas avec le désir de lui faire du mal. D'après les principes du *Tch'ouen ts'ieou*, Tche, de Hiu, lorsque son père était malade, lui présenta un remède, mais le père mourut. Le Prince, considérant le sentiment originel [de Tche] pardonna et ne le fit pas mettre à mort. A, n'ayant pas frappé son père au sens de la loi, ne doit donc pas être incriminé ».

Ainsi, c'est en invoquant un précédent historique ⁽⁶⁾ que Tong Tchong chou résout le cas qui lui était soumis. J'ignore dans quelles conditions des décisions de ce genre sont devenues les modernes « décisions d'interprétation ». En fait, des *Tch'ouen ts'ieou kiue yu* sont mentionnés jusque sous la dynastie partielle des Ts'i du Nord (550-577 ap. J.-C.). La filiation, bien que non prouvée, est frappante et d'ailleurs de tous points conforme à la mentalité chinoise. Les anciens du village ont plus d'une fois recours, pour trancher les différends entre voisins, à ces maximes de sagesse pratique nourries de précédents empruntés à l'antiquité et qui abondent dans la littérature confucéenne.

Qu'est devenue l'interprétation sous l'empire des textes en vigueur ?

Dans la loi sur l'organisation judiciaire qui avait été promulguée à la fin de l'Empire (28^e jour de la 2^e lune de la première année Siuan-t'ong (7 février 1910), un article 35 attribuait au président de la Cour suprême (*Ta li yuan*) le pouvoir d'unifier l'interprétation de la loi, sans être néanmoins admis à donner des instructions aux juges en ce qui concerne la manière dont ils devaient trancher les affaires. L'art. 202 du règlement de la Cour du 29 mai 1919 précisait que le pouvoir du président consistait : a) à expliquer les points douteux ; b) à rectifier, dans l'intérêt de l'Etat, toute interprétation erronée de toutes dispositions légales ou réglementaires qui a pu être donnée par toute administration publique ou tout fonctionnaire mentionnés dans l'art. 204. Ce dernier texte, énumérant ces administrations et fonctionnaires, indiquait qu'ils étaient seuls recevables à solliciter une interprétation. D'autres articles du règlement établissaient la procédure de consultation par le président des diverses chambres de la Cour, les règles à suivre en cas de dissentiment, la publicité des décisions, etc. Au point de vue du fond, une règle essentielle était qu'en principe l'interprétation donnée par le président du *Ta li yuan* était impérative et s'imposait aux juges pour tous les cas de même nature. En outre, lorsque la Cour avait infirmé les décisions rendues par un tribunal de premier appel, la juridiction devant laquelle l'affaire était renvoyée était toujours tenue de se conformer à la décision du *Ta li yuan* en ce qui concernait les points de droit établis par elle.

On sait qu'en 1928, la Cour suprême fut transférée à Nankin, où elle fonctionne depuis sous le nom de *Tsouei kao fa yuan*, littéralement : Cour suprême. Le pouvoir d'interprétation fut alors retiré au président et confié

(6) V. l'anecdote rapportée dans un commentaire du *Tch'ouen ts'ieou*, le *Tso tchouan*, vol. II, p. 673, de la traduction de Legge (*Chinese Classics*).

au président du *Yuan* ou Conseil de justice, qui est l'un des cinq Conseils du Gouvernement chinois. La loi d'institution du Conseil de justice (*Sseu fa yuan*), du 20 octobre 1928 (texte révisé, promulgué et appliqué le 17 novembre 1928) porte : « Le président du Conseil de justice après avoir pris l'avis du président de la Cour suprême et des présidents des chambres compétentes de cette cour, exerce le droit d'unifier l'interprétation des dispositions légales et réglementaires et de modifier la jurisprudence ». Il est à noter que cette disposition a passé, sous une forme résumée, dans l'art. 79 du projet de Constitution définitive promulgué le 5 mai 1936 par le Gouvernement chinois et qui n'entrera en vigueur qu'après ratification par une Assemblée nationale. Mais ce texte ne vise que le pouvoir du Conseil de justice d'unifier l'interprétation des lois et règlements sans faire allusion à son droit de « modifier la jurisprudence ». De plus, en l'absence de dispositions semblables à celles qui figuraient dans l'ancien règlement de la Cour suprême, il ne semble pas que les décisions d'interprétation rendues par le *Sseu fa yuan* aient légalement force obligatoire pour les juges. Toutefois, une autorité telle est attachée à ces décisions que leur valeur de précédent est en fait, sinon en droit, inattaquable.

En exécution de la loi de 1928, un règlement a été promulgué le 4 janvier 1929 sous le titre : Règlement sur l'unification de l'interprétation des lois et règlements et la modification de la jurisprudence par le Conseil de justice du Gouvernement national. Son article 3 porte « Tout service public, tout fonctionnaire public et toute personne morale publique légalement reconnue peuvent demander des interprétations en ce qui concerne les textes législatifs ou réglementaires qu'ils sont chargés d'appliquer. Les demandes d'interprétation sont limitées aux questions abstraites. Elles ne peuvent faire état de faits concrets ». Par cette exclusion des faits concrets, *kiu t'i*, cette exigence de termes abstraits, *tch'eou siang*, les modernes décisions d'interprétation se rapprochent singulièrement des consultations que donnait il y a plus de vingt-cinq siècles, le lettré des Han, Tong, Tchongchou. Cette similitude n'est-elle pas frappante ?

C'est grâce à cette règle que la décision d'interprétation, qui n'est en aucune façon un « jugement », au sens technique du terme, finit par faire corps avec le texte interprété et s'impose aux juges avec la même force. Il n'est désormais plus permis d'appliquer ou de commenter un article de code ou de loi sans en chercher le sens dans les décisions d'interprétation qu'il a suscitées. De telle sorte qu'il est impossible de connaître le droit chinois moderne en dehors de l'étude des ouvrages, véritables « codes annotés », dans lesquels chaque article est suivi des décisions d'interprétation correspondantes. Bien plus que par les codes, le droit moderne de la Chine se forme et évolue grâce à la technique des décisions d'interprétation. Et le service le plus notoire que les juristes sinologues puissent rendre à la science du droit comparé est de traduire des ouvrages du genre de ceux qui viennent d'être signalés (7).

(7) Des traductions de décisions d'interprétation ont commencé à paraître dans la collection dirigée par le P. F. Théry, S. J., « *Le Droit chinois moderne* ». Elles rendent de grands services, mais il faut souhaiter que soit entreprise la traduction de « Codes annotés » qui permettrait seule aux comparatistes ignorants de la langue chinoise d'annexer à leurs recherches un immense domaine. Il existe de nombreux recueils de ce

Les décisions d'interprétation du *Ta li yuan* sont au nombre de 2.012, la première datée du 15 janvier 1913, la dernière du 22 octobre 1927. Elles sont classées sous le caractère *t'ong* (unification). Celles qui ont été rendues par le *Tsouei kao fa yuan* sont au nombre de 245, du 15 décembre 1927 au 20 novembre 1928. Elles sont désignées par le caractère *kiai* (interprétation). Les décisions rendues par le *Sseu fa yuan*, ou Conseil de justice, paraissent sous le caractère *yuan* (Conseil). Celles qui portent les numéros 1 à 1600 sont réunies dans une publication officielle comportant sept volumes. Les suivantes ont été insérées dans le journal officiel judiciaire, *Sseu fa kong pao*, paraissant à Nankin tous les cinq jours. Le dernier numéro parvenu entre mes mains, avant que l'agression japonaise n'ait suspendu le fonctionnement des services du Gouvernement chinois, est le numéro 216, du 15 octobre 1937, et contient une décision d'interprétation numérotée 1708. C'est donc, depuis le 15 janvier 1913, un total de 3.965 décisions d'interprétation mis à la disposition des juristes ⁽⁸⁾.

La rédaction formelle des décisions d'interprétation a subi des modifications à plusieurs reprises. Le corps de l'interprétation est précédé d'un très bref exposé du cas et d'une formule de style. Une autre formule, visant l'exécution, termine la décision, laquelle est accompagnée, à titre de supplément, de la demande de consultation, souvent adressée par télégramme. La rédaction est toujours très soignée et d'une grande concision. La décision est très sobrement motivée.

L'étude de ces documents conduit à des conclusions de grande importance.

En premier lieu, elle permet de vérifier le degré d'applicabilité de la nouvelle législation chinoise. Il est en effet facile de se rendre compte, rien que par la consultation des tables, que des parties entières de cette législation sont vierges de décisions d'interprétation, tandis que d'autres parties ont donné lieu à une interprétation très abondante, certains textes ayant exigé à eux seuls de nombreuses décisions. Il ne faudrait pas en conclure que ces textes sont plus obscurs que d'autres. Ils sont seulement

genre. L'un des plus récents que j'aie sous les yeux et dont une rapide inspection m'a révélé les mérites, a paru en mars 1937, à la maison d'édition *Houen wen t'ang*, sous la direction du distingué juriste M. Wou King-hsiong. En six volumes, il est intitulé : *Tchong houa min kouo lieou fa li yeou p'an kiai houei pien* (Recueil des motifs, jugements et interprétations concernant les six codes de la République chinoise). Il contient les exposés des motifs des principaux textes en vigueur : droit civil, droit commercial, droit pénal, procédure civile, procédure pénale, lois diverses, avec les décisions contentieuses et d'interprétation s'y référant. C'est en fait une édition révisée d'un ouvrage publié sous le même titre, à la même librairie, en juin 1933, par MM. Kouo Wei et Tcheou Ting-mei. Fort bien présenté, muni de tables, d'index, etc., ce recueil constitue un instrument de travail indispensable pour l'étude du droit positif chinois moderne.

(8) Voici quelques indications sur les recueils de décisions d'interprétation. Pour le *Ta li yuan*, 910 décisions ont été réunies dans une publication officielle en trois volumes, datée de décembre 1919, et intitulée : *Ta li yuan kiai che li yao tche houei lan*. Le recueil qui contient les 2.012 décisions visées au texte est un ouvrage privé dû à M. Kou Wei et paru en septembre 1930, sous le titre : *Ta li yuan kiai che li ts'iuwen*. Les 245 décisions du *Tsouei kao fa yuan* ont été réunies en un volume publié en 1934 sous le titre : *Tsouei kao fa yuan kiai che tsong tsi*. Enfin, les volumes officiels contenant les 1.600 premières décisions du *Sseu fa yuan* portent le titre : *Sseu fa yuan kiai che li houei pien*, suivi du numéro du volume. Toutes ces publications sont faites avec le plus grand soin et munies de tables permettant de retrouver aisément la référence cherchée.

beaucoup plus pratiques et, par suite, ont donné lieu à de plus nombreux problèmes d'interprétation. Bien que les situations qui ont donné naissance à ces problèmes soient des situations concrètes, on sait qu'elles n'apparaissent dans les consultations demandées aux organes d'interprétation et dans les réponses de ces organes que sous une forme abstraite. De telle sorte qu'un article de code à propos duquel ont été rendues plusieurs décisions d'interprétation finit par prendre une signification parfois assez éloignée de celle que semble commander sa rédaction initiale. Il arrive ainsi qu'on puisse commettre des erreurs graves en s'en tenant à la lecture de l'article si l'on n'a pas eu soin de lire en même temps les décisions d'interprétation qui en sont le commentaire. De même un étranger qui se bornerait à lire les art. 1119 et 1121 du Code civil français s'imaginerait que la stipulation pour autrui est pratiquement interdite en France et n'aurait aucune idée du parti que la jurisprudence a tiré de ce qui, dans la lettre du second de ces textes, n'est apparemment qu'une exception.

L'œuvre d'élaboration de la législation moderne a commencé en Chine il y a une trentaine d'années. Elle se poursuit encore à l'heure actuelle et l'on ne peut encore prévoir quand, ni sous quelle forme, elle se stabilisera. Elle a d'abord comporté une période de tâtonnements caractérisée surtout par une tendance à traduire presque littéralement des codes étrangers. Une deuxième période s'est ouverte en 1928. Elle a vu éclore la plupart des codes et des principales lois aujourd'hui en vigueur, établis sur la base des principes du *Kouo-min-tang*, ou parti nationaliste, définis par le président Sun Yat-sen. Bien qu'il ne s'agisse plus d'une simple reproduction de textes étrangers, il faut reconnaître que des parties importantes de cette législation présentent un caractère théorique en contraste avec les conditions sociales et économiques de la Chine. On n'a pas suffisamment tenu compte de cette vérité que codifier, c'est essentiellement tenir compte de l'état et des aspirations juridiques d'un pays, à un moment déterminé de son évolution. Or, la Chine est un pays vaste comme l'Europe entière. Elle subit depuis un siècle une crise de transformation, de « modernisation », si l'on peut dire, et nul ne peut prévoir le terme de cette crise, dans laquelle interviennent des facteurs complexes parmi lesquels de brutales agressions extérieures viennent fausser une évolution qui exigerait de longues années de paix. Le législateur est souvent enclin à activer cette évolution en forçant en quelque sorte les mœurs au profit de la loi. Certaines portions de l'élite sont sans doute mûres pour se plier aux directives les plus modernes, mais une très large partie de la population continue de vivre sous un régime, d'ailleurs excellent à plus d'un titre, mais qui est celui d'une civilisation archaïque. Un exemple frappant de cette contradiction est offert par cette partie du Code civil de 1930 qui traite des régimes matrimoniaux. Il y a là des institutions sans doute techniquement bien venues, mais qui ne correspondent pratiquement à rien de spécifiquement chinois. En fait, le régime des biens des époux obéit à des traditions qui ne sont pas près de disparaître et dont ces institutions n'ont tenu aucun compte. J'ai écrit ailleurs que les textes de cette partie du Code sont comme les pierres d'attente d'une construction future. Aussi ne faut-il pas s'étonner de ne trouver dans les recueils qu'un nombre insignifiant de décisions d'interprétation, ou de décisions contentieuses, rendues sur la base de ces textes.

On note alors le parti remarquable tiré par les autorités judiciaires de la technique de l'interprétation. Déjà l'on voit poindre les signes précurseurs d'une troisième période de l'évolution législative et qui doit être une période de révision et de réadaptation. Il s'agit somme toute de réintégrer, dans une législation empruntée pour une bonne part à l'Occident, les notions traditionnelles. J'ai déjà dit qu'en Chine, l'on n'a jamais séparé le droit de la morale, conformément aux conceptions confucéennes. La loi n'y a pas le caractère d'impératif catégorique qu'elle possède dans les pays imprégnés des conceptions gréco-romaines. La force contraignante ne peut venir que d'une sorte de droit naturel sur lequel le droit positif doit se modeler. La lettre des textes peut être occidentale, leur esprit reste nécessairement oriental. La Chine est le pays de la conciliation, de l'accommodement, des nuances où viennent se fondre les contraires. On n'y obéit pas à une loi parce que c'est la loi, on ne le fait que dans la mesure où cette loi traduit exactement les exigences profondes de la conscience nationale.

Dès lors, l'utilité essentielle des décisions d'interprétation est de réaliser cette conciliation. Il ne saurait être question, dans cette brève étude, de fournir une démonstration complète qui demanderait de longs développements. Mais il suffit de signaler qu'une étude approfondie des décisions d'interprétation montrerait le juge constamment préoccupé d'adapter le texte à une situation de fait que le législateur a volontairement ignorée. C'est ainsi, par exemple, que l'institution du concubinat, qui a pour elle une haute antiquité et se justifie du reste par des considérations qui sont loin d'être sans valeur, n'est plus réglementée par la législation moderne. On veut croire, en effet, qu'elle disparaîtra d'elle-même lorsque l'évolution des mœurs et les conditions sociales de la Chine le permettront. Pour l'instant, bien qu'en régression, cette institution existe encore. Il faut bien donner un statut juridique à la concubine et à ses enfants, et rétablir ainsi l'équilibre entre le fait et la loi. La concubine n'est plus comprise dans l'énumération légale des parents. Mais une décision d'interprétation admet qu'elle-même doit être regardée comme ayant la qualité de parente par rapport à ses propres enfants et que ceux-ci sont tenus vis-à-vis de leur mère des devoirs qu'ils ont légalement vis-à-vis de la parenté légitime. D'autres décisions déclarent que la qualité de membre de la famille reconnue à la concubine résulte d'un contrat ; d'où il suit que si, après le décès du maître, il n'est pas établi que la concubine, du vivant de celui-ci, s'était rendue coupable d'un adultère, elle ne perd pas, devenue veuve, sa condition de membre de la famille et ne peut en conséquence être renvoyée.

On noterait des résultats aussi remarquables obtenus par la technique de l'interprétation en matière de fiançailles, de mariage, de divorce, de vocation successorale des filles, de droits réels, etc. Il n'est guère de domaines dans lesquels cette méthode n'ait donné lieu à des applications dont la hardiesse est toujours tempérée par cet esprit réaliste qui est une des qualités foncières des Chinois.

Si incomplètes qu'elles soient, j'espère que ces explications auront suffi à montrer l'intérêt exceptionnel que peut offrir pour le droit comparé l'étude de la jurisprudence chinoise. Cette étude est assurément d'une grande difficulté. Elle exige, non seulement une science juridique sûre, mais encore un équipement sinologique et une connaissance de l'Extrême-

Orient qui ne peuvent s'acquérir qu'au prix de longues années d'efforts. Il faut espérer que la jeune génération de juristes fournira des chercheurs pour ces tâches nouvelles. Les résultats atteints par Edouard Lambert dans le maniement de cet instrument si délicat qu'est la technique jurisprudentielle anglo-saxonne doivent être pour eux le plus précieux des encouragements.

The first of these is the fact that the United States is a young nation, and its history is a history of growth and development. The second is the fact that the United States is a nation of immigrants, and its history is a history of the struggle for a common identity. The third is the fact that the United States is a nation of free men, and its history is a history of the struggle for freedom and justice.

The first of these is the fact that the United States is a young nation, and its history is a history of growth and development.

The second is the fact that the United States is a nation of immigrants, and its history is a history of the struggle for a common identity.

The third is the fact that the United States is a nation of free men, and its history is a history of the struggle for freedom and justice.

The first of these is the fact that the United States is a young nation, and its history is a history of growth and development.

The second is the fact that the United States is a nation of immigrants, and its history is a history of the struggle for a common identity.

The third is the fact that the United States is a nation of free men, and its history is a history of the struggle for freedom and justice.

The first of these is the fact that the United States is a young nation, and its history is a history of growth and development.

The second is the fact that the United States is a nation of immigrants, and its history is a history of the struggle for a common identity.

The third is the fact that the United States is a nation of free men, and its history is a history of the struggle for freedom and justice.

The first of these is the fact that the United States is a young nation, and its history is a history of growth and development.

The second is the fact that the United States is a nation of immigrants, and its history is a history of the struggle for a common identity.

The third is the fact that the United States is a nation of free men, and its history is a history of the struggle for freedom and justice.

CHAPITRE VI

LA PRATIQUE EXTRA-JUDICIAIRE

ISHIZAKI, *La récente évolution du Droit Corporatif dans le commerce des soies.*

KADEN, *Un exemple de la pratique extra-judiciaire en Allemagne : Le Contrat de bail uniforme.*

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

MUELLER-ERZBACH, *Une proposition pour l'unification de la conception du Droit. Illustrée par le Droit de la Vente.*

(Ces contributions publiées dans le Tome II, Quatrième Partie, Titre II, Chapitre Premier, § 118 et § 119).

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 IV, Section I, § 148).

DABIN, *Droit de Classe et Droit Commun.*

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

(Ces contributions publiées dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre II, Chapitre III, Section I, §§ 139 à 140).

Le Chapitre II (Section II) du Titre II de la Cinquième Partie (Tome III) contient un rappel de toutes les contributions traitant du Droit corporatif.

DE LA RECENTE EVOLUTION DU DROIT CORPORATIF DANS LE COMMERCE DES SOIES

Par Masaichiro ISHIZAKI

*Membre correspondant de l'Office de législation étrangère
et de droit international de France*

Le droit corporatif est actuellement reconnu comme un droit doté d'un esprit particulier, de méthodes et de sanctions propres, indépendant des droits législatif et judiciaire.

C'est notre maître Lambert qui a mis en lumière la notion nouvelle du droit corporatif. « Les droits corporatifs, dit-il, ne se présentent point à l'heure actuelle comme des annexes, des prolongements ou des racines du droit législatif ou du droit judiciaire ; ils constituent des corps de droit distincts, bâtis par les groupements corporatifs pour l'usage de leurs membres, en rivalité avec les droits édifiés par les juristes ; ils disposent, dans les milieux où la rationalisation du commerce est la plus avancée, de moyens efficaces de défendre leur autonomie relative, grâce au développement du contrat-type et de ses deux clauses essentielles... dont l'une donne compétence aux codifications d'usages de la corporation pour régler toutes les difficultés d'interprétation que pourra soulever le contrat, et dont l'autre attribue compétence aux institutions arbitrales de la corporation pour résoudre les litiges nés du contrat en conformité avec des règlements arbitraux, qui excluent tout appel sur le fond aux juridictions de droit commun, et invitent les arbitres à appliquer une justice d'équité ou une justice « substantielle », c'est-à-dire en harmonie avec les besoins et les conditions du commerce... » (1).

(1) Lambert, *L'enseignement du droit comme science sociale et comme science internationale*, Introduction au tome 23 de la *Bibliothèque de l'Institut de droit comparé* de Lyon, 1928, Paris, Giard, p. 43 et suiv. Du même auteur, *Sources du droit comparé ou supranational*, *Recueil Gény*, Paris, 1934, t. III, p. 478 et suiv. E. Lévy, *La comptabilité juridique des marchands de soie*, *Revue de l'Université de Lyon*, I, 1928, Lyon, p. 25. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1936, p. 421 et suiv. Josserand, *Sur la reconstitution d'un droit de classe*, *Dalloz, Recueil hebdomadaire*, 1937, n° 1, Chronique I. Sugiyama, *Pour la création d'un Institut du droit comparé* (en japonais), revue *Hogaku-kyokai-zasshi*, vol. 53, n°s 8-10. Du même auteur, *Le Congrès international du Droit comparé* (en japonais), revue *Hogaku-kyokai-zasshi*, vol. 48, n° 1. Du même auteur, *La science du droit comparé* (en japonais), *Dictionnaire de la science juridique*, 1935, Tokio, t. IV.

Le droit corporatif ainsi compris a donc son autonomie, qui est assurée par l'action combinée de trois forces : l'arbitrage corporatif, les codifications des usages et le contrat-type.

Les codifications d'usages sont le produit tantôt de la réfraction locale des coutumes, tantôt de conventions collectives entre les syndicats, tantôt de l'esprit conciliateur de grandes associations qui, groupant des représentants de toutes les branches d'une industrie, provoquent et sanctionnent des ententes entre eux pour la réglementation des rapports collectifs de leurs commettants.

Ces usages formés en corps ne naissent pas et ne se développent pas par l'effet d'une délégation de pouvoirs que leur consentirait la législation du droit commun, et dont cette législation pourrait à son gré tracer les limites et diriger l'exercice. Ces codifications d'usages sont d'abord nationales dans ce sens qu'elles ne s'appliquent qu'aux transactions faites sur un ou plusieurs marchés nationaux. Mais par l'intermédiaire des contrats-types les codifications d'usages locaux peuvent pénétrer dans l'application internationale. Enfin cette application internationale des usages locaux arrive à réaliser une codification internationale des usages uniformes. On sait que les solutions juridiques préconisées par le Règlement d'Anvers et d'York peuvent entrer dans l'application internationale par l'intermédiaire de contrats-types. Encore grâce à ceux-ci, les principes d'un droit de la vente internationale qui viennent d'être élaborés par l'Institut International pour l'Unification du droit privé pourraient plus aisément être appliqués dans les différents pays ⁽²⁾.

Les contrats-types sont rédigés sur des formules-modèles imprimées, qui sont élaborées en général par les soins des organismes corporatifs intéressés, et dont les marchands se contentent de remplir les blancs. Ils se substituent à des contrats individuellement élaborés, dont les clauses plus ou moins détaillées font avec chaque nouveau contractant l'objet d'une discussion nouvelle et qui, par leurs imprécisions, créent des difficultés d'interprétation.

Si les contrats-types sont un instrument remarquable pour l'expédition rapide et sûre des affaires, puisqu'ils simplifient les procédés d'élaboration du contrat individuel, leur rôle essentiel dans le développement du droit corporatif est d'appliquer des usages corporatifs et de résoudre les difficultés juridiques par leur application intégrale grâce à la clause inscrite sur le modèle. Par l'effet de cette clause, essence même du contrat-type, les membres de l'organisme corporatif retirent au législateur et transfèrent à leurs syndicats la compétence pour opérer la construction et l'interprétation d'ensemble de leurs contrats. Cette clause, écartant toute intervention du droit étatiste, permet aux règlements corporatifs des organismes syndicaux de se développer dans leur grande ligne en dehors de toute sujétion aux principes du droit commun.

Cependant le droit corporatif n'aurait pas emporté sa dernière victoire s'il n'avait pas été équipé d'une autre arme puissante. Ce nouveau char d'assaut, c'est l'arbitrage corporatif. Grâce à cet appareil judiciaire syndical, le droit corporatif, tout en écartant les droits législatifs et les droits judiciaires étatistes, a trouvé sa stabilité et sa régularité d'action.

(2) Lambert, *Le congrès international de droit comparé*, 1934, p. 28 et suiv.

Cette victoire de l'arbitrage corporatif et en conséquence du droit corporatif est due, d'après M. Lambert, à plusieurs causes, dont il cite les quatre principales ⁽³⁾. D'abord « la réaction contre l'autorité attribuée à des textes de lois, et surtout à des précédents judiciaires qui, trop souvent, survivent à leurs raisons d'être et sont en opposition avec les aspirations de la pratique des affaires ».

« Réaction contre un fonctionnement trop mécanique de la jurisprudence judiciaire, contre l'application trop fréquente par elle d'une même règle abstraite et rigide de droit à des situations de fait qui, dans une saine politique commerciale, doivent être soumises à des traitements différents. Conscience de la nécessité, pour une application éclairée du droit, de faire un large appel à des standards de nature économique qui dirigent les juges-arbitres dans l'adaptation du droit aux espèces individuelles et permettent de le plier aux complexités et aux variations du marché commercial ».

« Besoin de faire prédominer dans la solution des conflits commerciaux, à la place des *rationes decidendi* tirées exclusivement de la tradition, de l'autorité ou de la logique juridique, des raisons puisées dans les opérations préliminaires que j'ai si souvent décrites sous le nom d'exploration économique du cas et de balance judiciaire des intérêts ».

« Souci de défendre le commerce contre les surprises et les ruses de la procédure judiciaire en même temps que contre les règles artificielles ou trop exclusivement techniques du droit judiciaire ; ce que l'article 17 du règlement d'arbitrage de l'Association Américaine de la Soie appelle les *technicalities* ».

Le droit corporatif, assuré par ces trois forces, codification des usages, contrat-type et arbitrage corporatif, se développe principalement en dehors du contrôle et de la sanction des autorités publiques.

Cette situation est favorisée, d'un côté par la réglementation légale des obligations et des contrats, qui est, sauf de rares exceptions, essentiellement interprétative. D'un autre côté, la jurisprudence, qui est l'exécutrice des volontés législatives, n'a pas de moyens de surveiller et diriger l'application des usages codifiés aux différends que provoque l'interprétation ou l'exécution des transactions commerciales. En effet, ce n'est pas la cour judiciaire qui régleme les différends, mais c'est l'arbitrage corporatif qui donne la solution de ces conflits. Le contrôle de la juridiction légale est écarté de plus en plus du domaine du droit corporatif, grâce au contrat-type, par l'effet de la soumission sans réserve à l'arbitrage ou à la conciliation de tous les différends à naître du contrat.

Personne ne contesterait d'ores et déjà que le droit corporatif autonome ait acquis son propre terrain de développement dans les institutions juridiques actuelles. Il a évolué dans tous les secteurs d'activité juridique, mais notamment et d'une façon remarquable dans le domaine du droit commercial ou des affaires. Les études ⁽⁴⁾ que nous avons menées sous la direction de notre maître Lambert nous ont montré que la mar-

(3) Lambert, *Préface* au tome 18 de la Bibliothèque de l'Institut du droit comparé, ouvrage d'Ishizaki, 1928, Paris, Giard, t. I, p. 28.

(4) Ishizaki, *Le droit corporatif international de la vente de soies*, 3, vol., Paris, 1928.

che triomphale du droit corporatif s'est fait sentir particulièrement accentuée dans la vente de soie sur les grands marchés de production aussi bien que ceux de consommation pour arriver à bâtir un nouveau droit de la vente commerciale au temps présent.

La conclusion que nous avons formulée vient d'être de nouveau confirmée dans ce même commerce de la soie, d'une part, par la nouvelle rédaction d'une réglementation uniforme des usages pour les marchés de soies du Japon, et, d'autre part, par la codification des conventions internationales et des usages pour la vente des soies grèges de 1929 ⁽⁵⁾ réalisée par la Fédération internationale des soies. Nous avons constaté que les réglementations corporatives de la vente de soie sont, sauf des diversités de détail, sinon uniformes, mais pratiquement similaires sur tous les marchés importants. La codification internationale de 1929 en est en somme une des plus puissantes confirmations. Il est vrai que cette convention internationale n'est en réalité qu'une codification européenne, les marchands de soies des Etats-Unis, ni ceux d'Extrême-Orient ne l'ayant signée. Mais on trouve qu'elle a une étroite concordance avec les règles corporatives de la vente de soies de New-York et celles des marchés japonais, notamment pour les derniers depuis la nouvelle réglementation. Sans doute l'analyse systématique de ces deux réglementations aurait une très grande utilité pour souligner un des phénomènes les plus marquants de l'évolution juridique d'aujourd'hui. Sans doute aussi l'analyse de la codification internationale, composée de 421 articles, nous montrera combien le droit corporatif a une efficacité puissante dans l'unification internationale du droit des affaires et en conséquence dans la formation du droit mondial par son aptitude à se répandre par-dessus les frontières des Etats ⁽⁶⁾. Mais nous nous bornons à analyser dans la présente étude les principaux points de la nouvelle réglementation japonaise de 1931.

La réglementation corporative japonaise de la vente de soies de 1931 enregistre des intérêts doubles au point de vue de l'évolution du droit corporatif. D'abord elle affirme que le mouvement autonomiste du droit corporatif élargit sans cesse son champ d'action partout où les aspirations juridiques des temps nouveaux s'opposent aux institutions légales fondées sur les idées du temps passé : que les parties vraiment vivantes du droit ne peuvent plus se dispenser de l'infusion de l'esprit nouveau du droit corporatif. Ensuite, c'est cette nouvelle rédaction japonaise des règlements corporatifs qui nous donne l'exemple le plus sûr pour nous indiquer le chemin vers lequel le droit corporatif continue inévitablement sa marche de construction systématique ; la codification ou réglementation des usages, les contrats-types et l'arbitrage corporatif.

La vente des soies à l'exportation sur le principal marché japonais,

(5) *Codification des Conventions internationales et des usages pour la vente des soies grèges et ouvrées*, publication de la Fédération Internationale de la soie, Lyon, 1929.

(6) K. Tanaka, *Théorie du droit mondial* (en japonais), 1933, Tokio, t. III, p. 596 et suiv. Du même auteur, *Fonction de la coutume en droit commercial*, *Recueil Gény*, 1934, t. III, p. 247 et suiv. Du même auteur, *Le fonti del Diritto commerciale*, *Estratto da Diritto e pratica commerciale*, Padova, anno XV, 1936, n° 4, p. 10. Lambert, *Un parère de jurisprudence comparative*, 1934, p. 217 et suiv.

celui de Yokohama qui fut longtemps au Japon le seul marché d'exportation des soies, avait été l'objet de deux réglementations corporatives jusqu'à la promulgation des nouveaux textes : celle de 1883 régissant les rapports entre les commissionnaires et les commettants de soies, et celle de 1900 pour la vente de soies entre les exportateurs et les commissionnaires de soies ou les filateurs. Cependant ces deux codifications n'étaient en réalité que des accords qui, ne réglementant que partiellement les rapports contractuels entre les parties, ne constituaient simplement qu'une confirmation sommaire des usages du marché, quoique la première ait été peut-être un peu plus détaillée que la seconde. Quant aux contrats-types, aucune formule-modèle de contrat n'était établie ni par les usages ni par les syndicats, quoique l'échange des écrits ait été pratiqué pour certaines ventes. Les arbitrages corporatifs fonctionnaient, mais sans être l'objet d'une réglementation précise.

Pour ce qui concerne l'arbitrage corporatif syndical, les associations de marchands de soies et de courtiers de soies de Yokohama, à la suite des amendements apportés à leurs statuts respectifs après la Grande Guerre, ont introduit dans ces statuts des dispositions tendant à assurer le fonctionnement régulier de l'arbitrage syndical. En 1925, l'association des marchands de soies de Kobé, second marché de soies, a stipulé dans ses statuts le système de l'arbitrage corporatif et de la conciliation pour résoudre des conflits s'élevant entre ses membres ou ses membres et leurs co-contractants. Les statuts, toutefois, à la différence de ceux des deux associations de Yokohama, ont distingué l'arbitrage de la conciliation en instituant pour celle-ci un système obligatoire d'après lequel le Président de l'Association peut, s'il le juge nécessaire, procéder à la conciliation alors même qu'aucune des parties ne l'a demandé (art. 49 des Statuts). Cette mesure prise à l'égard de la conciliation par l'association de Kobé a marqué un progrès heureux qui nous a donné confiance pour l'avenir du droit corporatif des soies.

En même temps que l'arbitrage corporatif continuait à se développer, l'arbitrage intersyndical n'a pas moins évolué pour maintenir l'ordre juridique dans la communauté du commerce des soies. Il a été institué déjà en 1906 à la suite d'une entente intervenue entre l'association des marchands de soie et l'association des exportateurs étrangers de soie du marché de Yokohama. Mais tous ces règlements d'arbitrage syndical ou intersyndical qui ne prévoyaient que des rouages rudimentaires, restaient purement facultatifs, exception faite pour la conciliation de Kobé, ne précisaient pas suffisamment la procédure et conservaient une portée extrêmement restreinte.

Les prodigieux développements qu'a subis le commerce de soies depuis l'époque de la première rédaction des usages, nécessitait une réglementation des usages et des règles d'arbitrage plus précise répondant mieux à la complexité actuelle du commerce des soies. Les difficultés soulevées à propos de la charge des risques des soies détruites par le tremblement de terre de 1923 ont montré de nouveau que ni le Règlement de 1881, ni le Règlement de 1900 n'étaient susceptibles de résoudre ce problème. Il a fallu à cet effet procéder à la conclusion d'une entente particulière entre les intéressés. Le gouvernement a émis à cette occasion un vœu sollicitant l'établissement d'une nouvelle et rapide réglementation des

usages, basée sur le stade évolué des transactions des soies. Les syndicats intéressés, en publiant de leur côté plusieurs avants-projets des usages, commencèrent alors à se préoccuper davantage de la réalisation de la codification corporative.

Le gouvernement japonais promulga en 1926 une loi instituant le conditionnement obligatoire de la soie grège à exporter ⁽⁷⁾. D'après cette loi, la soie grège ne doit pas désormais être exportée sans que son poids soit conditionné par une Condition gouvernementale des soies, et, d'autre part, toute transaction sur les soies grèges comportant un achat par un exportateur sur le marché sera considérée comme étant faite pour l'exportation. Les syndicats du commerce des soies décidèrent de rédiger un règlement conforme à cette mesure législative, qu'ils approuvèrent en 1929 et mirent en vigueur au mois de juillet de la même année.

Mais le gouvernement publia en 1931 encore une autre loi qui, modifiant la loi de 1926, institua pour toutes les ventes de soies en vue de l'exportation un système d'essais obligatoires, système consistant en une vérification de la qualité des soies par les soins exclusifs de la Condition des soies ⁽⁸⁾. On sait, en effet, que les soies, à cause de leurs qualités particulières, sont toujours l'objet d'une reconnaissance qui consiste en l'examen par l'acheteur, au reçu de la marchandise, des qualités des soies au moyen de procédés techniques spéciaux. La reconnaissance est donc non seulement le moyen de prévenir les réclamations ultérieures sur la conformité de la marchandise, mais et surtout la faculté reconnue à l'acheteur d'accepter ou de refuser la marchandise, après l'avoir reçue, suivant les résultats des vérifications auxquelles il procédera lui-même. L'acheteur exerce ainsi un certain contrôle sur le sort même du contrat. C'est pour cette raison que les usages de tous les marchés, aussi bien que le règlement japonais de 1929, stipulent en détail les procédés de reconnaissance au cours desquels l'acheteur doit se prononcer loyalement sur la conformité de la marchandise.

La loi de 1931 interdisant au vendeur de livrer la soie sans que celle-ci n'ait été essayée préalablement par les autorités publiques, l'acheteur, pour décider s'il clôture ou non le marché n'est autorisé au reçu de la marchandise à en examiner la qualité que par une simple inspection extérieure, c'est-à-dire limitée à l'extérieur de la marchandise emballée et dûment cachetée par la Condition sans pouvoir déballer. En dehors de cela, l'acheteur n'a que la faculté de comparer les résultats des essais officiels mentionnés sur le certificat émis par la Condition au reçu de la marchandise avec les indications reportées dans la carte de vente qui a été remise par le vendeur au moment de la conclusion du contrat.

Ces mesures législatives de nature interventionniste accélérèrent les travaux des syndicats de soies pour réaliser la codification des règlements de vente d'où sont issus enfin en 1931 les nouveaux règlements corporatifs qui, s'adaptant aux exigences de ces lois, répondent mieux aux besoins pratiques des affaires.

La codification des règlements corporatifs de 1931 se compose de trois règlements dont chacun est rédigé sous une forme indépendante,

(7) Loi n° 35 du 29 mars 1926.

(8) Loi n° 26 du 28 mars 1931.

mais qui constituent dans leur ensemble une réglementation unitaire. Ce sont le Règlement pour la vente des soies à exporter, composé de 29 articles et accompagné des contrats-types, le Règlement pour les rapports entre commissionnaires et commettants de soies, composé de 15 articles, et le Règlement pour l'arbitrage corporatif intersyndical composé de 29 articles ; ils sont tous issus d'une convention collective conclue sous la forme de résolution intercorporative entre les cinq principaux syndicats des deux grands et seuls marchés de soies du Japon. Dès lors elle est revêtue du caractère de réglementation uniforme et nationale pour toute vente de soie à exporter.

I. — La réglementation corporative de 1931 a débuté par un préambule énoncé dans les termes suivants : « Les syndicats soussignés viennent d'élaborer, conformément à la décision prise par le Comité d'études des transactions de l'Union centrale de l'industrie de la soie, les Règlements pour les transactions des soies à exporter. Ces règlements ont pour but d'établir de nouveaux usages convenant à la loi sur le conditionnement et les essais de 1927 modifiée en 1931, et de régulariser par application des nouvelles règles les moyens et les conditions des marchés aussi bien que de rendre plus rationnelles les transactions. Les membres des syndicats sont donc tenus d'exécuter leurs marchés conformément aux présents règlements sans aucune contravention. Les syndicats s'engagent de leur côté à veiller à l'exécution de ces règlements et à faire refuser par leurs membres l'entrée en rapport avec les membres qui ne consentent pas à suivre les dispositions du règlement ».

En se référant à cette déclaration du préambule de la Convention, l'article premier du Règlement de la vente confirme le caractère obligatoire de ses dispositions, en stipulant : « toute vente de soies à exporter doit être régie par la présente Convention ». Le Règlement qui vise les transactions du commissionnaire dispose également dans son article premier, que le propriétaire de la soie qui a confié sa marchandise à un commissionnaire en vue de la vente sera considéré comme ayant connu et accepté les dispositions du Règlement de la vente et celles du Règlement des commissionnaires, et, dans son article 13, que le commissionnaire pourra vendre, sans recourir aux procédés établis par les droits législatifs, la marchandise qui lui a été confiée par le propriétaire de la soie, si celui-ci contrevient aux Règlements ou à toute autre clause contractuelle. Enfin, pour rendre plus efficace l'application des Règlements corporatifs, les formules des contrats-types de vente qui sont annexées dans le corps même de la convention contiennent une clause rituelle déclarant que la vente sera régie par la Convention de la vente de soies, signée le 30 décembre 1931, et en vertu de laquelle les contrats individuels tombent sous cette loi corporative. Le caractère obligatoire des Règlements d'usages est donc fortement souligné dans cette nouvelle codification japonaise à ce point qu'aucune contravention ne pourrait être admise sans qu'elle ne se heurte aux sanctions économiques exercées par les syndicats intéressés.

D'ailleurs le caractère obligatoire est énoncé déjà dans les règles corporatives de tous les marchés de soies avec une intensité variée.

La codification des Conventions internationales de 1929 pose dans sa préface le principe du respect des lois autonomes dans les termes suivants : « Le caractère obligatoire de la codification a été souligné et il appartient aux Associations signataires de la faire respecter ».

Elle stipule dans sa partie préliminaire : « Les deux parties sont réputées connaître cette réglementation (Internationale) et l'accepter tacitement au moment de la conclusion d'une affaire, si elles n'ont pas stipulé de clause contraire ». « Les transactions sur les soies sont essentiellement établies sur la bonne foi et la loyauté des parties contractantes. Les groupements signataires déclarent reconnaître le caractère obligatoire des articles de la Codification et s'engagent à en assurer le respect de la part de leurs adhérents. Les Associations précisent que tous les contrats doivent expressément rester dans les conditions définies ci-après. Les stipulations particulières éventuelles ne doivent pas être contraires aux principes de la Codification ni léser les intérêts corporatifs généraux. Elles doivent obligatoirement conserver le caractère de clauses accessoires et d'importance secondaire qui ne contredisent pas les dispositions générales. Tout commettant adhérent à l'une des Associations signataires, qui ne respecterait pas le sens général de cette Codification internationale, engagerait sa responsabilité personnelle et aurait à en subir les conséquences, les Associations se réservant d'appliquer les sanctions nécessaires ».

II. — Le nouveau Règlement japonais prévoit pour la conclusion du contrat de vente la rédaction d'écrits et leur remise aux intéressés (art. 4). Le vendeur doit remettre, en même temps que la vente est conclue, un memorandum à l'acheteur, et, en cas de vente à livrer, les parties doivent, outre le memorandum que le vendeur remet à l'acheteur, échanger entre elles, le jour qui suit celui de la conclusion du contrat, les billets de contrat signés chacun par les deux parties. Cet usage, qui existait déjà au marché de Yokohama sous la forme d'échange des écrits en cas de vente à livrer après la conclusion du contrat dit provisoire, sans avoir toutefois un rôle bien défini, vient d'être ainsi l'objet d'une réglementation précise et régulière.

Le rôle du memorandum et du billet de contrat, ainsi expressément déterminés dans la formation du contrat, devient exactement similaire à celui que remplissent la carte de vente de Lyon, le *biglietto di contratto* de Milan, la *nota del contratto* de Turin, la *Schriftliche Abschlussbestätigung* de Zurich et les memoranda américains. Ces écrits ne sont que les diverses formes d'un même acte, qui ne saurait être rangé ni dans la classe des actes exclusivement probatoires, ni dans celle des actes créateurs ou réalisateurs d'obligations, mais dans la catégorie des actes qui à leurs effets probatoires joignent des effets confirmatifs d'engagements préexistants et dont l'intervention fait faire un nouveau pas au développement des effets obligatoires du contrat.

On voit que, d'après le nouveau règlement, la clôture des débats, appelée conclusion du contrat, ne donne au contrat qu'une stabilité très relative ou provisoire et que c'est par la remise aux contractants du memorandum avec ou sans billets de contrat que le contrat sera définitivement confirmé.

Ainsi la notion d'une vente se réalisant habituellement in uno tractu temporis reste aussi étrangère au droit corporatif japonais de la vente de soies que la vente purement consensuelle. Sur ce point le Règlement japonais sous un aspect différent s'accorde au fond aux principes du droit corporatif international de la vente des soies, énoncés dans la Codification internationale de 1929 dans les termes suivants : « Les contrats de

vente font l'objet généralement d'une confirmation remise par le vendeur à l'acheteur sous forme de carte de vente ou d'une lettre de vente. Cette confirmation n'est pas, dans la pratique, l'objet d'un accusé de réception. La conclusion de l'affaire est définitive par la remise de la confirmation de vente par le vendeur à l'acheteur, au représentant ou au courtier intermédiaire. L'absence de protestation ou le silence en présence d'une confirmation écrite du vendeur de la conclusion du contrat implique l'acceptation du contrat » (article premier).

III. — A travers les dispositions de toutes les réglementations des usages des marchés de soies, la préoccupation dominante pour le cas où l'exécution du marché a été rendue impossible dans les termes initialement convenus est de reculer le plus possible l'entrée en scène des mesures de réparation et des sanctions à allure de représailles, prévues dans le droit législatif, et d'y substituer d'autres instruments mieux adaptés aux besoins du commerce. Ces instruments sont principalement le remplacement de la marchandise et quand celui-ci se dérobe, la bonification ou réduction du prix.

Les règles du remplacement qui étaient en fait pratiquées viennent d'être introduites expressément dans le nouveau Règlement japonais dont les dispositions s'y rapportant sont les suivantes : « Lorsque le vendeur ne livre pas la marchandise ou l'acheteur n'accepte pas la marchandise à l'expiration du délai de délivrance malgré la sommation, son cocontractant peut demander l'annulation du contrat, ou bien s'il est vendeur, il peut revendre la marchandise sans recourir aux procédés prévus dans l'art. 286 du Code de commerce, et, s'il est acheteur, il peut se procurer une autre marchandise en remplacement. Dans les deux cas, il peut demander à son co-contractant la réparation des dommages causés par la différence entre les deux prix » (art. 17). L'art. 286 du Code de commerce prévoit en effet la vente aux enchères par le vendeur en cas de non-acceptation de la marchandise de la part de l'acheteur, laquelle, à cause de ses procédés compliqués, ne convient plus au commerce des soies. Le remplacement est également prévu pour l'altération de la marchandise. D'après l'art. 21, lorsque la Condition des soies refuse de recacheter le paquet de la marchandise après le second essai que l'acheteur lui fera demander par le vendeur, en constatant qu'elle trouve une altération soit dans l'emballage, soit dans la qualité de la soie, c'est-à-dire lorsque la Condition elle-même constate que l'état de la marchandise s'est altérée après son essai régulier, l'acheteur peut demander en cas de marchandise vendue en disponible, la résolution du contrat, et en cas de vente à livrer, le remplacement de la marchandise.

IV. — La vente de soies, à raison de la complexité des opérations d'essai et de reconnaissance que nécessite la réception définitive des marchandises, passe par une série d'étapes qui séparent la formation du contrat de sa stabilisation finale. La question de l'attribution des risques devient l'un des problèmes les plus délicats que soulève le fonctionnement de cette vente. Mais les codifications des usages de soies des marchés européens et américains, en s'inspirant certainement de différentes conceptions, sont arrivées à établir une règle commune à propos de la charge des risques, quoiqu'elle se manifeste assez inégalement, reposant sur l'admission du maintien du risque à la charge du vendeur jusqu'à la tradition des mar-

chandises. La codification internationale de 1929 s'est ralliée finalement à cette conception de la tradition, qu'elle exprime, non pas en se basant directement sur le problème de la charge des risques, mais comme une conclusion du problème du transfert de la propriété. En effet, aux termes de l'art. 35 de la codification internationale, la propriété de la soie est acquise à l'acheteur dès qu'il a convenu du prix et qu'il a reconnu la marchandise, bien que celle-ci n'ait été ni livrée ni payée. Cependant, dire que la marchandise a été reconnue aux termes des usages des soies, cela signifie que la marchandise, outre qu'elle a subi les opérations techniques des essais, a été envoyée à la Condition des soies où elle a été mise à la disposition de l'acheteur, ou bien qu'elle a été remise chez l'acheteur pour la reconnaissance ; et lorsque le vendeur a remis la marchandise à la Condition des soies non seulement pour la reconnaissance, mais à la disposition de l'acheteur, du moment que celui-ci dispose, la marchandise est considérée comme reconnue et définitivement acceptée, même s'il n'a pas usé de son droit de reconnaissance (art. 65). La propriété ne passe donc pas en fait à l'acheteur sans que celui-ci ne prenne la marchandise à sa disposition, c'est-à-dire sans que la marchandise ne soit délivrée à l'acheteur ou à la Condition des soies. Quant à la détermination du moment précis de cette prise de propriété, la Codification internationale dispose : « La prise de propriété est déterminée pour la soie qui passe par la Condition par la sortie de la Condition, ou si la soie est remise pour livraison directe à l'acheteur par la sortie des magasins du vendeur. L'envoi à la Condition ne constitue pas par lui-même une livraison, cet Etablissement étant considéré comme un lieu neutre et de transit. Le fait de mettre une marchandise à la Condition des soies à la libre et entière disposition de l'acheteur constitue le passage de propriété à l'acheteur, à moins que la marchandise n'ait été mise à sa disposition que pour la reconnaissance et les opérations de vérification » (art. 36).

On voit donc que c'est la mise de la marchandise à la libre disposition de l'acheteur qui constitue le point de transfert de la propriété de la marchandise. Les risques suivant le transfert de la propriété, le vendeur supportera la charge des risques jusqu'au moment de la sortie de la Condition ou de la sortie de ses magasins (art. 36). En d'autres termes, l'acheteur prendra cette charge par la tradition de la marchandise, qui peut être la livraison matérielle ou bien la remise du récépissé de dépôt si la marchandise est gardée dans les magasins généraux. Ce principe du transfert des risques par tradition est consacré pour la vente à livrer dans l'article 176 dans les termes suivants : « En cas de perte de la marchandise contractée avant son arrivée au lieu de destination prescrit dans le contrat de vente, par suite d'incendie, inondation, tremblement de terre, naufrage, vol ou autres causes indépendantes de la volonté du vendeur, le contrat de vente se trouve annulé ou réduit à la quantité de soie non perdue ».

Pour les marchés japonais, le projet de règlement des usages de 1927, issu d'un arrangement pour les pertes de soies à la suite du tremblement de terre de 1923, avait établi un système net et simple. Aux termes de ce règlement (art. 2), tous les frais du conditionnement, du transport, ainsi que l'assurance de la marchandise pendant ces deux opérations et tous autres frais et risques sont à la charge du vendeur et la délivrance est

considérée comme achevée au moment où l'acheteur a reçu la soie conditionnée et le certificat du conditionnement et a terminé la comparaison avec l'échantillon. Il résulte de ces textes que le vendeur ne sera libéré de la charge des risques de perte ou détérioration des objets vendus, ni par la conclusion de la vente, ni même par la remise matérielle des soies à l'acheteur : que les risques ne passeront à celui-ci que par l'effet de la reconnaissance accomplie après réception du bulletin de conditionnement et, par conséquent, sur le vu des essais.

Le nouveau Règlement corporatif japonais n'a pas suivi directement cette même voie qu'avait ouvert le projet de 1927. Il a consacré, d'une part, la règle commune que les risques ne seront pas transférés du vendeur à l'acheteur ni par l'effet de la conclusion du contrat, alors même qu'il s'agit de la marchandise déjà individualisée, ni par suite de l'individualisation de la marchandise, et d'autre part, il a pris soin de stipuler la subordination du transfert des risques au transfert de la propriété, s'approchant sur ce point des règles de la Codification internationale de 1929. Aux termes de l'art. 23, lorsque la marchandise aura péri ou sera détériorée avant le transfert de propriété, à la suite de tremblement de terre ou d'incendies causés par celui-ci, ou d'inondations, etc., échappant au contrôle de l'acheteur, les dommages causés à cet effet seront à la charge du vendeur quel que soit le lieu où se trouvait la marchandise. Et d'après l'art. 22, le transfert de la propriété qui est donc dans le nouveau Règlement japonais facteur déterminant du transfert des risques, a lieu, aussi bien à la différence des principes de droit commun que des règles corporatives communes ou internationales, non pas au moment de la tradition, mais au moment du paiement du prix. Ce paiement du prix doit être effectué dans les quatre jours calculés à partir du jour où la marchandise a été effectivement transmise à l'acheteur (art. 6 et 24). Et enfin l'art. 19 stipule que l'acheteur doit assurer contre l'incendie la marchandise qui est en sa garde, au profit du vendeur ou des intéressés de celui-ci, et la garder avec la diligence du bon administrateur jusqu'au paiement du prix. Le nouveau Règlement écarte ainsi l'application des règles établies par le droit commun japonais, qui sont notamment consacrées dans les art. 400 et 534 du Code civil ; d'après ces textes, les risques sont transmis au moment de la conclusion du contrat s'il s'agit de la marchandise déjà individualisée ou au moment de l'individualisation pour la marchandise vendue *in genere*.

V. — La codification de 1931 a réussi à instituer l'arbitrage corporatif intersyndical et permanent pour résoudre les conflits surgissant entre les acheteurs et les vendeurs de soies. En même temps que l'arbitrage intersyndical paraît devoir acquérir sur les marchés japonais de soie une importance de plus en plus grande, l'arbitrage interne ou syndical continue à se développer dans ce même commerce d'autant mieux que la loi du 30 mars 1931 a institué le système du syndicat obligatoire dans toutes les branches de l'industrie de la soie ⁽⁹⁾, c'est-à-dire depuis la sériciculture jusqu'à l'exportation de la soie. Les statuts de ces syndicats obligatoires prévoient tous l'établissement d'une institution arbitrale pour les conflits survenus entre leurs membres.

(9) Loi n° 24 du 30 mars 1931.

Ces syndicats se réunissent en union portant le nom de « Fédération centrale de la soie du Japon ». Celle-ci a élaboré en marge de ses statuts un Règlement de procédure arbitrale et de conciliation pour résoudre tous les litiges, relatifs à l'industrie de la soie, surgissant entre les syndicats, qui sont ses membres, ou entre les membres des syndicats confédérés. C'est donc un arbitrage général de l'industrie des soies qui vient d'être formé. Les textes de ce règlement sont applicables à toutes sortes de conflits quels que soient les objets en contestation et à toutes les branches de cette industrie ayant des syndicats constitués conformément à la loi de 1931, à savoir : le grainage de vers à soie, l'élevage des vers à soie, la filature, la commission et l'exportation des soies.

D'après les dispositions de ce Règlement, il est procédé à l'arbitrage ou à la conciliation à la demande des deux parties, qui remettent un écrit relatant les faits en litige avec les documents de preuves au Président de la Fédération ; celui-ci charge le Conseil d'administration de procéder à l'arbitrage ; le Conseil désigne trois de ses membres qui examinent les faits et entendent les parties (art. 3, 8). La sentence motivée est rendue sous la forme d'une décision du Conseil d'administration et remise aux parties qui doivent s'y soumettre (art. 2, 6) ; mais un appel motivé peut être intenté devant le même Conseil dans les trois semaines qui suivent le jour de la sentence. Il ne peut toutefois être répété plus de trois fois de suite (art. 7). Le règlement ordonne, dans son art. 2, au Conseil de statuer sur les litiges après avoir bien étudié les circonstances particulières de chaque conflit et de tenir compte, en les jugeant, des répercussions que sa décision pourrait causer sur l'industrie de la soie en général. Si les termes de cet article 2 ne sont pas très expressifs, il nous est assez facile de comprendre l'importance que l'on pourra attacher à ces mots mettant en lumière l'un des buts essentiels de l'arbitrage corporatif : jugement de fait et d'équité.

Il est donc particulièrement intéressant de noter qu'à côté de l'arbitrage corporatif créé par le Règlement de 1931 qui se rapproche du système arbitral du marché de New-York par sa nature juridictionnelle et par son organe permanent, se développe un mécanisme arbitral, comme celui de la Fédération centrale, assurant le règlement des conflits par l'appel exclusif à l'intervention pacificatrice du Conseil d'administration, puisant sa force dans la solidarité corporative, s'apparentant ainsi dans une certaine mesure à l'arbitrage corporatif de Lyon. Néanmoins, l'arbitrage de la Fédération centrale japonaise de la soie, qui n'est pas doté d'une procédure détaillée et qui reste largement facultatif et conventionnel ne donnerait pas à l'industrie de la soie dans ses phases les plus actives les garanties de sécurité et d'expédition rapide que l'on pourrait demander à juste titre à cette juridiction professionnelle. L'admission des appels contre la sentence, faisant traîner en longueur la solution des contestations, pourrait enlever des avantages que comporte cette juridiction.

Quoi qu'il en soit, c'est déjà un pas heureux pour les progrès de l'arbitrage corporatif. Si la création d'un arbitrage plus puissant et mieux organisé est désirable, elle serait encore assez difficile à réaliser pour le moment ; car les membres des syndicats de cette union, ne comprenant encore qu'assez inégalement les avantages de l'arbitrage, ne donneraient pas par méfiance leur approbation immédiate à un arbitrage obligatoire

et sans appel et redouteraient que leurs intérêts respectifs ne soient compromis au nom de l'équité. D'autre part, une organisation arbitrale aussi générale que celle prévue dans le règlement de la Fédération doit avoir un mécanisme aussi souple que possible.

Contrairement au procédé suivi par le Règlement d'arbitrage général de la Fédération centrale de l'industrie de la soie, le Règlement corporatif d'arbitrage de 1931 a créé un organe arbitral permanent, composé d'un Conseil, d'arbitres et d'un secrétaire (art. 2).

Le conseil est composé de cinq conseillers. Deux conseillers sont choisis par les vendeurs, c'est-à-dire les commissionnaires-marchands de soies. Deux conseillers sont choisis par les acheteurs qui sont exportateurs de soies. Ces quatre conseillers choisissent le cinquième parmi des personnes ne faisant pas partie du commerce de la soie (art. 3).

Le nombre des arbitres est de dix-neuf. Sept arbitres sont désignés par le Conseil parmi les personnes recommandées par les vendeurs, sept autres parmi les personnes recommandées par les acheteurs ; les cinq derniers sont désignés directement par le Conseil parmi des personnes ne faisant pas partie du commerce des soies (art. 5). La durée des fonctions des conseillers et des arbitres est de deux ans. Lorsqu'un litige surgit et que la requête d'arbitrage a été acceptée par le Conseil, celui-ci procède à la nomination des arbitres pour le litige en question sur la liste des arbitres. Le nombre des arbitres désignés est de trois ou cinq suivant la décision du Conseil (art. 10). L'un de ces trois ou cinq arbitres est choisi et nommé d'office par le Conseil d'administration ; chacune des deux parties, suivant que le nombre des arbitres est de trois ou de cinq, choisit et nomme un ou deux arbitres sur la liste officielle des arbitres dressée préalablement par le Conseil d'administration (art. 10, al. 2). L'arbitrage sera présidé par l'arbitre qui a été choisi par le Conseil d'administration (art. 10, al. 3).

Le nouveau Règlement d'arbitrage prévoit la soumission obligatoire des conflits à cette procédure arbitrale par les parties, celles-ci renonçant à tout recours aux tribunaux de droit commun. Dans son article premier, le Règlement d'Arbitrage annonce : « Tout conflit surgissant au sujet de ventes de soie devra être réglé par l'arbitrage dirigé par l'organe d'arbitrage, prévu dans le présent Règlement ». Il faut noter, d'autre part, qu'en vertu de la clause insérée dans la formule du memorandum ou du billet de contrat dont la rédaction est indispensable pour la conclusion de contrat, les parties s'engagent à se soumettre intégralement aux dispositions du Règlement corporatif de vente, dont l'article 26 prévoit le recours obligatoire à l'arbitrage sous peine de sanction économique en cas de contravention. Certes le recours des parties en litige à l'arbitrage diffère de l'arbitrage obligatoire tout court par ce fait que l'arbitrage des soies reste conventionnel du fait qu'il dépend de la conclusion d'une convention entre les parties. En effet, l'art. 11 du Règlement stipule que celui qui recourt à l'intervention arbitrale dans les conflits doit déposer au Conseil d'administration une requête d'arbitrage, y joindre un écrit constatant la conclusion d'un accord entre les deux parties en litige. Mais, en pratique, devant les forces économiques des corporations, la conclusion de ce compromis elle-même devient en quelque sorte obligatoire pour les parties, à moins qu'elles ne désirent une conciliation.

Les parties qui désirent recourir aux services d'arbitrage doivent dresser un écrit signé par elles qui prouve qu'un accord à cet effet est établi. Cet acte écrit sera déposé au Conseil d'Arbitrage avec la requête d'arbitrage qui, signée par les deux parties, relate les faits en conflit et les points litigieux, ainsi que la demande du jugement arbitral (art. 11). La demande d'arbitrage sera examinée par le Conseil d'administration, mais celui-ci peut refuser d'ouvrir la procédure d'arbitrage sur tout ou partie du litige en question suivant la nature de la contestation. Dans ce cas, le Conseil notifie ce refus aux parties en litige (art. 13).

Lorsque le Conseil a accepté la demande, il décide le nombre des arbitres qui est ensuite notifié aux deux parties avec le nom de l'arbitre désigné par le Conseil lui-même (art. 14). Les parties en litige, dès qu'elles ont reçu la notification du nombre des arbitres et du nom de l'arbitre désigné par le Conseil, procéderont à la désignation de leurs arbitres dont les noms seront ensuite notifiés au Conseil (art. 15).

Toutefois le Conseil peut rejeter la désignation d'un arbitre par une notification adressée à la partie qui l'a élu, lorsque le Conseil juge cet arbitre intéressé dans la question à trancher ou incompetent (art. 16). La partie qui a reçu cette notification procède à la nouvelle désignation d'un autre arbitre parmi les arbitres préalablement nommés et dépose un écrit portant le nom de ce nouvel arbitre et le mandat d'arbitrage adressé à cet arbitre par la partie intéressée (art. 16, al. 2). D'autre part, les parties peuvent également demander la récusation de l'arbitre désigné par le Conseil sans contravention à l'article 792 du Code de Procédure civile, aux termes duquel les parties en arbitrage ne peuvent récuser un ou des arbitres que : 1° dans les mêmes conditions et par les mêmes motifs que ceux prévus pour le cas de la récusation du juge ; 2° dans le cas où l'arbitre qui n'a pas été désigné par le compromis a retardé injustement l'accomplissement de ses devoirs d'arbitre et 3° dans le cas où l'arbitre est frappé d'incapacité, ou est aveugle ou muet, ou se trouve privé de la jouissance des droits publics ou s'en voit suspendu. Lorsque la désignation des arbitres a été définitivement fixée, le Conseil notifie les noms de ces arbitres aux parties et aux arbitres (art. 17).

Chacune des parties doit envoyer au Conseil un écrit en cinq ou sept exemplaires, suivant que le nombre des arbitres est de trois ou de cinq ; cet écrit contient l'exposé de la cause, éclaircit les points litigieux et les faits en contestation. Y sont jointes les copies des documents prouvant les faits en contestation et le mandat d'arbitrage adressé à tous les arbitres (art. 15). Le Conseil transmet ces écrits et copies, ainsi reçus, aux arbitres et à la partie adverse (art. 19). Le conseil fixe le jour des audiences et le notifie aux arbitres et aux parties. Les arbitres pourront passer outre et ouvrir l'audience si une des parties ne se présente pas au jour fixé, à moins que le renvoi de l'affaire à une nouvelle audience ne soit demandé avec justification de motifs raisonnables dans les trois jours à compter du jour qui précède le jour de l'audience (art. 20). Des témoins et des experts peuvent être cités sur la demande des parties (art. 21). Les arbitres peuvent ordonner, quand ils le jugent nécessaire, que des échantillons de la marchandise seront présentés dans la quantité prescrite par eux (art. 22). Ils peuvent entendre l'avis des techniciens et peuvent faire procéder aux

opérations d'essais de qualité par la Condition des soies, opérations auxquelles les parties ou leurs représentants peuvent assister (art. 23).

La sentence arbitrale, qui est le terme naturel de cette procédure, sera rendue à la majorité (art. 25). Elle doit être rédigée dans un écrit portant la date de sa rédaction et signé des arbitres qui y apposent leurs cachets (art. 26). Les copies conformes seront envoyées aux parties (art. 26). La sentence rendue est sans appel et les parties en litige doivent prendre à leur charge toutes les obligations à naître de cette sentence (art. 25). Quant aux frais de l'arbitrage, ils seront à la charge des deux parties, fixés par les arbitres et perçus par le Conseil. Ces frais leur seront taxés même si la demande d'arbitrage a été retirée avant le prononcé de la sentence (art. 28).

Il se peut qu'un accord soit intervenu entre les parties pour résoudre les conflits à l'amiable. Dans ce cas, les parties doivent réclamer le rejet de la demande d'arbitrage avant le jugement arbitral par un écrit motivé et signé par les deux parties (art. 12).

Les matières qui peuvent être l'objet de l'arbitrage sont expressément mentionnées dans le Règlement d'arbitrage ; les arbitres jugeront les litiges concernant les matières suivantes : 1° Résolution de la vente ; 2° Détermination de la conformité ou non-conformité de la marchandise livrée ; 3° Remplacement de la marchandise non-conforme et réduction de son prix ; 4° Reconnaissance de l'inexécution de tout ou partie du contrat de vente ; 5° Détermination du montant des dommages-intérêts ; 6° Détermination des procédés spéciaux pour l'exécution du contrat en vue de résoudre les conflits ; 7° Toute autre matière que les arbitres jugeront nécessaire de traiter (art. 24).

Notons enfin que l'arbitrage de 1931, tout en restant largement corporatif dans sa constitution, n'a pas réussi, à la différence du Règlement d'arbitrage de la Fédération centrale, à se dégager de l'intervention du droit commun pour régler les actes arbitraux. Son article 5 dispose notamment que les arbitres doivent procéder à l'arbitrage conformément aux lois et règlements, au présent règlement d'arbitrage et à la décision intersyndicale du 15 juin 1929. Son article 29 stipule que pour les procédures arbitrales qui ne sont pas réglementées dans le Règlement d'Arbitrage, le livre VIII du Code de Procédure Civile sera appliqué (art. 786-805, Proc. Civ. Jap.).

La Codification internationale des conventions de 1929 établit aussi un arbitrage corporatif pour trancher tous les conflits s'élevant entre les parties adhérentes aux conventions. Elle déclare dans la préface que les Associations de tous les pays ont été d'avis de consacrer le principe du règlement des litiges par l'arbitrage professionnel, qui est le plus pratique et le plus économique.

D'après les articles 113 et 114 de la Codification, l'arbitrage corporatif se divise en deux formes : arbitrage professionnel ou interne et arbitrage international.

Lorsqu'un litige surgit dans une affaire intérieurement traitée, il donne lieu à l'arbitrage interne ou professionnel. Si les parties en litige sont des contractants de la même profession, par exemple, des commerçants de soies grèges, le litige sera réglé par l'arbitrage de l'Association de la place aux usages de laquelle se réfère la vente. C'est ainsi que, s'il

s'agit d'un différend survenu à propos de la vente de soies faite suivant les usages de la place de Milan, l'arbitrage corporatif de l'Association de la soie de Milan résoudra le conflit (art. 113, al. 1).

Il se peut que le différend survienne entre des contractants de professions différentes, par exemple, entre un marchand de soie et un fabricant de soierie. Dans ce cas, le différend doit être réglé par l'arbitrage temporaire de deux membres désignés chacun par les Associations intéressées et pris chacun parmi les membres en exercice des bureaux de ces Associations. En cas de désaccord, les deux membres auront la faculté de choisir eux-mêmes un tiers arbitre (art. 113, al. 2).

Les arbitres une fois désignés rédigent un rapport de règlement qui est notifié par écrit à chacune des parties. La décision arbitrale est rendue en application des dispositions de la Codification internationale et des Usages de la place stipulés au contrat et de la jurisprudence corporative concernant ces mêmes Usages (al. 3). Les parties, en faisant leur demande d'arbitrage, doivent présenter, avec documents à l'appui, un exposé du litige et doivent s'engager par avance à s'en rapporter à la décision des arbitres et sans appel (al. 4). Toutefois, en cas de contestation sur la qualité par rapport à l'échantillon ou au classement stipulé au contrat ou au mérite habituel d'une filature, la qualité sera déterminée par l'organisation arbitrale fonctionnant sur la place qui régit les usages auxquels se réfère la vente des soies (al. 6). Enfin les frais d'arbitrage sont fixés par les arbitres (al. 7).

La Codification internationale souligne que l'arbitrage professionnel, étant une juridiction prompte, discrète et peu coûteuse, a l'avantage d'éviter des procès souvent longs et onéreux, qui ne se résolvent dans la plupart des cas que sur l'avis des Associations. Elle indique que ce sont les Associations elles-mêmes qui invitent leurs adhérents à inscrire la clause d'arbitrage dans leurs contrats (art. 113, al. 5).

Quand il s'agit des contestations soulevées dans une affaire internationale, la Codification stipule (art. 114) que les parties signataires des conventions faisant corps avec la Codification internationale s'engagent par avance à recourir à l'arbitrage international et accepter les décisions des arbitres. Pour cet arbitrage international, rien n'est précisé dans la Codification ni pour ce qui concerne les méthodes arbitrales ni pour l'organisation arbitrale. C'est le compromis à conclure qui les décidera librement. La Codification recommande ainsi aux contractants traitant les affaires internationales de faire de la clause de l'arbitrage international une stipulation écrite dans le contrat (al. 2). Mais la codification stipulant que la décision arbitrale internationale est rendue en application des dispositions de la Codification internationale, des Usages de la place stipulés au contrat et de la jurisprudence concernant ces mêmes usages, le différend sera tranché en application du droit corporatif, c'est-à-dire droit d'équité.

La marche progressive de l'arbitrage commercial combiné avec la réglementation des usages de places et les contrats-types accompagnés de la formule-modèle de contrat, que nous venons d'exposer sommairement, est une des confirmations les plus solides de la floraison du droit corporatif autonomiste qui, comme l'a dit notre maître Lambert, a été provoquée par les nécessités d'adaptation du droit aux conditions de fonctionnement économique des diverses branches du commerce. Et c'est, comme

il l'a souligné, le besoin de sécurité des transactions économiques internationales qui entraîne les corporations commerciales les plus fortement constituées à la poursuite du maximum possible d'uniformité dans leurs codifications d'usages de places ⁽¹⁰⁾. La nouvelle réglementation japonaise des usages et de l'arbitrage, ainsi que la codification internationale de 1929, constituent les preuves les plus sûres, quoiqu'inégales, de ce développement du droit corporatif.

(10) Lambert, *L'enseignement du droit comme science sociale*, p. 69 et suiv.

UN EXEMPLE DE LA PRATIQUE EXTRA-JUDICIAIRE EN ALLEMAGNE : LE CONTRAT DE BAIL UNIFORME

Par Erich Hans KADEN

Professeur ordinaire à la Faculté de Droit de l'Université de Genève

I. — DE L'IMPORTANCE DE LA PRATIQUE EXTRA-JUDICIAIRE

1° Les transformations profondes de la vie économique depuis plus d'un siècle ont entraîné des modifications importantes dans le domaine de la formation des contrats. Au lieu de débattre librement les clauses de leur engagement en les adaptant aux conditions particulières de leur situation, les parties contractantes se servent de plus en plus souvent de contrats-types. Ces contrats contiennent régulièrement des clauses qui modifient ou qui écartent même les règles de la loi qui demeure toujours en vigueur, mais qui n'aura plus qu'une valeur toute théorique.

Il va sans dire que cette pratique extra-judiciaire s'impose à l'attention de tout jurisconsulte qui s'occupe d'un droit national isolé ou de l'étude comparative des droits. Cette vérité est aujourd'hui si évidente, qu'elle paraît triviale. Il n'en était pas de même cependant encore au début de ce siècle. Certes, l'importance de la pratique extra-judiciaire était reconnue depuis l'époque de Ihering : il l'avait signalée en la qualifiant de précurseur du droit dispositif (*Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, III, p. 259 sqq.). Mais il n'en reste pas moins vrai que, pendant longtemps, elle ne fut guère étudiée par la doctrine. C'est le mérite de M. Edouard Lambert d'avoir démontré son rôle capital dans un passage, resté fondamental, de son ouvrage, paru en 1903, sur « La fonction du droit civil comparé » (p. 813 sqq.). C'est lui qui a généralisé la compréhension de l'importance de la « pratique extra-judiciaire » et qui a inauguré l'usage dorénavant suivi d'en tenir compte dans les travaux de droit comparé.

2° Le point de vue, si justement mis en lumière par M. Lambert, mérite l'attention toute particulière du comparatiste qui s'occupe du droit allemand actuel. Je ne veux pas faire ici l'histoire de la pratique extra-judiciaire en Allemagne, qui a été tracée d'une façon remarquable par M. Ludwig Raiser, dans son ouvrage sur les conditions générales dans les

affaires (« Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen », 1935, p. 26 sqq.). Je me borne à constater que cette pratique est devenue de plus en plus importante en Allemagne dès la fin du siècle passé et que l'usage de recourir à des contrats-types s'y est généralisé surtout depuis la fin de la guerre mondiale. L'avènement du Troisième Reich n'a pas arrêté cette évolution. Le gouvernement allemand a même encouragé dans une certaine mesure l'élaboration et l'établissement de ces contrats-types, pour introduire certaines réformes qui ne paraissaient pas encore au point d'être réalisées par une modification de la loi.

On retrouve par conséquent les conventions modelées sur un type uniforme dans la plupart des branches de l'activité commerciale allemande. L'industrie, y compris l'artisanat industriel, le commerce de gros, les banques, les compagnies d'assurance ou de transport, les entreprises de gaz, d'eau ou d'électricité en font largement usage. Le milieu commercial semble particulièrement favorable à leur développement. Leur application dans les matières réservées au droit civil, dans le sens étroit de ce terme, est par contre beaucoup moins fréquente. Ici il faut chercher les exemples. Il en est un cependant qui est de toute importance : c'est le contrat de bail uniforme. Il doit nous occuper dans les pages qui suivent.

II. — DU CODE CIVIL ALLEMAND AU « CONTRAT DE BAIL UNIFORME ALLEMAND »

1° Le bail à loyer a été réglé d'une façon très détaillée par les paragraphes 535 à 580 du Code civil allemand, qui visent pour la plupart le louage d'une maison ou d'une partie de celle-ci. Le législateur allemand s'est efforcé visiblement d'équilibrer judicieusement les obligations réciproques des deux parties contractantes. Il s'est soucié surtout de la situation juridique des locataires, dont il renforçait sensiblement la position pour les protéger équitablement contre tout abus éventuel du côté des bailleurs.

L'effort du législateur de 1896 ne fut cependant pas couronné de succès : la plupart des dispositions du Code sur le contrat de bail ne sont pas impératives. Les bailleurs, groupés surtout dans les grands centres en associations puissantes, profitèrent rapidement de cette situation. Ils établirent des contrats-types tout en leur faveur et rédigèrent des formulaires, très usités dans la suite, qui ne ménageaient guère les intérêts les plus raisonnables des locataires.

Ces contrats-types avaient une double tendance : d'une part ils devaient décharger les bailleurs dans la mesure du possible des obligations que la loi avait prévues à leur égard. Ils supprimaient l'obligation légale de livrer les lieux loués à la date fixée par le contrat et le droit du locataire de dénoncer le bail pour inexécution de cette obligation (§§ 535, 542 C. civ. a.). Ils limitaient et enlevaient même totalement tout recours du locataire en garantie, si l'immeuble (ou l'appartement) loué était défectueux (§§ 536 sqq. C. civ. a.). Ils obligeaient même le preneur de déclarer encore avant son entrée dans les locaux loués, de les avoir trouvés conformes au contrat. D'autre part ils tendaient à élargir les droits des

bailleurs. Ils leur permettaient de résoudre le contrat, parfois sans avis préalable, si le locataire ne remplissait pas d'une façon rigoureusement exacte ses engagements — financiers ou autres — découlant directement du contrat ou prévus par le règlement de la maison, même si le manquement du locataire à ses devoirs était absolument insignifiant. Ils imposaient aux locataires l'obligation de réparer tous les dommages subis par l'immeuble loué, même ceux qui étaient causés par la force majeure. Ils accordaient aux bailleurs le droit de conserver sans indemnité les plantations et constructions faites par le preneur. Ils enlevaient aux locataires le droit de dénoncer le contrat pour cause de décès (§ 569 C. civ. a.), de déplacement (§ 570 C. civ. a.), ou pour refus injustifié de consentir à la sous-location (§ 549 C. civ. a.). Ils supprimaient encore les possibilités des preneurs de compenser, de réduire ou de retenir le loyer dans les conditions fixées par la loi (§§ 537, 538, 543, 554 C. civ. a.). Ils imposaient enfin aux locataires le paiement d'une peine pour le cas d'une violation, si minime fût-elle, du règlement de la maison.

Il résulte de tout cela, que la condition juridique des locataires était infiniment moins favorable dans la pratique que le Code ne le laissait supposer. Ils étaient dans bien des cas à la merci des bailleurs et ceci souvent en vertu de clauses non seulement injustifiées, mais nettement antisociales. Les deux parties du contrat étaient ainsi amenées à se considérer comme antagonistes, pour ne pas dire comme ennemis implacables. Bien que l'un eût besoin de l'autre, l'idée que leurs intérêts étaient liés ne se laissait même pas entrevoir. On se souciait tout aussi peu de l'intérêt général menacé par l'emploi — socialement parlant — abusif de la liberté contractuelle telle qu'elle fut pratiquée dans le domaine des baux à loyer.

Cet état de choses produisit enfin une dernière conséquence fâcheuse : les contrats-types qui remplaçaient pratiquement le régime du bail prévu par la loi, étaient loin de présenter une unité. Elaborés par les différentes associations des bailleurs, indépendantes l'une de l'autre et sans rapport entre elles, ils variaient de ville en ville et détruisirent par cela même l'unité du droit, à peine réalisée par le Code de 1896.

2° Une première réforme du régime que nous venons d'esquisser fut réalisée par certaines mesures législatives prises à partir du 7 octobre 1915. Les changements économiques et sociaux intervenus à la suite de la guerre provoquèrent une longue série de lois et d'ordonnances sur les baux à loyer. Il fallait combattre la pénurie des logements provoquée par l'insuffisance des constructions nouvelles, limiter la hausse injustifiée des prix des baux à loyer et protéger les locataires en annulant les clauses jugées antisociales de leurs contrats. C'est dans ce sens que furent réglés la conclusion et la résiliation des baux, l'entretien des locaux loués et le droit de compensation des locataires. Les lois allemandes du 24 mars 1922 sur la fixation du loyer, du 1^{er} juin 1923 sur la protection des locataires et du 26 juillet 1923 sur la pénurie des locaux affectés à l'habitation, marquent l'apogée de cette évolution.

Cette législation avait cependant un caractère exceptionnel. Vu les causes de son origine, elle était forcément temporaire et provisoire. Dès le retour d'une situation économique plus normale et plus stable, son

application fut en effet restreinte. On revenait de plus en plus au droit antérieur. Mais ce n'était pas sans inconvénients. On constata que les anciens formulaires d'avant guerre réapparaissaient (cp. Ebel, *Reichsarbeitsblatt*, 1934, II, p. 143 sqq.). C'était non seulement dangereux pour la paix sociale et pour l'unité du droit, c'était intolérable dans un Etat qui, comme l'Allemagne d'aujourd'hui, combat l'égoïsme juridique et qui tend à réaliser l'union de toutes les classes de la population.

Il fallait intervenir. Mais par quels moyens ? Fallait-il promulguer de nouvelles lois restreignant par des dispositions impératives la liberté contractuelle ou garantissant tout au moins un minimum de droits aux locataires ? Fallait-il recourir aux juges en leur accordant le pouvoir de régler équitablement les rapports des parties ? On l'a pensé (cp. Stoll, *Deutsche Juristenzeitung*, 1933, p. 1234 sq.). Il y avait cependant encore une troisième méthode : l'établissement d'un nouveau formulaire unique qui, élaboré par les intéressés en commun, remplacera dans l'avenir les anciens formulaires divergents et défectueux. Cette méthode avait déjà fait ses preuves et conduit dans la pratique à des résultats heureux (cp. Raiser, *op. cit.*, p. 47). Plus simple que la méthode législative et plus directe que l'intervention judiciaire, elle permet de réduire, si les parties y recourent, les intérêts opposés et elle empêche les abus de la puissance économique d'une seule de ces parties. C'est ainsi que furent établies, parfois avec le concours du gouvernement, les « conditions générales » des assureurs maritimes (en 1919), des entrepreneurs du bâtiment (en 1926) et des entrepreneurs de transport (en 1927).

C'est à cette méthode qu'on eut recours. Le gouvernement allemand s'adressa, au début de 1934, aux organisations suprêmes des propriétaires fonciers d'une part et des locataires d'autre part. Elles rédigèrent, avec le concours des autorités publiques, un nouveau contrat-type pour les baux à loyer : « le contrat de bail uniforme allemand » (« *Deutscher Einheitsmietvertrag* »). Il fut publié par une ordonnance du ministère allemand de la justice du 7 mars 1934. En même temps fut publiée une liste des clauses antisociales et inadmissibles (cp. la revue « *Deutsche Justiz* », 1934, p. 304).

3° Le « contrat de bail uniforme allemand » constitue dorénavant la charte générale pour tous les rapports de bail individuels. Cela n'implique pas qu'il se substitue, comme on l'a prétendu (cp. Spiro, *Bull. soc. lég. comp.*, 1933-34, p. 341), aux paragraphes 535 et suivants du Code civil allemand. Ceux-ci sont au contraire maintenus et il est reconnu qu'il faudra y recourir toutes les fois que le « contrat de bail uniforme » reste muet. Il ne pouvait guère en être autrement au point de vue de la théorie des sources du droit. Le « contrat uniforme » dont nous parlons n'a pas la force d'une loi ni d'une coutume, pouvant entraîner une modification du droit en vigueur. Il n'est pas un acte législatif, puisqu'il n'a pas de caractère impératif et puisqu'il n'émane pas des organes de l'Etat compétents pour légiférer. Il n'est pas non plus comparable à un règlement coutumier, parce qu'il tend à introduire des conceptions juridiques nouvelles. Issu des délibérations communes des organisations privées directement intéressées, il n'est que la manifestation concrète de leur volonté

de voir s'appliquer à l'avenir les conditions fixées à tout contrat de bail. Le « contrat uniforme » est donc un « produit conventionnel » (cp. Raiser, op. cit., p. 59 sqq.), un acte juridique, inapte comme tel à modifier la loi.

Ce qui fait du « contrat de bail uniforme allemand » la charte générale de tous les baux individuels, c'est qu'il est conforme à l'esprit nouveau qui domine le droit civil allemand actuel. L'ancien droit, le droit allemand avant 1933, permettait sans doute de réaliser des désirs égoïstes, même si leur réalisation portait préjudice aux intérêts généraux de l'Etat ou de la collectivité qui était à sa base. Aujourd'hui il n'en est plus de même. Certes, la liberté contractuelle continue à être un des principes essentiels du droit civil allemand, et c'est vrai notamment pour le domaine qui nous occupe (cp. Ebel, loc. cit., p. 145). Mais cette liberté n'est plus au service de tendances égoïstes. Tout comme les législations modernes en général (cp. Capitant, Livre du Cinquantenaire de la Société de législation comparée, p. 59), le droit allemand a réagi contre l'individualisme des anciens codes. Il n'accorde plus la liberté contractuelle que pour servir l'intérêt général du pays entier (cp. Stoll, Vertrag und Unrecht, p. 7), conformément au principe juridique suprême : « Gemeinnutz geht vor Eigennutz ». Or, l'intérêt général exige impérieusement la réglementation sociale du contrat de bail. C'est à cette tâche que se sont voués les syndicats des propriétaires et des locataires, et c'est dans ce but qu'a été établi le « contrat uniforme » qui nous occupe. Il sera donc impossible dorénavant — pour des raisons de droit et non seulement pour des raisons de fait comme on l'a prétendu (cp. Spiro, loc. cit.) — de convenir un régime de bail qui en différerait dans son esprit. Il sera notamment exclu de réintroduire les formulaires souvent antisociaux d'antan ou de recourir aux clauses désapprouvées au moment de la publication du « contrat uniforme ». Toute stipulation de ce genre serait contraire à l'ordre public et nulle conformément au paragraphe 138 du Code civil allemand (cp. Dölle, Der deutsche Einheitsmietvertrag, p. 6).

4° La doctrine allemande classe le « contrat de bail uniforme » dans la catégorie des contrats dits de série (« Massenvertrag »), notion qui se rapproche de celle des « contrats d'adhésion » de la doctrine française. Ce classement est parfaitement exact au point de vue purement formel, car on entend par « contrat de série » tout règlement qui vise un nombre indéterminé de contrats individuels futurs et qui établit, sur la base de la situation typique rencontrée dans la pratique, des règles abstraites et générales.

Il convient cependant de marquer la différence qui, au point de vue sociologique, sépare, à mon avis, le « contrat de bail uniforme » de la presque totalité des autres « contrats de série » ou « d'adhésion ». Ceux-ci se caractérisent, si on les examine d'une façon approfondie, par le fait qu'ils tendent d'une part à assurer la prépondérance économique d'une des deux parties en cause et qu'ils visent d'autre part l'exploitation d'un établissement industriel ou commercial. Or, dans le cas qui nous occupe, ces deux éléments font absolument défaut. Le « contrat de bail uniforme » ne réalise dans aucune façon la prédominance d'une des parties. Issu des efforts communs des bailleurs et des locataires, son équité pour les uns et

pour les autres est garantie par le concours du ministère de la justice au moment de son élaboration. Il ne concerne pas non plus une affaire industrielle ou commerciale. Il ne réglemente aucun « service ». Tout élément professionnel est absent. On ne peut pas comparer les propriétaires bailleurs aux commerçants ou aux industriels qui ont arrêté d'avance, dans l'intérêt de leurs établissements, les conditions générales des contrats qu'ils font « à jet continu » avec tous ceux qui déclarent vouloir traiter.

Le « contrat de bail uniforme » se rapproche ainsi des contrats ordinaires qui résultent de la collaboration mutuelle et de la libre discussion des parties placées dans des situations égales. Il est donc un « contrat de série » d'une nature très particulière qui ne supporte pas qu'on lui applique purement et simplement les règles établies pour les contrats de série en général. Leur application exigera toujours un examen préalable et une justification appropriée.

5° La nature juridique du « contrat de bail uniforme » que nous venons d'établir a une importance particulière pour l'interprétation des contrats de bail individuels conclus conformément à ses dispositions. La manière de faire cette interprétation se discute. Certains auteurs négligent, paraît-il, tous les éléments individuels (p. ex. Stoll, *op. cit.*, p. 84). D'autres soutiennent, au moins dans une certaine mesure, une opinion opposée (cp. p. ex. Dölle, *op. cit.*, p. 7). Ce n'est que sur un point qu'on s'accorde : sur le principe de l'application des règles visant l'interprétation des « contrats de série » (« contrats d'adhésion »). Cette dernière opinion suppose nécessairement l'appartenance du « contrat de bail uniforme » à la catégorie des « contrats de série ». Cependant cette appartenance n'est que purement formelle ; elle ne correspond pas, nous l'avons vu, aux données sociologiques. Il n'est donc guère possible, me paraît-il, d'appliquer ici sans autre les règles mentionnées, et par conséquent le problème de l'interprétation des contrats de bail individuels reste entier.

Pour résoudre la question, il faut, me semble-t-il, partir du fait indiscutable à mon avis, que le contrat qui a épousé les dispositions de la charte générale du bail à loyer ne cesse pas pour cela d'être un contrat véritable (cp. Raiser, *op. cit.*, p. 251). Il s'en suit logiquement qu'il faut l'interpréter en principe comme tout autre contrat du droit civil. Il sera donc soumis, en principe tout au moins, aux règles générales sur l'interprétation des actes juridiques. C'est d'autant plus vrai, me paraît-il, que la charte elle-même est, d'après la théorie des sources du droit, un « produit conventionnel ».

Il faut se demander cependant si ce principe conduit à des résultats adéquats au fait, que le « contrat de bail uniforme » constitue pratiquement la « loi » (au sens sociologique) pour l'ensemble des contrats de bail qui se concluent. L'étude de cette question nous amène à distinguer, conformément à la doctrine allemande (cp. surtout Raiser, *op. cit.*, p. 252), deux séries de clauses qui se retrouvent dans les baux à loyer individuels : l'une reproduisant fidèlement les dispositions de la charte, l'autre intervenant, soit pour fixer le sens et la portée exacts des dispositions réglementaires, soit pour modifier ou pour compléter le règlement. Il n'y a pas de doute que les clauses de cette deuxième catégorie, étant de nature indivi-

duelle et variables d'après les circonstances, doivent être interprétées d'après le principe dont nous sommes partis. Quant aux clauses de la première catégorie, la solution ne peut être la même. Il faut se rappeler en effet qu'elles ne visent pas exclusivement le rapport juridique qu'elles doivent régir « in concreto ». Il s'agit bien de dispositions qui s'appliquent à un nombre indéfini de rapports analogues. Tous ces rapports doivent être régis par les mêmes principes ; leur portée juridique doit être invariable, identique dans tous les cas. Cela implique que leur interprétation doit être aussi objective que possible. Les circonstances particulières dans lesquelles le contrat individuel s'est formé n'entreront donc pas en ligne de compte. Dans le doute, le contrat ne s'interprétera pas non plus contre celui qui a stipulé. On ne recherchera même pas la commune intention des parties et moins encore ce que l'une d'elles a pu croire ou vouloir. Ce qui sera décisif, c'est uniquement le « sens typique » de la disposition en cause (cp. Stoll, *op. cit.*, p. 84). Il faut rechercher par conséquent le sens qui lui serait attribué par un homme désintéressé, raisonnable et conscient, bien entendu, des buts sociaux de la charte du bail. Cette manière de voir me semble d'autant plus juste que les parties contractantes n'ont pas fait une œuvre personnelle en adoptant les dispositions de la charte. Elles les ont adoptées « in globo », sans les discuter, pleines de confiance dans leur objectivité, et ce serait tromper cette confiance, si l'on voulait procéder autrement que nous le disons.

III. — L'ESPRIT DU « CONTRAT DE BAIL UNIFORME ALLEMAND » ET SES RÉALISATIONS PRATIQUES

1° Le principe directeur du « contrat de bail uniforme » résulte très clairement du paragraphe 7, alinéa premier de la charte, qui est libellé comme suit : « Le bailleur et le locataire promettent de vivre ensemble et avec les autres locataires dans l'esprit d'une communauté pleine de confiance et de prendre mutuellement tous les égards pour réaliser cette fin ».

Cette disposition est la plus essentielle de toutes celles qui règlent le « contrat de bail uniforme ». Elle marque de la façon la plus nette la rupture avec le passé. Elle caractérise en termes heureux la mentalité qui devra régner à l'avenir entre les parties du contrat et l'esprit qui devra prévaloir quant à son exécution. Dorénavant les bailleurs et les locataires n'ont plus à se considérer comme des antagonistes, dont les intérêts sont opposés. Ils s'efforceront de se comprendre mutuellement, de s'entendre loyalement et de vivre en bonne harmonie. Ils n'ont plus à craindre que l'un n'exploite sans pitié la situation peut-être plus faible de son partenaire. Reconnaisant leurs besoins réciproques et conscients de la solidarité de leurs intérêts, ils formeront une véritable communauté, dont chaque membre a pleinement confiance dans l'autre. Cette idée est très justement mise en évidence dans une proclamation de l'Union centrale des propriétaires fonciers, où il fut dit : « Le contrat de bail uniforme allemand part du principe qu'une véritable compréhension mutuelle, basée sur la foi à

la chose commune, doit régner entre locataires et bailleurs. Le contrat de bail renonce sciemment à défendre les intérêts d'une seule partie. Dorénavant il n'y aura plus méfiance, ni préjugé, ni opposition d'intérêts, il n'y aura plus qu'une communauté d'intérêts, basée sur la solidarité nationale » (cp. Ebel, *loc. cit.*, p. 146).

La conception fondamentale du bail à loyer qui découle de ces explications est d'ailleurs conforme à l'esprit du droit allemand national-socialiste dans le domaine contractuel. Fidèle au principe de réaliser l'union de toutes les forces du peuple, il tend à supprimer, ici comme ailleurs, tout contrat qui ne servirait que les intérêts d'une classe. Il se dirige par conséquent contre l'égoïsme juridique qui, dans le droit allemand antérieur, fit du contrat le résultat d'une lutte entre parties de force trop souvent inégale. Il arrache les parties contractantes de leur isolement et les engage à se considérer comme des associés qui ont un même but et qui doivent l'atteindre en collaborant (cp. Lange, *Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht*, p. 14 sqq.; Dölle, *op. cit.*, p. 5 sq. et ses renvois; Stoll, *op. cit.*, p. 5 sqq.). Il en résulte que l'obligation, et notamment le contrat de bail, ne peut plus être un rapport qui autorise chacun à poursuivre ses intérêts individuels sans prendre égard aux intérêts justifiés de la partie contractante. Elle sera au contraire un « rapport communautaire » — « eine Gemeinschaftsbeziehung » — qui produira un effet heureux pour les deux partenaires et un résultat conforme aux intérêts généraux du pays.

Il ne peut être douteux, sur la base des principes mentionnés, que l'alinéa premier du paragraphe 7 n'a pas seulement une valeur purement morale, comme on l'a prétendu (cp. Vollmer, *Juristische Wochenschrift*, 1934, p. 1387). La valeur juridique de notre règle se manifeste clairement dès qu'il s'agit de préciser soit le contenu, soit l'exécution des droits et des devoirs des parties contractantes, dont le règlement ne découle ni du contrat, ni d'une norme dispositive de la loi, par exemple : la dénonciation du bail, trop tardive pour le terme prochain, aura-t-elle effet pour le terme suivant ? Le locataire peut-il faire certaines installations, même si une clause générale du contrat le lui interdit ? Doit-il tolérer que l'on visite son appartement dans d'autres circonstances que celles prévues par la charte ? Dans tous ces cas, et dans d'autres cas analogues, on recourra au paragraphe 7 : La partie en cause aura à se comporter comme membre d'une communauté régie par la confiance et la considération mutuelles. Elle pourra réclamer ce que ce membre est en droit d'exiger et elle sera obligée de faire ce qu'on peut attendre d'elle dans cette qualité.

La disposition du paragraphe 7 est ainsi comparable aux paragraphes 157 et 242 du Code civil allemand. Elle a la même fonction. Comme eux, elle établit une règle de conduite et elle fournit la « mesure juridique » (cp. Dölle, *op. cit.*, p. 31) pour déterminer exactement la portée des obligations assumées par les parties du contrat. Elle comporte aussi les mêmes limites. Les paragraphes 157 et 242 ne donnent comme tels aucun droit d'action. Il en est de même du paragraphe 7. Toutes ces dispositions sont en effet des clauses générales qui permettent seulement de constater, le cas échéant, la violation d'un rapport obligatoire, mais qui n'indiquent

pas les conséquences juridiques qui résultent de cette violation. La sanction qui s'y rattache est prévue au contraire par d'autres dispositions que le demandeur éventuel devra invoquer pour obtenir satisfaction. Une action qui se baserait exclusivement sur les paragraphes mentionnés manquerait donc nécessairement de la précision voulue. Il est inexact, par conséquent, de déduire directement du paragraphe 7 une action en dommages-intérêts ou le droit de dénoncer le contrat extraordinairement. Ces sanctions n'y sont pas contenues, comme on l'a prétendu (cp. Spiro, *loc. cit.*, p. 349) ; elles ne peuvent résulter que d'autres dispositions de la charte ou de la loi.

L'esprit qui découle de l'exégèse du premier alinéa du paragraphe 7 a provoqué bien naturellement la condamnation de la pratique extra-judiciaire étudiée au début de ce travail. Il a conduit au delà à des dérogations nombreuses du droit dispositif du Code civil allemand. Il embrasse bien entendu toute la réglementation du contrat de bail et pénètre jusqu'aux plus petits détails. Il se manifeste notamment, si l'on parcourt successivement les dispositions de la charte sur les locaux loués, sur le paiement du loyer et sur la durée du contrat.

2° L'esprit du paragraphe 7 s'exprime en premier lieu par l'obligation imposée aux locataires d'user de la chose louée avec précaution et soin (§ 7, alinéa 2). C'est la conséquence la plus directe du principe que les parties contractantes doivent respecter mutuellement leurs intérêts. Cette règle, consacrée déjà par l'ancien usage des formulaires, mais nouvelle par rapport au Code civil allemand qui ne la mentionne pas, correspond « grosso modo » à l'article 1728-1° du Code civil français. On peut lui rattacher l'obligation des preneurs de signaler au bailleur les dommages éventuels dans les lieux loués, dès qu'ils les aperçoivent (§ 9, alinéa 1^{er}).

Les obligations dont nous venons de parler n'impliquent pas d'ailleurs que l'entretien des lieux loués soit à la charge des preneurs. Le « contrat de bail uniforme » est en effet muet sur ce point. On a estimé avec raison qu'une répartition schématique des réparations nécessaires à l'instar des articles minutieux 1720-2° et 1754 du Code civil français, ne conduirait pas toujours à un résultat équitable, les besoins locaux et les désirs individuels des parties étant trop différents (cp. Dölle, *op. cit.*, p. 44). L'entretien des locaux loués est ainsi, sauf convention contraire toujours licite, à la charge du bailleur, qu'il s'agisse de réparations « locatives » ou autres (cp. le § 536 du Code civil allemand). Remarquons du reste que les anciennes clauses des formulaires d'avant-guerre, qui enlevaient au locataire tout recours en garantie, si l'immeuble loué devenait défectueux au cours du bail, ne peuvent être réintroduites : elles seraient contraires à l'esprit de la charte.

Le « contrat de bail uniforme » règle par contre d'une façon détaillée le droit du bailleur de procéder aux réparations ou aux changements dans la construction des locaux loués (§ 8). Il distingue les travaux nécessaires pour conserver ou pour préserver l'immeuble et ceux qui n'ont pas ce but. Les travaux nécessaires peuvent être entrepris sans autre condition par le bailleur, tandis que les travaux non indispensables supposent le

consentement du locataire en cause, sauf s'il s'agit de travaux utiles et sans gravité pour le preneur. Le locataire doit souffrir ces travaux pour autant qu'on peut se passer de son consentement (cp. la règle analogue de l'article 1724 du Code civil français), sans qu'il puisse réduire ou retenir le loyer ou demander des dommages-intérêts ; il n'en est autrement que dans le cas où les travaux (utiles ou nécessaires) seraient de telle nature qu'ils diminueraient considérablement ou qu'ils excluraient entièrement ou en partie l'emploi convenu des locaux loués.

Ce règlement diffère essentiellement de la situation antérieure. Elle était régie ou par des conventions, ou simplement par la loi. Les conventions favorisaient les bailleurs en leur permettant le plus souvent de procéder à n'importe quels travaux et en privant en même temps les preneurs de tout moyen de défense. La loi, par contre, réservait aux locataires toutes sortes d'indemnités, même s'ils devaient reconnaître l'urgence des travaux et s'ils n'en étaient que peu incommodés. Les deux solutions étaient injustes et ne tenaient pas compte de la réciprocité des intérêts en cause. Les dispositions de la charte qui évitent ces erreurs constituent par conséquent un progrès réel et l'on saisit sans difficulté son rapport avec l'esprit nouveau qui domine notre matière.

Le « contrat de bail uniforme » règle enfin d'une façon claire et précise une dernière question qui se rattache à l'entretien des lieux loués : la question de la responsabilité du fait personnel du locataire et des personnes de sa maison (§ 9, al. 2 et 3). Les anciens formulaires imposaient régulièrement aux preneurs la pleine responsabilité de tous les dommages subis par les lieux loués, sans s'occuper par qui ils étaient causés et sans distinguer s'ils étaient la conséquence d'une faute ou plutôt d'un cas fortuit ou de force majeure. Ce règlement faisait encore prévaloir les intérêts des bailleurs et ne ménageait point ceux des locataires. Il était donc contraire à l'esprit même de la charte du bail. Les dispositions de celle-ci sont plus équitables. Analogues aux articles 1732 et 1735 C. c. fr., elles chargent le locataire seulement des dommages qui sont causés par sa faute personnelle ou par la faute des personnes de sa maison auxquelles appartiennent notamment les membres de sa famille, ses domestiques, ses sous-locataires, les artisans dans son service et ses fournisseurs. S'il y a dommage, on présume la faute : c'est au locataire de prouver qu'il ne peut être question d'une attitude coupable.

3° Une autre règle en rapport direct avec le grand principe du premier alinéa du paragraphe 7 concerne l'obligation des locataires d'user de la chose louée suivant la destination convenue par le contrat (§ 7, alinéa 3). Cette règle, qui est conforme au paragraphe 550 du Code civil allemand et à l'article 1728-1° du Code civil français, ne demande pas des explications particulières. La seule question qui se pose ici est de savoir si son exécution s'oppose à la sous-location ou si ce n'est pas le cas. Ce problème fait l'objet des règles détaillées du § 7, alinéas 4 et 5.

Ces dispositions partent du principe que la sous-location dépend du consentement du bailleur. On maintient ainsi la règle (opposée à l'article 1717 du Code civil français) qui fut jadis établie par le paragraphe 549 du Code civil allemand et qui fut reproduite très fidèlement par les anciens

formulaire. L'esprit qui la justifie est cependant bien différent de celui du droit antérieur. Elle est en effet conforme au principe directeur du contrat de bail. S'il est entendu que celui-ci enchaîne les bailleurs et les locataires dans une sorte de communauté, il ne peut pas être permis aux preneurs d'installer à l'insu ou contre le gré du bailleur des personnes étrangères à sa maison.

L'esprit de la charte se manifeste de même dans l'ordonnance des détails qui concernent le problème de la sous-location. Il n'est plus nécessaire, comme dans le temps, que le locataire demande le consentement du bailleur pour toute nouvelle sous-location. D'après la charte, le consentement est général et le bailleur qui l'a déclaré n'a plus qu'un droit de veto, lorsqu'il y a de graves motifs dans la personne même du sous-locataire (présent ou éventuel). Anciennement encore le bailleur pouvait dénoncer le bail sans délai (cp. le paragraphe 553 du Code civil allemand), si le locataire avait sous-loué sans autorisation. La charte, au contraire, dispose autrement : Le bailleur peut demander seulement que le preneur dénonce le contrat de sous-location aussitôt que possible, au plus tard dans l'espace d'un mois. Le droit de dénoncer le bail principal n'est accordé au bailleur que pour le cas où le locataire ne résout pas la sous-location dans le délai prévu. La situation des preneurs est ainsi fortement améliorée. La généralité du consentement correspond du reste à l'esprit de confiance qui doit unir les bailleurs et les locataires, et l'ordonnance des droits du bailleur dans le cas de la sous-location non autorisée est conforme à l'esprit de modération et de conciliation qui doit présider à ses rapports avec l'autre partie contractante. Cet esprit exige en effet qu'il soit donné au preneur la possibilité d'éviter les conséquences les plus fâcheuses qui se rattachent à son acte.

4° Le même esprit se manifeste ensuite dans la série des dispositions du « contrat de bail uniforme » qui règlent le paiement du loyer. Les anciens formulaires étaient sous ce rapport d'une rigueur particulière, voire même choquante. Ils interdisaient notamment aux preneurs — contrairement au droit dispositif des paragraphes 387 sqq. du Code civil allemand — d'opposer leurs créances contre le bailleur en compensation du loyer dû. Cette prohibition était rendue plus grave encore par le fait qu'elle n'exceptait même pas des créances connexes. Le preneur était ainsi dans l'impossibilité de compenser avec des créances en dommages-intérêts qu'il avait acquises en vertu du paragraphe 538 du Code civil allemand par le fait que le bailleur avait manqué à ses obligations. Les formulaires d'antan prévoyaient en outre — en modifiant encore sur ce point le droit du paragraphe 554 du Code — que le retard, même partiel, apporté au paiement du loyer autorisait le bailleur à dénoncer le bail sans délai. Des règles analogues enfin excluaient la rétention et la réduction du loyer pour les cas où le Code les concédait aux preneurs.

Le « contrat de bail uniforme » ne contient pas, bien entendu, des règles pareilles. Il protège les locataires contre les exagérations des dispositions de l'ancienne pratique extra-judiciaire. Mais il ne rétablit pas non plus tout simplement la situation telle qu'elle fut réglée par le Code civil allemand. Il oblige les preneurs de reconnaître dans une mesure plus

grande les intérêts justifiés des bailleurs. Il s'agit en effet de préserver ceux-ci des surprises résultant du fait que le locataire invoque au moment du terme un droit qui lui permet de compenser, de réduire ou de retenir le loyer. Si on ne protège pas le bailleur dans ce sens, on lui rend parfois impossible l'exécution de ses propres obligations envers des tiers, envers ses créanciers hypothécaires par exemple ou envers l'Etat en tant que créancier des impôts réels ou personnels. Le locataire qui voudrait méconnaître cette situation manquerait au respect qu'il doit au bailleur d'après le paragraphe 7 de la charte.

S'inspirant de ces considérations le « contrat de bail uniforme » stipule en premier lieu que le loyer doit se payer d'avance pour les périodes fixées par la convention (§ 4, alinéa 1^{er}). Ce paiement doit se faire à temps, c'est-à-dire qu'il faut que le bailleur puisse disposer du loyer au moment même de son échéance (§ 4, alinéa 3). Ce qui compte, c'est donc l'arrivée de l'argent ; son expédition importe peu, contrairement au paragraphe 270 du Code civil allemand (cp. Dölle, *op. cit.*, p. 19 sq. ; en sens contraire, mais erroné : Spiro, *loc. cit.*, p. 348). La charte autorise ensuite le locataire à compenser, à réduire le loyer et à le retenir dans les conditions prévues par le Code civil ou par le contrat, s'il a avisé le bailleur, au moins un mois avant l'échéance, qu'il a l'intention de faire valoir ces droits (§ 6, alinéa 1^{er}). Le retard enfin apporté au paiement du loyer n'entraîne plus des conséquences aussi fâcheuses qu'auparavant. Le droit du bailleur de résilier sans délai le contrat dépend dorénavant de deux conditions : il faut que le loyer en souffrance dépasse la moitié de la somme échue et qu'il n'ait pas été payé, malgré une sommation du bailleur, dans les dix jours qui suivent l'échéance. La dénonciation est encore exclue si le locataire paie avant qu'elle ne fût déclarée et elle sera annulée si le locataire avait le droit de compenser, de réduire ou de retenir le loyer et s'il réclame ce droit par écrit, aussitôt après avoir reçu le congé (§ 6, alinéa 2).

5° L'esprit du premier alinéa du paragraphe 7 se manifeste encore dans les dispositions du « contrat de bail uniforme » qui régissent sa dissolution. Parmi les problèmes qu'elle pose, deux méritent notre attention particulière : l'un concerne le sort des constructions, des plantations et des installations que le preneur a apportées à la chose louée ou dont il l'a garnie, l'autre vise le dommage que le bailleur a subi par le fait qu'il se voyait contraint, par l'attitude de son locataire, de dénoncer extraordinairement et sans délai le contrat de bail.

Ces deux problèmes avaient conduit dans la pratique extra-judiciaire d'avant-guerre à des règles très simples, mais tout aussi iniques. Les anciens formulaires stipulaient en effet que toutes les installations des preneurs seraient acquises au bailleur de plein droit et sans indemnité. Elles stipulaient en outre que les locataires seraient responsables de tout le dommage que le bailleur subissait par suite de la dénonciation extraordinaire ; le locataire devait payer en particulier le loyer entier pour toute la durée du bail, telle qu'elle avait été prévue par le contrat, même si les locaux avaient été reloués entre temps à un autre preneur ; il était encore tenu de la solvabilité du preneur qui le remplaçait, même si le bailleur

n'avait fait aucun effort pour trouver un nouveau preneur qualifié. Ces dispositions allaient certes trop loin. Elles sont en particulier incompatibles avec l'esprit de modération de la charte. Elles devaient être remplacées par conséquent par d'autres normes plus appropriées.

Partant de là, le « contrat de bail uniforme » soumet le « jus tollendi » des locataires à des règles nouvelles, sans d'ailleurs épuiser le problème (cp. les explications détaillées de Dölle, *op. cit.*, p. 59 sqq.). Il dispose en premier lieu que le locataire est en principe autorisé à enlever les installations ou les constructions dont il a garni l'immeuble, ce qui est conforme au paragraphe 547 du Code civil allemand. La réalisation de ce principe se fait sans difficulté, si le bailleur ne s'y oppose pas. Si, au contraire, le bailleur fait opposition, il convient de distinguer deux cas en se basant sur les intérêts en cause. Il se peut que le locataire ait un intérêt légitime, d'enlever et d'emporter les installations dont il s'agit ; dans ce cas l'opposition du bailleur est sans valeur. Il en est autrement si le locataire ne peut pas faire état d'un tel intérêt. Le bailleur pourra alors exiger que les installations restent à leur place, s'il est prêt à indemniser pour cela le locataire. L'indemnité comprendra les frais d'une nouvelle installation du même genre, déduction faite d'une somme égale à la moins-value due à l'usure de l'installation conservée (§ 12, alinéa 2). Remarquons du reste que le locataire qui emporte les installations en cause est tenu, en vertu du paragraphe 258 du Code civil allemand, de rétablir l'état antérieur de la chose louée.

Le problème de la réparation du dommage que le bailleur a subi par la résiliation anticipée et sans délai du contrat, due à la faute du locataire, est également traité avec équité et modération (§ 13 ; cp. l'article 1760 du Code civil français). Il va sans dire que le preneur fautif est en principe tenu à payer des dommages-intérêts. Cette obligation comprend les pertes encourues par le fait que les locaux loués restent vacants pendant une certaine période après le départ du locataire, ou qu'ils doivent être reloués à meilleur compte. Mais cette responsabilité du preneur n'est plus illimitée comme dans le passé : elle dure jusqu'à l'expiration de la période pour laquelle le bail avait été conclu et tout au plus une année après le départ. Elle cesse même, si le bailleur n'a pas fait un effort suffisant pour trouver un nouveau locataire.

IV. — RENSEIGNEMENTS COMPLÉMENTAIRES

Les dispositions du « contrat de bail uniforme allemand » que nous avons étudiées jusqu'à présent marquent de la façon la plus nette l'esprit général qui a prévalu. Pour se faire une idée plus complète du nouveau régime du bail, il est indispensable de parcourir les dispositions omises jusqu'à présent, pour autant qu'elles réalisent des réformes du droit antérieur.

1° Sous ce rapport, il convient de signaler en premier lieu les dispositions de la charte qui traitent de la durée du contrat (§ 2). Le Code civil allemand avait distingué, à l'instar du droit français, deux types de

contrats de bail. L'un était d'une durée déterminée ; il cessait de plein droit à l'expiration du terme fixé, sans qu'il fût nécessaire de donner congé (cp. le paragraphe 564 alinéa 1^{er} du Code civil allemand et l'article 1737 du Code civil français). L'autre était d'une durée indéterminée ; il fallait, pour le faire cesser, que l'une des parties contractantes donnât congé à l'autre, en observant les délais fixés par la loi (cp. les paragraphes 564 alinéa 2 et 565 du Code civil allemand et l'article 1736 du Code civil français). Les anciens formulaires, par contre, ne concernaient régulièrement que le bail indéterminé et ils faisaient dépendre sa résiliation de l'observation d'un système particulier de délais qui était compliqué et semé de pièges pour les preneurs (cp. Dölle, *op. cit.*, p. 13).

Le droit nouveau a réintroduit dans la pratique les deux sortes du contrat de bail prévues par le Code civil. Les parties n'ont qu'à choisir. Il a introduit en outre deux réformes. Le congé tout d'abord est exigé, non pas seulement pour le bail d'une durée indéterminée, mais aussi pour le bail dont la durée a été fixée d'avance : si un congé n'a pas été signifié, le bail continue malgré l'expiration de son terme, pour une période fixée au préalable par la convention. Le but de cette mesure est évidemment de rendre la « reconduction tacite » plus facile que ce n'est le cas sous l'empire du paragraphe 568 du Code civil, et de stabiliser ainsi la situation des preneurs. Une autre réforme concerne les délais du congé d'un bail indéterminé. On les a beaucoup simplifiés, en remplaçant les nombreuses distinctions légales ou conventionnelles par une règle unique : le congé pourra être donné, par chaque partie, pour la fin d'un trimestre ; il devra être notifié par écrit, au plus tard le troisième jour ouvrable du même trimestre.

2° Une deuxième disposition de la charte, dont il faut parler à cette place, est relative au droit de gage légal du bailleur (§ 10). Ce droit de gage s'étend, d'après le paragraphe 559 du Code civil allemand, sur tous les objets apportés du locataire qui lui sont propres. Le bailleur a donc un intérêt particulier de connaître très exactement la situation juridique des apports de son preneur. Les anciens formulaires imposaient par conséquent aux locataires l'obligation de renseigner le bailleur sur la question dont il s'agit et de le tenir au courant de tous les changements qui se seraient produits pendant la durée du contrat. L'observation de cette obligation était entourée de nombreuses garanties ; son inexécution autorisait notamment le bailleur à dénoncer le bail sans délai, même dans le cas où il s'agissait d'un simple oubli de la part du preneur. Le « contrat de bail uniforme » a considérablement restreint ces prétentions des bailleurs. Il se contente d'obliger le locataire à découvrir sa situation au moment où il entre dans les lieux loués. Une sanction particulière n'est pas prévue.

3° Le droit de visite du bailleur a été également l'objet de nouvelles règles qui font encore ressortir l'esprit modéré du « contrat de bail uniforme » (§ 11). Vu l'absence de règles légales, les anciens formulaires accordaient aux bailleurs l'accès aux lieux loués d'une façon presque illimitée. Les preneurs étaient ainsi exposés à des troubles fort désagréables, voire même chicanes (cp. Dölle, *op. cit.*, p. 53). S'il était impossible

d'exclure complètement le droit de visite du bailleur, il fallait pour le moins le réduire considérablement. Le nouveau régime du bail ne l'accorde plus par conséquent que dans des cas nettement spécifiés et soigneusement décrits. Le bailleur (ou son mandataire) peut visiter dorénavant les lieux loués soit pour constater la nécessité de travaux de réparations urgentes qui ne peuvent être différées, soit pour montrer les lieux à des acheteurs éventuels ou à des futurs locataires, si, dans ce dernier cas, le bail avait été dénoncé. La charte fixe en outre l'horaire des visites et oblige les preneurs de faire le nécessaire pour que les lieux puissent être visités aussi pendant son absence.

4° Relevons enfin la disposition de la charte qui se rapporte aux époux comme preneurs (§ 14), disposition qui suppose que chacun des deux époux a voulu s'engager comme locataire dans le sens technique du terme. Ce cas, dont l'importance pratique est hors de doute, a donné lieu jusqu'à présent à des discussions fort graves (cp. Dölle, *op. cit.*, p. 70 sqq.). Le « contrat de bail uniforme » cherche à les vider. Il dispose dans ce but, en premier lieu que les époux répondent solidairement de toutes les obligations découlant du bail, peu importe qu'elles aient pris naissance du fait des deux époux à la fois ou du fait d'un seul. Il est expressément précisé que les événements qui nuisent ou qui profitent à l'un des époux ont le même effet pour l'autre, qu'il s'agisse de la prolongation ou du raccourcissement du bail, d'une créance en dommages-intérêts ou de l'obligation à réparer un dommage. La charte prévoit en outre que les déclarations qui touchent les intérêts des deux époux à la fois doivent être faites par tous les deux ou à tous les deux. Il est admis cependant que la femme pourra donner à son mari le mandat et la procuration, toujours révocables, de faire ou d'accepter ces déclarations en son nom.

V. — CONCLUSIONS

Le « contrat de bail uniforme allemand » s'applique maintenant depuis plus de trois ans. Il a obtenu l'approbation des milieux intéressés grâce à son équité et sa modération. Il a su réaliser ainsi un tour de force dans un domaine où les intérêts les plus divergents semblaient s'opposer à jamais. Ce succès me paraît dû surtout au principe qui considère le bailleur et ses locataires comme membres d'une même communauté d'intérêts et aux conséquences logiques qu'on a déduit avec tact de ce principe. C'est pourquoi aussi nous l'avons posé au centre de nos observations ⁽¹⁾.

(1) Bibliographie (des ouvrages et des articles les plus importants : BRANDIS, *Mieterschutz im neuen Reich*, 3^e éd., Berlin 1937 ; DAHM, *Der deutsche Einheitsmietvertrag*, Berlin 1937 ; DÖLLE, *Der deutsche Einheitsmietvertrag*, Hamburg, 1936 ; EBEL, *Der deutsche Einheitsmietvertrag*, Reichsarbeitsblatt, 1934, II, p. 143sq ; KIEFERSAUER, *Grundstücksmiete, Mieterschutz, Mietzinsbildung, Einheitsmietvertrag*, 5^e éd., München, 1936 ; RITTINGER, *Der Wohnungsmietvertrag*, Thèse d'Erlangen, 1935 ; ROQUETTE, *Das Mietrecht im Lichte des Gedankens der Volksgemeinschaft*, Juristische Wochenschrift, tome 64, 1935, p. 1670 sq. ; SPIEGEL, *Der deutsche Einheitsmietvertrag im Lichte der Rechtsvergleichung*, Zeitschrift für schweizerisches Recht, t. 55, fasc. 2 ; SPIRO, *Le bail à loyer unique allemand*, Bull. trim. de la soc. de lég. comp., t. 63, 1934, p. 339 sqq ; VOLLMER, *Der Deutsche Einheitsmietvertrag*, Juristische Wochenschrift, tome 63, 1934, p. 1384 sq.

DEUXIÈME PARTIE

INSTRUMENTS D'ÉTUDE
DU DROIT COMPARÉ

TITRE PREMIER

LES DIFFICULTES DE LA DOCUMENTATION POUR LES ETUDES DE DROIT COMPARÉ

WINFIELD, *La constatation du Droit Etranger.*

Sur la NÉCESSITÉ DE DISPOSER DE RECUEILS INTERNATIONAUX DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE, cf. les contributions groupées ci-dessous dans le Titre III, §§ 45-49, et l'article de M. DEAK, LE RÔLE DU « CAS » DANS LA COMMON LAW ET EN DROIT CIVIL, publié ci-dessus, Première Partie, Titre IV, Chapitre V, § 38.

LA CONSTATATION DU DROIT ETRANGER

Par P. H. WINFIELD

St. John's College, University de Cambridge, Angleterre

Traduit par Simon BAMBERGER

Licencié en Droit

Cet article s'adresse plutôt à nos collègues du Continent qu'aux juristes d'Angleterre, pour lesquels une grande partie de ce qui y est dit est déjà objet de connaissance commune. Son but est, premièrement, de montrer que la forme volumineuse dans laquelle le droit anglais est coulé, n'est pas un aussi grand obstacle qu'on le croit en général à la constatation de son contenu et, deuxièmement, de mettre en relief la difficulté réelle que rencontre tout jurisconsulte qui cherche à savoir qu'elle est la loi étrangère sur un point spécial de droit.

Je n'ai pas besoin de m'attarder longtemps à démontrer combien massive est la documentation du droit anglais.

Vers 1700, un juriste provincial anglais se plaignait que, si une brouette lui avait suffi pour transporter sa bibliothèque à l'époque où il était étudiant, cette bibliothèque, quelques années après, s'était accrue à un tel point qu'une voiture n'y suffirait plus. Aujourd'hui plusieurs wagons de chemin de fer n'arriveraient plus à contenir une bibliothèque complète. Ce sont les recueils d'arrêts de jurisprudence qui, naturellement, en sont les principaux responsables. En 1902, Sir Frederick Pollock calculait qu'il y en avait environ 9.000 volumes, compte tenu de ceux d'Amérique, des Indes Britanniques et des colonies de langue anglaise. Ceux de ces trois dernières catégories ne sont pas d'une grande nécessité pour le praticien ordinaire, car auprès d'une Cour anglaise ils n'ont qu'une autorité « persuasive ». La Cour peut les traiter avec respect, mais elle n'est nullement tenue de les adopter ou de les suivre. Il y a, cependant, une tendance croissante de nos tribunaux supérieurs à prendre en considération les décisions américaines et australiennes, dans des cas difficiles et importants. Il est probable qu'en 1937 l'évaluation de Sir Frederick peut être doublée. Cet accroissement était inévitable à raison de l'adjonction depuis 1902 de nouvelles séries de publications de décisions judiciaires. Mais ce n'est pas tout. En 1902, les principales de ces collections par ordre d'importance décroissante étaient : *The Law Reports* (ainsi appelés *par excellence*), les *Law Journal Reports*, les *Law Times Reports*, le *Weekly Reporter* et le *Solicitor's Journal*. Mais depuis, diverses

autres collections ont été inaugurées. La plupart d'entre elles se cantonnent dans une branche spéciale du droit, tels les *Tax cases* (jurisprudence fiscale), les *Workmen's Compensation Cases* (application des lois sur les accidents du travail), les *Patent Cases* (jurisprudence sur les brevets d'invention), *Commercial Cases* (jurisprudence commerciale), *Criminal Appeal Reports* (arrêts d'appel en matière pénale). Mais quelques-unes sont d'ordre plus général, comme les *All England Reports* qui ne sont entrés en ligne que l'année dernière. Nous en avons dit assez pour montrer qu'une bibliothèque moderne, si elle veut être complète et à la page, exige un grand bâtiment avec un budget important pour son entretien.

A première vue, les codes des principaux systèmes continentaux semblent avoir un grand avantage quant à la densité, la concision et l'accessibilité sur le corps anglo-américain du *Common Law*. Mais cet avantage a — me semble-t-il — été quelque peu exagéré dans deux sens : la difficulté d'établir le contenu du droit anglais d'une part, la facilité d'établir celui du droit continental d'autre part.

Je ne veux pas atténuer les difficultés du problème auquel se heurte souvent le juriste anglais pour dire d'avance quel est le principe correct qui se dégage d'un nombre de « Dicta » judiciaires et décisions plus ou moins dénuées d'harmonie. Mais je suis convaincu que, avec une formation juridique solide, et une certaine somme d'expérience, la difficulté résultant de la grande quantité de matériaux diminue considérablement. Un praticien de quelque expérience est généralement assez sensible à la perception des tendances prédominantes de la pensée juridique pour connaître ce que vaut le crédit scientifique respectif des diverses autorités judiciaires du passé et pour avoir quelque facilité à discerner le vrai principe juridique applicable à l'affaire dont il a à s'occuper. Cette facilité a une importance de tout premier ordre, et elle est la cause d'un singulier paradoxe. Un avocat mal instruit réussira probablement près d'un juge médiocre, tandis qu'un avocat qui est un grand jurisconsulte arrivera mieux à convaincre un magistrat qui possède les mêmes talents; car, dans le premier cas, probablement, l'avocat aussi bien que le juge suivront servilement n'importe quelle décision insérée dans des recueils d'arrêts qui paraissent s'adapter tant bien que mal à l'espèce en question, tandis que dans le second cas, l'avocat et le juge à la fois se rendront compte que c'est le principe juridique qui est la chose vitale, et que des décisions trouvées dans les recueils d'arrêts ne sont utiles que dans la mesure où elles servent à établir ce qui constitue ce principe. Mais, que le jurisconsulte soit bon ou mauvais, l'abondance de la documentation du droit judiciaire ne l'effraye jamais réellement. Car il est improbable que, sur les milliers de cas jugés qui ont été publiés, il y en ait plus d'une douzaine qui soient applicables au particulier qu'il a à résoudre. Il lui est possible de découvrir en général avec une précision suffisante cette douzaine de précédents au travers des derniers *Digests of Case Law* (répertoire de jurisprudence). Il serait impossible de retrouver une épingle dans une meule de foin, mais il n'est pas malaisé de la retrouver dans un endroit circonscrit de la meule de foin. Les « Digests » anglais, qui sont habituellement établis en ordre alphabétique, indiquent exactement le terrain où il convient de fouiller par leurs nombreux titres et sous-titres.

Il est assez curieux que ce soit dans le droit législatif (*Statute Law*), beaucoup plus que dans le droit judiciaire (*Case Law*), qu'on rencontre des

difficultés à voir quel est le droit. De nos jours, le Parlement est souvent trop occupé pour régler tous les détails d'application d'une loi dans la loi elle-même, ou encore, ce qui arrive aussi souvent, la loi se révèle à l'usage de peu d'utilité pratique, quand le Parlement cherche à la rendre très étendue et apte à se suffire à elle-même. De là est née la pratique de ne formuler dans beaucoup d'Actes législatifs (*Statutes*) que de larges règles générales et de permettre à des corps administratifs, tels le Bureau du Commerce ou le Ministère de l'Education, d'émettre des décrets et règlements pour donner un effet détaillé à ces règles générales. La quantité de ces *Statutory Rules and Orders*, comme on les appelle, est effrayante. Les lois ne sont souvent guère plus que des blancs-seings donnés aux départements gouvernementaux, et il faut quelque habileté et une grande application pour découvrir la loi enfouie sous cette législation subordonnée. Une autorité éminente a comparé des lois (*Statutes*) de ce genre à des indicateurs de chemins de fer, annonçant que, peut-être partiront des trains à un moment non déterminé pour quelque point du globe, mais que ce sera dans une autre publication officielle qu'on indiquera plus tard, exactement quand et pour où.

Quant à l'accessibilité du droit dans les codes continentaux, Jeremy Bentham, le grand juriste réformateur anglais, n'avait aucun doute sur sa supériorité par rapport au droit jurisprudentiel (*case-law*) anglais. Je pense que si Bentham avait vécu cent ans plus tard, il aurait révisé considérablement son opinion, et que tout en n'ayant pas une admiration plus grande pour le droit anglais, il aurait été moins enthousiasmé pour l'établissement d'un code. Il n'y a pas de piège pire pour un jurisconsulte anglais que la simplicité apparente du code civil français ou de B. G. B. allemand, s'il s' imagine qu'ils contiennent respectivement tout le droit civil français ou allemand. La jurisprudence et la doctrine abondantes qui se sont greffées sur ces codes auraient stupéfié Bentham. Qu'un juriste anglais prenne au pied de la lettre des formules familières de ces codes comme les suivantes, et l'on verra à quelle confusion il aboutira s'il cherche à les présenter comme le droit français ou le droit allemand en faisant abstraction de tous les commentaires — jurisprudentiels ou doctrinaux — qui s'y rattachent.

Code civil, article 1.382 : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

Code civil allemand, article 823 : « Celui qui, à dessein ou par négligence, lèse illégalement le corps, la santé, la liberté, la propriété, ou un autre droit d'une autre personne, est tenu envers celle-ci à la réparation du dommage qui en résulte.

« La même obligation incombe à celui qui contrevient à une loi ayant pour but la protection d'une autre personne. Si, d'après le contenu de la loi, une contravention à la loi est possible même sans faute, l'obligation de réparer le dommage n'a lieu qu'en cas de faute. »

Si un juriste anglais se reporte à la littérature, judiciaire ou non, pour y trouver l'exposition de ce que les textes des codes signifient réellement, il sera surpris de constater que cette littérature constitue une masse considérable. La collection officielle des arrêts du Reichsgericht allemand, avec son accroissement régulier de cinq volumes de droit civil et de droit pénal par an, en même temps que la collection complète de la *Juristische Wochenschrift* (hebdomadaire juridique) rempliraient bien les rayons d'une biblio-

thèque occupant tous le côté d'une petite pièce et, pour le droit français, les publications du *Dalloz* et du *Sirey* suffiraient pour garnir une bonne partie de l'autre côté de la pièce. Il est vrai que ni l'accroissement annuel de ces collections, ni leur masse totale sont loin d'être aussi massifs que l'accroissement et la dimension totale des *law reports* anglais; mais elles sont d'un fort respectable volume. Cependant, ici comme en Angleterre, ce n'est pas simplement leur abondance qui fait une tâche difficile pour un Anglais de constater ce qui est le droit français ou le droit allemand; ce qui est plus difficile à acquérir c'est l'appréciation exacte de la valeur de chaque décision d'un tribunal ou de chaque opinion d'un écrivain. Il est fort probable que le même entraînement professionnel et les mêmes dons naturels sont nécessaires pour une interprétation exacte des autorités continentales, que pour celles des autorités anglaises; et il y a beaucoup de jurisconsultes des deux côtés de la Manche qui, à cet égard, sont compétents pour étudier les systèmes juridiques de leurs voisins. Mais la véritable pierre d'achoppement n'est pas le manque de capacité, mais le manque d'information. Mettez tous les livres — disons — de droit français devant un jurisconsulte anglais qui n'a pas l'habitude du système français, il commettra néanmoins des erreurs dans ses déductions sur le droit français, parce qu'il ne se rendra pas compte de l'importance attribuée à telle ou telle décision ou à tel ou tel auteur. Et la réciproque est aussi vraie. J'ai été surpris de voir citer, dans leurs écrits sur le droit anglais, les propositions de certaines autorités de second plan par des jurisconsultes continentaux réputés. Il me semble que le seul moyen d'éviter de tels pièges soit ou d'avoir l'expérience du système juridique étranger, ce qui au moins en Angleterre, est presque inaccoutumé, ou bien d'avoir un accès facile à des experts du système étranger. Un tel accès n'est nullement aussi commun en Angleterre qu'il ne devrait l'être. Dans ma propre université, nous sommes particulièrement favorisés à cet égard, mais jusqu'à ce que nous ayons un tel expert, notre situation était déplorable. Pour s'en tenir seulement à la bibliothèque, je doute que nous ayons eu un seul livre de droit français, allemand, suisse ou italien qui ne datât pas d'il y a trente ans, et seul un échange de correspondance avec des collègues du Continent aurait pu nous donner une idée exacte du droit en vigueur sur quelques points particuliers.

Mais il y a beaucoup d'universités en Angleterre qui n'ont ni livres ni expert à leur disposition. Cela est d'autant plus regrettable que, dans les projets pour l'unification des différentes branches du droit, il est essentiel que les jurisconsultes de chaque pays intéressé soient en état de comprendre les divers points de vue adoptés dans la même branche du droit par les différents systèmes. Et la tendance moderne est de plus en plus en faveur d'une telle unification, au moins en droit commercial, malgré les difficultés d'y aboutir. Comme l'a remarqué M. le Professeur Gutteridge, le moment est venu où l'Angleterre ne peut plus se permettre de rester isolée dans cette branche du droit (le droit comparé). Un programme qui aiderait dans une certaine mesure à parer à la difficulté dont je viens de parler, consisterait à établir dans chaque pays une liste d'experts dans la matière du droit de ce pays, qui seraient prêts à répondre à des demandes de renseignements qui leur seraient adressées par des collègues étrangers sur les problèmes spéciaux pour lesquels ils auraient besoin de conseils. Ceci ne nécessiterait pas

d'autres dépenses que l'envoi d'une circulaire contenant ces listes aux Facultés de Droit des autres pays; car la plupart des juristes considéreraient comme un honneur d'être placés sur pareille liste.

Si cet article pouvait stimuler la réalisation pratique de quelque projet de ce genre, il aurait rempli tout ce que je pouvais en espérer.

TITRE II

LES BIBLIOTHEQUES

DE BREYCHA-VAUTHIER, *La Société des Nations et le problème de la documentation juridique internationale.*

DE MADAY, *La documentation juridique de la Bibliothèque du Bureau International du Travail.*

LA SOCIÉTÉ DES NATIONS ET LE PROBLÈME DE LA DOCUMENTATION JURIDIQUE INTERNATIONALE

Par A. C. DE BREYCHA-VAUTHIER

Docteur en droit, Docteur ès-sciences politiques

Chef du Service juridique et politique de la Bibliothèque de la S. D. N.

Introduction.

I. — *Ouvrages de référence.*

II. — *Collections générales.*

Droit international (traités et conventions; jurisprudence).

Droit interne (collections de lois; journaux officiels; documents parlementaires; jurisprudence).

III. — *Collections spéciales.*

Constitutions.

Statut personnel.

Droit international privé.

Droit privé interne.

Droit pénal.

Transports et Postes.

Propriété industrielle, propriété artistique et littéraire.

Législation coloniale.

Législation économique et douanière.

Législation agraire.

Législation financière.

Législation sociale.

Législation en matière d'hygiène publique.

Extension du champ d'action de la Bibliothèque de la S. D. N.

Le grand nombre d'organisations qui travaillent à mettre la documentation juridique à la portée des intéressés, les moyens financiers engagés dans ces travaux et dans l'organisation des collections qui doivent leur servir de base démontrent l'importance grandissante du problème. En effet, les services gouvernementaux, les Parlements, les grandes entreprises commerciales et industrielles, les banques, les juristes en exercice et les théoriciens au cours de leurs recherches ont de plus en plus besoin d'être documentés sur les dispositions législatives en vigueur dans les autres pays.

Les spécialistes en droit international privé insistent tout particulièrement sur la nécessité de faciliter les recherches. C'est ainsi que M. P. Arminjon, dans son *Précis de droit international privé*, 2^e édition (pp. 290-291)

consacre à cette question un chapitre démontrant son importance capitale pour le mode d'application des lois étrangères par le juge.

Les résolutions de nombreux comités, conférences, etc., — pour ne citer parmi les plus récents, que le Congrès international de droit comparé, La Haye, 1932 ⁽¹⁾ — font ressortir l'opportunité de tout ce qui pourrait être entrepris pour améliorer la situation existante, situation qui, à en juger par les résolutions et les vœux exprimés, est encore loin d'être satisfaisante.

Bien qu'il ressorte clairement de toutes les critiques et propositions émises que les facilités de recherche offertes ne se sont pas développées avec la même rapidité que les nécessités créées par l'interdépendance grandissante des divers pays, il est certain qu'un bon nombre de récriminations proviennent du fait que beaucoup de travaux en cette matière, qui s'effectuent déjà d'une façon continue et sont accessibles au grand public, sont souvent ignorés par une bonne partie des intéressés.

Il semble donc utile de résumer ici les efforts accomplis par la Société des Nations et plus spécialement par sa Bibliothèque dans ce domaine. On trouvera dans l'exposé qui suit une *sélection restreinte*, en raison de l'espace limité, non seulement des publications de la Société, mais encore du matériel qui s'est avéré le plus utile pour les travaux d'orientation et de documentation de la Bibliothèque de la Société des Nations. Il sera enfin indiqué de quelle façon les personnes travaillant loin de Genève peuvent, elles aussi, profiter des facilités que leur offre la Bibliothèque de la Société.

I. — OUVRAGES DE RÉFÉRENCE

Dans le but de faciliter les recherches dans le matériel qui lui arrive constamment, la Bibliothèque de la Société des Nations l'analyse dans les publications suivantes :

Liste mensuelle d'ouvrages catalogués à la Bibliothèque de la Société des Nations, 10^e année, 1937. Des chapitres spéciaux sont consacrés aux publications récentes de droit international, de droit interne, ainsi qu'aux publications gouvernementales.

Répertoire de traités internationaux et d'actes législatifs, 8^e année, 1937.

Publié mensuellement par le service d'information juridique et politique de la Bibliothèque, il indique les plus récents traités et conventions, ainsi que les actes législatifs (lois, décrets, arrêtés, etc.), ayant un intérêt général. Fondé sur le dépouillement des Journaux Officiels de presque tous les pays du monde, il donne un aperçu du développement qui se produit journellement dans le domaine du droit, et plus particulièrement du droit international. C'est, actuellement, la liste qui mentionne le plus rapidement après leur parution les textes officiels publiés dans les différents pays.

Liste mensuelle d'articles sélectionnés, 9^e année, 1937.

Bibliographie d'articles fondée sur le dépouillement d'environ 1.500 périodiques reçus par la Bibliothèque. Le chapitre consacré aux questions juridiques contient entre autres les titres d'articles parus dans les différentes revues, annuaires, etc., analysant l'activité législative et la jurisprudence des différents pays et

(1) Voir les rapports généraux par MM. Costin, Dubois, Meyer et de Villalonga, publiés dans les *Mémoires de l'Académie Internationale de Droit comparé*, tome II, deuxième partie, pp. 69-107, Paris, Sirey, 1934.

concernant de nouvelles dispositions législatives. Une liste des publications dépouillées est publiée chaque année.

Les renseignements contenus dans ces publications sont groupés à la Bibliothèque de la Société des Nations dans trois catalogues sur fiches : catalogue des livres, catalogue des articles de périodiques, catalogue des traités et des lois.

Pour des recherches concernant surtout du matériel plus ancien, la Bibliothèque utilise, à part ses propres catalogues, les catalogues imprimés d'autres grandes bibliothèques, ainsi que les bibliographies courantes. Parmi le matériel le plus souvent utilisé, citons :

Catalogues.

Bibliothèque du Palais de la Paix, Leyde, 1916-1933, 5 volumes.

Internationales und ausländisches Recht. Gesamtkatalog von 30 Berliner Bibliotheken, Berlin, 1914.

Bibliothèque du Comité de législation étrangère, Paris, 1889-1903, 2 volumes.

Edward Fry Library (London School of Economics). Catalogue, London, 1923.

Les catalogues de fond publiés périodiquement par les grandes maisons d'édition spécialisées dans le domaine juridique, telles que Nijhoff (La Haye), Sirey (Paris), Sweet et Maxwell (Londres).

Bibliographies courantes.

Grandin : Bibliographie générale des sciences juridiques (de 1880 à 1925-26). Paris, 1926, et Suppléments annuels.

Index to Legal Periodicals, New-York, paraît depuis 1908, trimestriel; Library Association. Subject Index to Periodicals, Londres, paraît depuis 1915, annuel; Instituto di studi legislativi. Rassegne bibliografiche, Rome, paraît depuis 1932; Italie, Sénat et Chambre : Supplemento bibliografico del Bollettino Parlamentare, Rome, paraît depuis 1930, semestriel; Statistisches Reichsamt : Bibliographie der Sozialwissenschaften, Berlin, paraît depuis 1905, mensuel; Répertoire bibliographique international des revues, Leipzig, paraît depuis 1911, trimestriel.

Il faut citer ici les encyclopédies récentes de droit international dont les articles contiennent de bonnes bibliographies : Académie diplomatique. Dictionnaire diplomatique, Paris, 1933, 2 volumes. La Pradelle-Niboyet. Répertoire de droit international. Paris, 1929-1931, 10 volumes (avec un supplément 1934); Strupp : Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie, Berlin, 1924-1929, trois volumes. Des renseignements détaillés sur les bibliographies consacrées particulièrement à l'un des domaines du droit sont donnés au chapitre : Collections spéciales.

Il existe enfin certaines séries qui comprennent des études sur les institutions juridiques des différents pays. Parmi ces publications d'ordre général, citons :

Académie internationale de droit comparé. Les sources du droit positif. Berlin, 1929.

Un fascicule comprenant l'organisation juridique de l'Égypte, de la Palestine, de la Chine, du Japon, a paru.

American foreign law association. Bibliographies of foreign law series. New-York, 1926, à jour.

Cette série donne des indications concernant l'organisation juridique de nombreux pays et analyse plus spécialement celle des pays de l'Amérique latine.

Guide to the law and legal literature. Washington, 1912-1931.

Ces études, publiées par la Bibliothèque du Congrès à Washington, analysent la législation en vigueur dans tous les domaines du droit, indiquent la littérature en cette matière, donnent de nombreux textes et sont suivies de vocabu-

lares juridiques. (Ont paru les volumes : Allemagne, Argentine, Brésil, Chili, Espagne, France).

Vie juridique des peuples. Paris, 1931, à jour.

Cette série, publiée sous la direction de MM. Lévy-Ullmann et Mirkine-Guetzévitch, donne un aperçu des institutions juridiques de droit public, de droit privé et de droit international. (Ont paru jusqu'à ce jour les volumes consacrés à la Belgique, à l'Espagne, à la France, à la Roumanie, à la Suisse et à la Tchécoslovaquie).

II. — COLLECTIONS GÉNÉRALES

A. — DROIT INTERNATIONAL

TRAITÉS ET CONVENTIONS

Les textes des conventions multilatérales conclues depuis 1919 sont publiés en anglais et en français dans :

Hudson, M. C. International legislation. A collection of the texts of multiparty instruments of general interest. Washington, 1931-1936.

Cinq volumes ont paru jusqu'à présent, donnant tous les textes publiés de 1919 à 1931 inclus. Le premier volume donne une liste des conventions internationales conclues de 1864 à 1914, et renvoie aux ouvrages dans lesquels ces textes sont publiés.

En ce qui concerne les conventions et accords conclus sous les auspices de la Société des Nations, celle-ci publie chaque année une liste donnant l'état des ratifications :

Société des Nations. Ratification des accords et conventions conclus sous les auspices de la Société des Nations (dernière liste parue, 1936 : Sér. P. S. d. N. 1936. V. 4).

Les textes de conventions et de traités bilatéraux sont publiés dans :

Société des Nations. Recueil des traités. Genève, 1920, à jour.

Publie les textes dans la langue originale avec traductions française et anglaise (168 volumes parus).

D'autres collections donnent les textes de traités, soit dans les langues originales seulement, soit avec une seule traduction : *Martens*, Recueil des traités (paraît depuis 1817, pour les années à partir de 1761); *British and Foreign State Papers* (paraissent depuis 1841, pour les années à partir de 1812); dans cette dernière publication figurent non seulement les textes d'actes internationaux, mais souvent aussi des traductions de lois ayant un rapport avec les traités cités; *Weeler-Bennett*, Documents on international affairs (paraît depuis 1928), qui donne chaque année les actes internationaux les plus importants.

La série *Traités politiques*, Berlin, 1936, dont deux volumes de textes recueillis par *Gretschaninow* ont paru, rassemble les traités de garantie, d'alliance, de collaboration politique... conclus après la guerre, et la documentation relative au développement de la question de la sécurité dans le cadre de la Société des Nations. Pour l'avant-guerre, voir *Albin P.* Les grands Traités politiques... de 1815-1914. Paris, 1923. *Haley, J.-E.* Documentary Textbook on international relations. Los Angeles, 1934, donne une sélection de textes en langue anglaise.

Pour s'orienter parmi ces textes, on peut utilement consulter les index cumulatifs des Recueils de traités mentionnés, ainsi que :

Institut intermédiaire international. Répertoire général des traités conclus de 1895 à 1920. La Haye, 1926.

Ribier, G. de, Répertoire des traités de 1867 à 1897. Paris, 1899.

Royal Institute of International Affairs. Survey of International Affairs. Consolidated Index 1920-1930. London, 1932.

Tétot, M. Répertoire des traités de 1493 à 1867. Paris, 1886.

United States. Catalogue of Treaties 1814-1918. Washington, 1919.

Tous ces index renvoient aux collections de traités que publient la plupart des pays. Il serait trop long de donner ici la liste de toutes ces collections ⁽²⁾, elle peut être obtenue à la Bibliothèque de la Société des Nations.

JURISPRUDENCE

La jurisprudence de la *Cour permanente de Justice Internationale* est publiée dans

Série A/B. Arrêts, ordonnances et avis consultatifs. Leyde, 1922, à jour.

La série C des publications de la Cour contient les actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour.

La jurisprudence de la Cour permanente de Justice Internationale est analysée dans la série :

Fontes juris gentium. Series A. Sectio I. Répertoire des décisions de la Cour permanente de Justice Internationale 1922-1934. Berlin, 1931-1935, 2 vol.

En ce qui concerne la jurisprudence de la *Cour Permanente d'Arbitrage*, les sentences sont publiées par la Cour elle-même. Elles sont aussi reproduites régulièrement dans *Grotius*, Annuaire de la vie internationale (paraît depuis 1913). La Cour Permanente d'Arbitrage publie également un recueil de traités généraux d'arbitrage (La Haye, cinquième série, 1932).

La jurisprudence de la Cour d'arbitrage est analysée dans la série :

Fontes juris gentium. Series A, Sectio I. Répertoire des décisions de la Cour Permanente d'Arbitrage, 1902-1928. Berlin, 1931.

D'autres recueils importants de décisions arbitrales internationales sont : *La Fontaine*, Pasicrisie internationale, Berne, 1902 ; *La Pradelle-Politis*, Recueil des arbitrages internationaux, 1798-1872, Paris, 1905-1923, 2 volumes ; *Moore*, International arbitrations to which the United States has been a Party, Washington, 1898, 6 volumes ; *Moore*, International adjudications, modern series, New-York, 1929, 6 volumes parus jusqu'à présent.

La jurisprudence des Tribunaux arbitraux mixtes et les documents essentiels concernant leur organisation sont publiés dans le Recueil des décisions des *Tribunaux arbitraux mixtes*, Paris 1922-1930, 9 volumes.

Parmi les tribunaux d'arbitrage et les autres organisations analogues qui publient périodiquement leurs décisions, citons : Schiedsgericht für Oberschlesien, et certaines commissions d'arbitrage instituées entre les Etats-Unis et d'autres Etats.

La jurisprudence nationale, importante du point de vue du droit international ⁽³⁾, est réunie dans :

(2) Dans ce domaine, la bibliographie actuellement la plus complète est *Myers, D. P.* Manuel des recueils de traités et des recueils relatifs aux traités. Cambridge (U.S.A.), 1922.

(3) Les nombreux périodiques publiant régulièrement cette jurisprudence ne peuvent être cités ici, en raison du cadre restreint de cet exposé.

McNair-Lauterpacht. Annual digest of public international law cases 1919-1930. London, 1929-1935, 5 volumes.

Fontes juris gentium, Series A, Sectio II. Décisions de la Cour Suprême d'Allemagne en matière de droit international public, 1879-1929. Berlin, 1936.

Premier volume d'une collection qui réunira les décisions des Cours Suprêmes des grands Etats visant des questions de droit international. (Texte français, allemand et anglais).

Dans la même collection sont analysés les documents diplomatiques de différents Etats au point de vue de leur importance pour le droit international :

Fontes juris gentium. Series B, Sectio I. Répertoire de la correspondance diplomatique des Etats européens, 1856-1871. Berlin, 1932-1933, 2 volumes.

B. — DROIT INTERNE

COLLECTIONS DE LOIS

A la base de cette documentation se trouvent, pour la plupart des pays du monde, les collections complètes de recueils officiels de lois, publiés en volumes annuels avec index, grâce auxquelles il est possible de prendre connaissance de tout texte législatif plus ou moins récent ⁽⁴⁾.

Certains pays ne publiant pas de recueils annuels officiels (la Grèce, la Bulgarie, par exemple), il faut avoir recours à des collections privées. Celles-ci sont nécessaires aussi pour d'autres pays dont les collections officielles paraissent parfois avec un certain retard (Cuba et Portugal, par exemple). Enfin, pour les grands pays dont la législation est souvent amendée, les éditions privées, abondamment annotées, quant à la législation antérieure, complètent utilement les collections officielles.

Les lois d'un grand nombre de pays sont publiées au fur et à mesure de leur promulgation, soit sous forme de livraisons échelonnées (pays scandinaves, pays de l'Europe centrale et orientale, Suisse, Belgique, etc.), soit en fascicules contenant chacun le texte intégral d'une loi (Etats anglo-saxons, Pays-Bas, par exemple). Ces systèmes permettent de tenir les collections parfaitement à jour. Pour les autres pays, il est appréciable de pouvoir recourir aux collections privées publiées périodiquement. Citons les excellents recueils français (Dalloz et Sirey, bimensuels) et italien (Lex, bimensuel).

Il convient de signaler ici une initiative intéressante prise par la Commission provisoire pour la rationalisation de la documentation juridique. Fondée en 1934 par les représentants d'un certain nombre d'associations internationales, cette Commission, dont le centre de coordination est à la Bibliothèque de la Société des Nations, désire propager un classement de la législation courante selon les sujets, ce qui doit permettre de se rendre compte plus facilement qu'on ne le pouvait jusqu'ici de l'état actuel de la législation sur un sujet déterminé. De plus, la possibilité d'arriver à un

(4) Souvent, les collections contiennent à la fois les textes de traités internationaux et les textes de lois (collections françaises, italiennes, allemandes, suisses, par ex.). Pour certains pays, les traités internationaux sont publiés dans des recueils spéciaux (pays anglo-saxons, Suède, Norvège, par exemple).

classement de la législation qui présenterait, sur le plan international, un maximum d'uniformité, a été étudiée.

Les idées défendues par cette Commission ont d'ailleurs été mises à exécution dans nombre de pays. En Allemagne, par exemple, une publication privée paraît depuis 1933 : « Das neue deutsche Reichsrecht », qui publie les lois sur feuilles mobiles à classer selon les sujets. Les Pays-Bas ont adopté officiellement, depuis 1936, un système consistant à publier les textes législatifs numérotés d'après leurs sujets. En France, ce classement a fait l'objet d'un projet de loi (N° 4464 du 25 mars 1935) qui a été déposé à la Chambre ; de plus, un système d'édition sur feuilles volantes a été adopté pour les codes fiscaux publiés par le Ministère des Finances.

Un problème se pose pour les Confédérations et Etats fédéraux composés de territoires ayant chacun une législation particulière, celui de grouper les différentes législations du territoire national. Ce but est atteint par la publication d'index tel que le State Law Index pour les Etats-Unis ou — comme en Autriche par exemple — par la publication régulière dans un supplément au Journal Officiel des titres des lois promulguées dans les différents « Länder ».

Pour un certain nombre de pays, il existe des collections courantes donnant la *traduction* de tous les textes législatifs ou, du moins, des lois principales ; par exemple, les traductions en langue française de la législation turque, les traductions en langue allemande des lois de la Hongrie, de la Lithuanie, de la Pologne. De plus, de nombreux périodiques publient des traductions de textes législatifs de divers pays, susceptibles d'intéresser leurs lecteurs. C'est surtout pour les pays dont la langue est peu connue que ces sources sont précieuses car, seules souvent, elles permettent de trouver des traductions de dispositions législatives essentielles récentes. Citons, à titre d'exemple, la *Slavonic Review* (London) pour la législation de l'U.R.S.S. et la *Rigasche Zeitschrift für Rechtswissenschaft* (Riga) pour les législations de la Lettonie et de l'Estonie. Tout ce matériel de textes traduits, épars dans un très grand nombre de publications, est recueilli, depuis 1930, par la Bibliothèque de la Société des Nations qui en a établi un catalogue sur fiches, les groupant par pays. Ces textes sont d'abord mentionnés dans le « *Répertoire de Traités internationaux et d'actes législatifs* ».

JOURNAUX OFFICIELS

La Bibliothèque de la Société des Nations reçoit régulièrement les journaux officiels que publient presque tous les pays du monde et qui contiennent les informations importantes émanant des Gouvernements, les textes législatifs ainsi que, pour certains pays, des arrêts de tribunaux.

C'est au moyen de ces collections qu'il est possible de se renseigner rapidement sur la législation récente. Cependant, ces collections s'amplifiant assez rapidement et ne comportant généralement pas d'index, les recherches sont extrêmement difficiles. Pour remédier à cet inconvénient, la Bibliothèque de la Société des Nations publie chaque mois le *Répertoire de Traités internationaux et d'Actes législatifs* (voir aussi *supra*) qui mentionne les textes les plus importants et permet ainsi de les trouver facilement.

En dehors des journaux officiels, on peut aussi consulter avec profit les bulletins publiés par certains ministères, qui contiennent non seulement des lois et décrets intéressant le département, mais aussi les circulaires interprétatives, etc.

Donner une liste complète des collections (officielles ou privées) de lois et des journaux officiels reçus à la Bibliothèque de la Société des Nations n'entrant pas dans le cadre de cette étude, ces renseignements pourront être obtenus à la Bibliothèque.

Les publications périodiques suivantes donnent, d'une manière continue, des informations sur la législation courante de *nombreux pays* :

Boissier et Mirkine-Guetzévitch. Annuaire interparlementaire. Paris, paraît depuis 1931.

Donne pour les différents pays des indications très utiles sur les lois importantes promulguées au cours de l'année.

Boletín de legislación. Madrid, Secretaría de las Cortes. Paraît depuis 1930. Mensuel.

Mention et citation de la législation récente d'un grand nombre de pays.

Bollettino parlamentare. Roma, Senato del Regno, Camera dei Deputati. Paraît depuis 1927. Trimestriel.

A côté d'index et de nombreux textes de lois italiennes, cette publication donne aussi des textes de lois étrangères (chapitres consacrés à la législation récente en matière de finances publiques; collection de textes régissant l'organisation des Parlements étrangers, etc.).

Bulletin de l'information parlementaire française et étrangère. Paris, Chambre des Députés. Paraît depuis 1907.

Donne un choix très caractéristique de lois étrangères, de débats parlementaires importants, ainsi que des extraits et des titres d'articles de journaux et de revues ayant trait à l'activité législative

Bulletin de l'Institut juridique international. La Haye. Paraît depuis 1919, trimestriel.

Renseigne sur les traités, la législation et la jurisprudence récentes.

Repertorio della legislazione mondiale. Rome, Istituto di studi legislativi (Prof. S. Galgano). Paraît depuis 1932, annuel.

Les volumes 1932 et 1935 répertorient, par sujets, la législation, ont seuls paru jusqu'à présent.

Il dépasserait de beaucoup le cadre de cette étude de citer les instruments bibliographiques concernant la législation *d'un seul pays*, tels que les Index couvrant une période étendue de législation ou les Répertoires (comme le « Répertoire pratique de Dalloz » pour la France) qui existent pour tous les grands pays. La Bibliothèque de la Société des Nations communique toutefois volontiers la liste de tels périodiques ou ouvrages analysant la législation d'un ou de plusieurs pays déterminés.

D'autre part, les *annuaires et revues* donnant des études d'ensemble sur la législation des différents pays fournissent aussi des renseignements précieux. Il serait trop long d'indiquer ici les périodiques qui analysent régulièrement la législation récente de leur pays ou d'un groupe de pays voisins. On les trouve mentionnés dans la liste mensuelle d'articles sélectionnés. (Voir aussi *supra*).

DOCUMENTS PARLEMENTAIRES

Cette collection comprend projets de lois, rapports, débats parlementaires, publiés soit dans le journal officiel ou ses annexes pour certains

pays (France, Roumanie, Belgique, Brésil, par exemple), soit dans des collections spéciales pour d'autres pays.

Des publications spéciales informent de l'état des travaux législatifs en cours dans certains pays. Ce sont quelquefois des publications officielles comme, par exemple, pour la France, l'*Etat des travaux législatifs* de la Chambre des Députés, Paris (98 fascicules, dernier paru : novembre 1936) ou, pour l'Italie, le *Bollettino parlamentare* déjà cité, qui publie périodiquement ces renseignements dans un numéro spécial. Pour l'Espagne, le *Boletín de Información Bibliográfica y Parlamentaria de España y del Extranjero* (publié depuis 1934) ne donne pas seulement l'état des travaux parlementaires, mais aussi un aperçu de ces travaux à l'étranger. Ce sont aussi des publications privées, comme Jungmann et Van Iterson : *Parlament en Kiezer* (26^e année 1936-37, dernier paru) pour les Pays-Bas ; Mitra : *The Indian Annual Register* (20^e année, 1937) pour les Indes, ou encore, pour la France, la rubrique *Vie parlementaire*, paraissant régulièrement dans la *Revue politique et parlementaire*. Certaines publications, telles que le *Journal of the Parliament of the Empire*, London, *La Revista parlamentaria*, Buenos-Aires, ne donnent qu'une sélection des travaux parlementaires de leurs pays respectifs.

Il faut aussi citer ici les publications précieuses élaborées par les bureaux de certains parlements. C'est ainsi que la bibliothèque de l'Assemblée nationale tchécoslovaque et celle de la Diète et du Sénat polonais publient chacune un *exposé sommaire des travaux législatifs*. Ces publications, qui paraissent périodiquement depuis 1918, donnent, en français, un résumé des lois adoptées, ainsi que des traductions intégrales des textes les plus importants. La Chambre des Députés de Roumanie publie en français, sous le titre « *L'Œuvre législative* », une collection analogue.

JURISPRUDENCE

A l'encontre des collections de lois dont les recueils publiés par les Gouvernements forment la base, les collections de jurisprudence d'un grand nombre de pays sont des collections privées. Cependant, quelques pays (l'Espagne, la Roumanie, par exemple) publient régulièrement dans leur journal officiel les jugements.

Pour certains pays, une grande partie de la jurisprudence — ou des extraits — paraît dans une publication unique. Pour d'autres, seule la jurisprudence des Cours suprêmes fait l'objet d'une collection spéciale, tandis que la jurisprudence des autres Cours paraît dans différentes publications. Il s'ensuit qu'il n'est pas possible à la Bibliothèque de la Société des Nations d'avoir, en matière de jurisprudence, des collections aussi complètes qu'en matière de législation. Toutefois, elle possède des collections comprenant la jurisprudence des Cours suprêmes de la plupart des pays, ainsi que d'autres grandes collections qui donnent la jurisprudence essentielle de beaucoup d'entre eux. Les notes relatives à la jurisprudence qui paraissent dans de nombreux périodiques complètent utilement ce matériel. Des indications se rapportant à la jurisprudence sur des sujets spéciaux se trouvent au chapitre : Collections spéciales.

III. — COLLECTIONS SPÉCIALES CONSTITUTIONS

Dareste. Les Constitutions modernes. 4^e éd. Paris, 1928-1934. Vol. I-III. Europe, Vol. IV Amérique latine. V. Empire britannique, Afrique, Asie. VI Etats-Unis. Donne une traduction française des textes, ainsi qu'une notice historique et une bibliographie pour chaque pays.

Mirkin-Guetzévitch, B. Les constitutions de l'Europe nouvelle. Paris, 2^e éd. 1930. Donne, pour les constitutions d'après-guerre, les textes en français précédés d'un essai synthétique.

Mirkin-Guetzévitch, B. Les constitutions des nations américaines, Paris, 1932. Textes en français des constitutions (larges extraits seulement pour quelques-uns des pays), précédés d'un essai synthétique.

Altamira, R. Constituciones vigentes de los Estados Americanos. Madrid, 1926, 3 volumes.

Textes en espagnol.

Giannini, A. Le costituzioni degli Stati dell'Europa Orientale. Roma, 1929, 2 vol. Textes en italien, précédés d'une analyse détaillée.

Giannini, A. Le costituzioni degli Stati del Vicino Oriente. Roma, 1931.

Textes en italien (ou en français pour certains pays), précédés chacun d'une analyse détaillée.

Annuaire de l'Institut international de droit public. Paris, paraît depuis 1929.

Publie entre autres, chaque année, une collection de textes législatifs relatifs aux changements constitutionnels, au régime électoral, à l'organisation et au fonctionnement des grands pouvoirs publics et aux libertés individuelles.

Informations constitutionnelles et parlementaires, paraît depuis 1936 (8 numéros par an).

Cette publication de l'Union interparlementaire donne une traduction française de textes récents d'ordre constitutionnel, législatif ou parlementaire.

Braunias. Das parlamentarische Wahlrecht. Berlin, 1932. 2 volumes.

Renseigne sur la législation régissant la constitution des corps législatifs en Europe.

STATUT PERSONNEL (NATIONALITÉ, MARIAGE, DROIT DES ENFANTS)

Bergmann, A. Internationales Ehe-und Kindschaftsrecht. Berlin, 1926, 3 vol., avec suppléments annuels mettant à jour la publication.

Donne la traduction allemande des dispositions législatives concernant la nationalité, le mariage, le divorce, les droits des enfants, etc., ainsi qu'une introduction à la législation de chaque pays après 1914.

Bourbousson, E. Traité général de la nationalité, dans les cinq parties du monde, du statut de la femme mariée, de la naturalisation, de la perte de la nationalité, Paris, 1931.

Donne des textes en français.

Bourbousson, E. Du mariage, des régimes matrimoniaux, des successions dans les cinq parties du monde. Paris, 1934.

Textes de 76 systèmes juridiques.

Great Britain. Foreign Office. Nationality and naturalisation laws of certain Foreign Countries. London.

Publie périodiquement des traductions anglaises de dispositions législatives sur la nationalité, en vigueur dans de nombreux pays.

Flournoy, R.-W. et Hudson, M.-O. A collection of nationality laws. New-York, 1929.

Traduction anglaise de textes relatifs à la perte et à l'acquisition de la nationalité.

Leske-Læwenfeld ⁽⁵⁾. *Das Eherecht der europäischen Staaten und ihrer Kolonien.* 2^e édition. Berlin, 1932, à jour.

Des articles détaillés concernant le droit en matière de mariage dans les pays de l'Europe centrale et orientale ainsi que dans les pays scandinaves ont paru jusqu'à présent.

Leske-Læwenfeld ⁽⁵⁾. *Das Recht der Staatsangehörigkeit der europäischen und der aussereuropäischen Staaten.* Berlin, 1934, à jour.

Des articles détaillés sur le droit de nationalité dans 29 pays d'Europe ont paru jusqu'à présent.

Schwartz, G. *Staatsangehörigkeitsrecht* (dans Heft 2 de « Magnus Tabellen zum internationalen Recht »). Berlin, 1926.

Renseignements abrégés sur les dispositions relatives à l'acquisition et à la perte de la nationalité dans différents pays.

Société des Nations. Conférence pour la codification du droit international. Bases de discussion. *Nationalité.* (Sér. P. S.d.N. 1929. V.).

Cette analyse des réponses des gouvernements donne des indications sur certains aspects du droit de nationalité dans 31 pays. La question de la nationalité de la femme a été développée depuis la Conférence de codification. Dernier résumé des observations des gouvernements paru : Société des Nations. *Nationalité de la femme.* (Sér. P. S.d.N. 1935. V. 6).

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Des articles sur le droit international privé en vigueur dans 35 pays se trouvent dans

Lapradelle, A. de et Niboyet, J.-P. Répertoire de droit international, Vol. 6 et 7. Paris 1930.

Une traduction allemande des dispositions en vigueur dans 60 pays est donnée dans

Makarov ⁽⁵⁾, *A.-N.* *Das internationale Privatrecht der europäischen und aussereuropäischen Staaten.* Berlin, 1929.

DROIT PRIVÉ INTERNE

Amiaud. Aperçu... des législations civiles de l'Europe, de l'Amérique, etc. Paris. 1908.

Analyses suivies d'indications bibliographiques.

Heinsheimer, K. *Die Zivilgesetze der Gegenwart.* Berlin, 1927, à jour.

Publie dans la langue originale, avec traduction allemande, le texte des codes civils de différents pays et en donne des commentaires détaillés. (jusqu'à présent 5 vol. parus).

Kaden. *Bibliographie der rechtsvergleichenden Literatur 1870-1928.* Berlin, 1930.

Bibliographie sur les différentes questions de droit civil et de droit commercial en Europe centrale, en Europe orientale et aux États-Unis.

(5) Cette publication fait partie de la série *Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr*, dans laquelle furent déjà publiées avant 1914 des études utiles relatives au statut personnel, à l'organisation judiciaire et à la procédure civile de nombreux pays.

Leske-Læwenfeld (5). Der Zivilprozess in den europäischen Staaten und ihren Kolonien. Berlin 1933. à jour.

Des articles détaillés concernant la procédure civile en Europe orientale, en Europe centrale et dans les pays scandinaves ont paru jusqu'à présent.

Les lois commerciales de l'Univers. Paris, 1913. 18 volumes parus.

Cette compilation, dont une édition anglaise et une édition allemande ont été également publiées, bien que vieillie, peut encore être souvent utilement consultée.

Mersmann-Soest, O. Zivilprozessrecht (dans Heft 1 de « Magnus Tabellen zum internationalen Recht ») Berlin, 1931.

Renseignements abrégés sur les dispositions essentielles des règlements de procédure civile en vigueur dans les différents pays.

Möller-Wolff. Handbook of foreign legal procedure. London, 1924.

Dispositions essentielles des règlements de procédure des pays européens. (Edition allemande également. Berlin, 1929).

Prozessführung und Gerichtsstand im Auslandsgeschäft. Berlin 1933.

Vol. I Europe ; Vol. II Pays extraeuropéens. Dispositions essentielles de la procédure.

Schlegelberger, F. Rechtsvergleichendes Handwörterbuch. Berlin, 1929, à jour.

Le premier volume donne, par pays, un aperçu du droit privé (droit civil, droit commercial) et de la procédure, ainsi qu'une bibliographie des sources du droit. Les autres volumes donnent, par matières, un aperçu de la législation des différents pays.

Parmi les publications de la *Société des Nations* donnant un aperçu du droit comparé en matière de droit civil, nous citerons :

Statut de la femme. Communications des gouvernements. (Sér. P. S.d.N. 1936. V. 8). *Age légal* du mariage et âge légal du consentement (Sér. P. S.d.N., 1928, IV, 20).

Une collection spéciale, contenant les lois promulguées à la suite des Conventions pour l'unification du droit en matière de lettres de change et de chèques (Genève, 1930 et 1931) ainsi que le matériel interprétatif, a été constituée à la Bibliothèque de la Société des Nations.

Des références à ce matériel se trouvent dans :

Société des Nations, Bibliothèque. Documents pour l'interprétation de conventions conclues sous les auspices de la Société des Nations. Genève, 1932-1934, cinq numéros.

DROIT PÉNAL

Une traduction française du texte des dispositions récentes en matière de législation et de procédure pénales est publiée par la Commission internationale pénale et pénitentiaire dans son :

Recueil de documents en matière pénale et pénitentiaire. Berne, 1925, à jour. (Plusieurs fascicules par an) (6).

Une traduction allemande de certains codes pénaux est publiée dans :

Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Uebersetzung. (51 vol. parus jusqu'à présent).

(6) Volume IV, (1935) p. e. donne un aperçu des systèmes pénitentiaires de 24 pays.

Citons encore ici, parmi les traductions de codes pénaux, les textes français publiés dans l'excellente collection du Comité de législation étrangère institué près le Ministère de la Justice, avec le concours de la Société de législation comparée, ainsi que les éditions Pedone à Paris.

Des traductions de la législation pénale de nombreux pays se trouvent dans :

Swinderen, O. Q. van. Esquisse du droit pénal actuel dans les Pays-Bas et à l'étranger... Groningue, 1891-1928, 13 vol.

L'ouvrage ci-dessous, bien que vieilli, peut encore être utilement consulté pour comparer les institutions pénales des différents pays du monde : *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts.* Berlin, 1906-1909. 16 vol.

Parmi les publications de la Société des Nations en matière de droit pénal, il faut citer celles relatives à l'organisation des tribunaux pour enfants, à l'amélioration de l'administration pénale et, enfin, les collections de lois concernant la répression de la traite des femmes, les sanctions contre les souteneurs et la réglementation de la prostitution dans les divers pays.

Deux des nombreuses études comparatives de la Harvard Law School donnent un grand nombre d'indications sur le droit en vigueur dans les différents pays en matière d'extradition et en matière de compétence pénale : *Research in international law. Extradition ; Jurisdiction with respect to crime.* Harvard, 1935.

TRANSPORTS, POSTES et TÉLÉGRAPHES

Les textes des traités internationaux, des lois et de la jurisprudence en matière de *transports maritimes* sont publiés dans :

Revue de droit maritime comparé. Paris (semestriel).

La législation et la jurisprudence en matière de transports par chemins de fer sont publiés par l'*Office des transports par chemins de fer* :

Bulletin des transports internationaux par chemins de fer. Berne (mensuel).

Pour la jurisprudence, voir :

Ackermann, Ch. Répertoire de jurisprudence en matière de transports. Genève, 8 vol. parus jusqu'à présent.

La Société des Nations a publié, entre autres, des études comparatives des législations régissant l'octroi du pavillon maritime (Sér. P. S.d.N. 1931, VIII.II) et sur le régime juridique des tronçons frontaliers des lignes de chemins de fer (Sér. P. S.d.N., 1935, VIII.2).

En ce qui concerne la législation récente en matière de *droit aérien*, voir surtout le :

Bulletin de renseignements publié par la *Commission internationale de navigation aérienne* (hebdomadaire).

Pour la législation et la jurisprudence récentes, voir :

Revue générale de droit aérien. Paris (trimestriel).

Archiv für Luftrecht. Berlin (trimestriel).

Legislazione aeronautica estera. Rome (depuis 1931, 46 fascicules parus).

Chaque fascicule de cette collection publiée par le Ministère italien de l'aéronautique donne, pour un pays déterminé, les dispositions en vigueur en matière de droit aérien.

Des extraits de la législation et de la jurisprudence en matière de postes et télégraphes sont publiés dans *L'Union postale* et dans le *Journal des Télécommunications*, publications mensuelles du Bureau international de l'Union postale universelle à Berne.

Pour les textes législatifs et la jurisprudence en matière de *radio-électricité*, voir :

Revue internationale de la radioélectricité. Paris (trimestriel).

Archiv für Funkrecht. Berlin (mensuel).

PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE, PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

Les textes des traités et des lois en matière de *propriété industrielle* ont été publiés par le Bureau international pour la protection de la propriété industrielle :

Recueil de la législation et de traités concernant la propriété industrielle. Berne, 1904-1912, 8 vol.

Le même Bureau continue la publication des textes et de la jurisprudence dans sa revue mensuelle :

Propriété industrielle. Berne.

Des études sur les dispositions législatives en vigueur, accompagnées d'extraits, se trouvent également dans :

Alexander-Katz. Das Patent- und Markenrecht aller Kulturländer. Berlin, 1934. 2 vol.

En ce qui concerne les *droits d'auteur*, les dispositions législatives et les traités anciens sont réunis dans :

Recueil de conventions et de traités concernant la propriété littéraire et artistique, publié par le Bureau de l'Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, Berne, 1904.

Lyon-Caen. Lois françaises et étrangères sur la propriété littéraire et artistique. Paris, 1889-1890, 2 vol., avec suppléments.

Pour la jurisprudence et les textes plus récents, consulter :

Droit d'auteur (publication mensuelle de l'Union pour la protection des œuvres littéraires). Berne.

Un aperçu utile de la législation récente se trouve également dans la revue :

La propriété intellectuelle, paraissant tous les deux mois à Leyden (contenu en français, anglais, allemand).

Des renseignements abrégés sur les dispositions législatives en vigueur se trouvent dans :

Urheberrecht, einschl. Verlags-, Press-, Theater-, Film-, und Funkrecht. (Dans Heft 3 de « Magnus Tabellen zum internationalen Recht »). Berlin, 1928.

Des analyses des principaux textes en vigueur dans les différents pays sont données par :

Röthlisberger. Der interne und der internationale Schutz des Urheberrechts in den Ländern des Erdballs. Leipzig, 1931.

Pour des renseignements sur le droit régissant *la presse*, voir :

Die Pressegesetze des Erdballs. Berlin 1928-1931, 10 vol. parus.

The Press laws of Foreign countries. London, 1926.

LÉGISLATION COLONIALE

Institut colonial international. Annuaire de documentation coloniale comparée. Bruxelles.

Donne, avec traduction française, les textes originaux ou des extraits de la législation appliquée aux colonies.

LÉGISLATION ÉCONOMIQUE ET DOUANIÈRE

Des textes et des extraits de traités et de dispositions législatives en vigueur dans les différents pays, concernant plus spécialement le commerce, sont publiés dans :

Revue des lois, décrets et traités de commerce de l'Institut international de commerce. (Bruxelles) (trimestriel).

Reichswirtschaftsministerium (Berlin). *Deutsches Handelsarchiv* (bimensuel).

Sotosegretariato di Stato per gli scambi (Roma). *Bollettino di Legislazione doganale e commerciale* (mensuel).

L'union internationale pour la publication des tarifs douaniers (Bruxelles).

Fait paraître, sous forme d'un fascicule par pays, les tarifs douaniers de presque tous les pays du monde, ainsi que les dispositions législatives y relatives (éditions française et anglaise).

Le Répertoire de traités internationaux et d'actes législatifs, publié par la Bibliothèque de la Société des Nations (voir *supra*), donne quatre fois par an depuis 1936 des résumés d'actes internationaux d'ordre économique :

Liste chronologique relative aux conclusions, mises en vigueur, dénonciation de *Traités, conventions de commerce, accords de clearing*, etc.

LÉGISLATION AGRAIRE

Institut international d'agriculture. Annuaire international de législation agricole. Rome.

Donne la traduction française de la législation ou d'extraits de lois des différents pays en ce qui concerne la production agricole, la politique rurale, le commerce.

LÉGISLATION FINANCIÈRE

Ministère des Finances (Paris). *Bulletin de statistique et de législation comparée* (mensuel).

Donne la traduction française des lois essentielles relatives aux finances publiques et de la législation financière des différents pays.

Rosendorf-Henggeler. *Das internationale Steuerrecht des Erdballs*. Zürich, 1936, etc.

Le droit fiscal de 27 pays européens est analysé dans les deux volumes parus jusqu'à présent (édition sur feuilles interchangeables).

Société des Nations. Double imposition et évasion fiscale (1928-1936), 6 vol. parus.

Donne les textes d'accords internationaux et des dispositions de droit interne en cette matière.

Société des Nations. Législation sur l'or. Genève, 1930. Résumés suivis d'extraits de textes législatifs de 70 pays (lois monétaires principalement).

Société des Nations. Lois relatives à la monnaie et à la Banque centrale. Genève 1932-1933.

Textes législatifs de 26 pays européens.

La Banque des règlements internationaux à Bâle publie une compilation des lois relatives au commerce des devises étrangères :

Foreign Exchange regulations in the different countries. Bâle, 1931 (mis à jour par des suppléments).

Das Devisenrecht der Welt. Berlin, 1932 (mis à jour par des suppléments).

Donne la traduction allemande des textes réglementant le commerce des devises étrangères dans les différents pays.

Outre des bibliographies périodiques et des bibliographies isolées sur des sujets donnés, la Bibliothèque de la Société des Nations publie des listes multigraphiées sur divers sujets. Elles sont rassemblées dans la série des « Listes bibliographiques ». Sous le N° 8 de cette série, a paru la

Bibliographie annotée sur les questions juridiques relatives aux emprunts internationaux, Genève, 1937.

LÉGISLATION SOCIALE

Bureau international du Travail. Série législative. Genève. Paraît depuis 1920 en fascicules réédités en volumes annuels.

Recueil des principales dispositions législatives concernant le travail (traduction anglaise, française et allemande). Index des dispositions législatives promulguées dans les différents pays. (Répertoire général par matière, 1919-1934) tenu à jour par la publication mensuelle « Législation du Travail récente ».

Bureau international du Travail. Recueil international de jurisprudence du travail. Genève. Publication annuelle. Paraît depuis 1925.

Collection de décisions classées d'après les sujets. (Editions anglaise, française et allemande).

Société des Nations. Assistance judiciaire aux indigents. (Sér. P. S.d.N. 1927, V. 27).

Donne les textes des lois, règlements et dispositions conventionnelles réglant l'assistance judiciaire dans les différents pays.

LÉGISLATION EN MATIÈRE D'HYGIÈNE PUBLIQUE

Bulletin mensuel de l'Office international d'hygiène publique, Paris.

Donne les textes, en français, des conventions, lois et règlements sanitaires des différents pays.

Société des Nations. Recueil de lois et règlements concernant le contrôle de l'opium à fumer (Sér. P. S.d.N. 1930. XI.10. III).

Textes des dispositions législatives en vigueur en Extrême-Orient.

La Bibliothèque de la Société des Nations possède une collection spéciale de la législation de tous les pays en matière de stupéfiants, tenue à jour, en vertu de décisions des Conférences internationales de l'opium, par les documents reçus des gouvernements.

EXTENSION DU CHAMP D'ACTION DE LA BIBLIOTHÈQUE
DE LA SOCIÉTÉ DES NATIONS

Comme nous l'avons constaté plus haut, l'énumération ci-dessus a dû être restreinte de beaucoup en raison de l'espace limité. Ne sont donc citées, parmi les publications de la Société des Nations, que celles qui traitent strictement de questions juridiques. Pour les personnes qui désireraient s'orienter d'une façon plus générale sur ces publications tant en ce qui concerne leur contenu que leur classement dans une bibliothèque, nous renvoyons à notre publication : « *La Société des Nations, centre d'études et source d'informations. Ce que contiennent ses publications* ». Paris, Pedone, 1937.

Tous les documents de la Société des Nations sont naturellement rassemblés dans la Bibliothèque, mais cette collection ne peut servir directement qu'aux personnes qui travaillent à Genève. Les autres cependant peuvent aussi utiliser ces documents soit en se procurant les publications qui les intéressent chez les libraires dépositaires qui se trouvent dans chaque pays, soit en les consultant dans les bibliothèques dépositaires. Ces dernières reçoivent gratuitement les publications mises en vente par la Société et, en retour, s'engagent à les mettre à la disposition de leurs lecteurs. Elles sont actuellement au nombre de 137.

Le directeur de la Bibliothèque de la Société des Nations, de qui dépend le choix de ces bibliothèques, répond à leurs demandes et les conseille au sujet du classement des collections.

Aux bibliothèques dépositaires s'en ajoutent d'autres qui sont abonnées aux publications de la Société des Nations en raison de l'intérêt que leur porte le public. Il existe une centaine de ces dernières bibliothèques dans le monde entier, ce qui démontre que les publications de la Société des Nations sont très largement mises à la disposition des lecteurs de tous les pays.

Les publications de la Bibliothèque citées, 2^e page, tirées à 1000 exemplaires, sont adressées à tous les gouvernements, à un grand nombre d'instituts de recherches, d'universités, de banques, de bibliothèques, etc. Elles paraissent également sur papier pelure (imprimé d'un seul côté) qui, découpé, permet d'établir des catalogues sur fiches. Quarante-sept institutions dans toutes les parties du monde bénéficient actuellement de ce travail de Genève qui leur permet d'organiser leur documentation.

De plus, afin d'étendre les possibilités de travail qu'elle procure et de rendre les publications qu'elle possède accessibles aux intéressés des divers pays, la Bibliothèque a adopté la méthode de reproduction photographique. Ce service est très souvent utilisé par les ministères, institutions, banques, etc., pour des reproductions de lois, de statistiques, de matériel rare ou qu'il leur est difficile de se procurer.

Le nombre croissant de juristes qui utilisent la documentation de la Bibliothèque de la Société des Nations et qui bénéficient des facilités qu'elle leur offre, de même que l'affluence des demandes d'information et de photocopies, suffisent à démontrer l'utilité de services organisés selon les conceptions que nous venons d'exposer.

LA DOCUMENTATION JURIDIQUE DE LA BIBLIOTHEQUE DU BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL

Par le Professeur ANDRÉ DE MADAY

Ancien Bibliothécaire du Bureau International du Travail

L'un des tâches importantes de l'ancien Office International du Travail à Bâle a été la réunion d'une documentation concernant la législation comparée du travail. Dans ce but, l'Office International du Travail a créé une bibliothèque comprenant les lois ouvrières des divers pays et il a publié en trois langues : français, anglais, allemand, une revue : *Le Bulletin de l'Office International du Travail*, comprenant un recueil des textes originaux ou des traductions des lois et ordonnances concernant la protection ouvrière nationale ainsi que les textes des traités internationaux concernant le travail.

Le Bureau International du Travail, à Genève, qui est le continuateur dans tous les domaines, mais sur une échelle beaucoup plus vaste, de l'œuvre de l'Office International du Travail de Bâle, a assuré aussi la tâche de devenir le centre d'une documentation juridique en matière de travail.

L'article 396 du Traité de Versailles indique comme l'une des fonctions importantes du Bureau International du Travail « la centralisation et la distribution de toutes informations concernant la réglementation internationale de la condition des travailleurs et du régime du travail ».

Il ressort du texte même de l'article cité qu'il faut distinguer dans l'œuvre de documentation accomplie par le Bureau International du Travail, d'une part la documentation *réunie* par le Bureau et, d'autre part, la documentation *publiée* par lui. Nous ne parlerons ici que du premier groupe.

Le Bureau International du Travail est l'organe administratif chargé de préparer la législation internationale du travail et de faciliter son exécution. Cette tâche ressemble, à bien des points de vue, sur le plan international, à celle du ministère du travail sur le plan national. Mais le Bureau International du Travail est également un institut scientifique de recherches. C'est en cette double qualité que le Bureau est obligé de réunir une importante documentation devant servir d'*instrument de travail aux fonctionnaires du Bureau*. Toutefois, la documentation centralisée au Bureau est destinée également à *rendre service*, dans des conditions déterminées, aux personnes étrangères au Bureau International du Travail qui désirent se renseigner sur les problèmes du travail : professeurs et étudiants, diplomates et journalistes, patrons et ouvriers. Dans la documentation centralisée au Bureau

International du Travail, celle ayant un caractère juridique joue un rôle très important.

Cette documentation peut être groupée en deux catégories :

La documentation juridique de la Bibliothèque du Bureau International du Travail embrasse les domaines suivants :

1° *Textes législatifs* : ce fonds comprend les textes de lois ouvrières et d'assurances sociales de tous les pays du monde, ainsi que les recueils généraux et les codes, notamment les codes du travail et les codes civils réglant le contrat de travail.

2° Les recueils officiels ou privés de la *jurisprudence du travail*.

3° Une vaste collection des *décisions des tribunaux d'arbitrage industriels* et des *comités ou commissions de salaires* des divers pays.

4° Les ouvrages traitant des *principes* et de l'*histoire* de la législation du travail.

5° Une des parties les plus considérables de la Bibliothèque est formée par les ouvrages concernant les *questions ouvrières spéciales* qui ont figuré à l'ordre du jour d'une Conférence internationale du Travail ou qui pourront y figurer un jour. En soi, cette collection n'a pas un caractère juridique. De nombreux ouvrages qui en font partie traitent de la question ouvrière purement au point de vue social (conditions du travail, statistiques, enquêtes, doléances des ouvriers) et non pas au point de vue légal. Toutefois, le nombre des publications examinant les questions sociales *de lege ferenda* est important, et même les publications de caractère purement social contiennent très souvent des conclusions d'ordre juridique en proposant des réformes, ou en critiquant la législation en vigueur. Nous pouvons mentionner parmi les sujets traités dans ces ouvrages : le travail des enfants et l'apprentissage, le travail des femmes, le travail agricole, le travail maritime, la durée du travail, l'utilisation des loisirs, le chômage, le placement et les migrations, l'hygiène du travail et la prévention des accidents, la rémunération du travail, les assurances sociales, les institutions coopératives, etc.

6° Une collection d'ouvrages en *langue russe* (6.000 volumes environ) dont la majorité formée de publications de l'U. R. S. S., comprend toute la législation de la Russie soviétique

7° La Bibliothèque voue un intérêt spécial à la constitution d'une documentation livresque concernant *l'histoire du mouvement ouvrier et la lutte des travailleurs pour leurs droits*, ainsi que *les origines de la législation internationale du travail*.

8° La Bibliothèque comprend naturellement une collection complète des publications du Bureau International du Travail parmi lesquelles les *documents des Conférences* où s'élaborent les projets de convention et les recommandations, le *Bulletin officiel*, la *Série législative* et le *Recueil International de Jurisprudence du Travail*, ont un caractère juridique.

Les publications du Bureau International du Travail sont à la Salle de lecture à la disposition des lecteurs qui peuvent les consulter sans s'adresser au préposé du service de la salle. Pour faciliter l'utilisation des publications du Bureau International du Travail, le classement et la reliure de ces publications ont été rationalisés. Les publications du Bureau International du Travail ont été classées en 23 séries qui se suivent sur les rayons

dans un ordre déterminé par les cotes. Pour la reliure de chaque série, une couleur a été adoptée, de sorte que les séries se distinguent par la couleur du dos de la reliure. Toutes ces publications ont au dos une pièce sur peau qui comprend le titre de l'ouvrage en lettres d'or. Ces pièces sur peau sont de six couleurs différentes pour désigner la langue des publications (français: violet; anglais: noir; allemand: jaune; espagnol: vert; italien: bleu; divers : rouges). Grâce à ce système de reliure, la place de chaque volume est déterminée par deux couleurs : la couleur de la série et la couleur de la langue.

A la Salle de Lecture, se trouvent les *catalogues sur fiches suivants* :

a) *Le fichier d'auteurs* (environ 100.000 fiches). L'importance de ce fichier, au point de vue de la documentation juridique, réside dans le fait qu'on y trouve les lois et règlements ainsi que les publications des autorités législatives et exécutives et, le cas échéant, des autorités judiciaires, des divers pays. Les publications officielles ne sont pas traitées à la Bibliothèque du Bureau International du Travail comme des ouvrages anonymes: les pays qu'elles concernent sont considérés comme « auteurs ». Dans l'ensemble des fiches d'auteurs concernant le pays déterminé, un premier groupe est constitué par les textes législatifs sous la vedette « Lois ». Un deuxième groupe est formé par les publications officielles ne portant pas l'indication du ministère ou de l'autorité qui les a éditées; ce groupe est classé sous la vedette « Gouvernement ». Ensuite viennent les divers ministères et départements, ainsi que les bureaux, offices, institutions, conseils, etc., qui en dépendent;

b) *Le fichier des sujets* (environ 110.000 fiches);

c) On a séparé du fichier des auteurs comme catalogue spécial le *fichier des périodiques* (environ 5.000 fiches).

Ce fichier ne comprend que les titres des périodiques qui sont conservés et reliés à la Bibliothèque;

d) On a également séparé du fichier des auteurs comme catalogue spécial : le *fichier des publications de la Société des Nations*;

e) *Le fichier des nouvelles acquisitions*, qui est renouvelé chaque mois.

★★

Le locaux de la Bibliothèque comprennent une *Salle de Lecture* et le *Magasin des Livres*. Il y a en outre une *salle de lecture spéciale pour les périodiques*.

Les personnes n'appartenant pas aux organisations de la Société des Nations ou du Bureau International du Travail doivent, pour être admises à travailler à la Bibliothèque du Bureau International du Travail, solliciter l'autorisation du Bibliothécaire en lui apportant une recommandation d'un fonctionnaire desdites organisations ou du consul de leur pays. Les étudiants doivent être porteurs d'une recommandation de l'un de leurs professeurs attestant qu'il leur est nécessaire de travailler à la Bibliothèque du Bureau International du Travail. Les autorisations sont accordées par le Bibliothécaire.

La carte de lecteur remise au requérant lui donne accès à la salle de lecture de la Bibliothèque et à la salle de lecture des périodiques. L'accès des magasins des livres est interdit, mais le Bibliothécaire peut, à titre excep-

tionnel, autoriser les personnes qui ont des recherches spéciales à faire, à consulter les ouvrages classés dans les magasins.

En principe, la Bibliothèque ne fait pas de prêt à l'extérieur, mais dans des cas tout à fait exceptionnels, elle prête des ouvrages à d'autres bibliothèques.

Le *Service des périodiques* a été séparé de la Bibliothèque en 1923; il fait partie d'un service autonome : le Service de Documentation. C'est ce service qui est chargé de la partie administrative concernant les périodiques : abonnements, négociations d'échanges, de services gratuits. Comme nous l'avons dit plus haut, le Service de Documentation dispose d'une salle de lecture spéciale pour les périodiques. Le nombre des périodiques reçus actuellement est de 4.300 environ. Le Service de Documentation fait parvenir régulièrement aux services d'études les périodiques de leur spécialité. Il assure en outre le service des coupures de presse et un dépouillement analytique, sur fiches multiples, des revues et journaux les plus importants. Ces fiches sont transmises chaque jour aux services intéressés et classées de plus dans un fichier central. Le total de ces fiches peut être évalué actuellement à 600.000.

Le Service de Documentation ne conserve que l'année courante des périodiques reçus. Les revues jugées dignes d'être conservées de façon permanente sont transmises à la Bibliothèque dès qu'elles peuvent constituer un volume.

La collection des périodiques comprend une importante documentation juridique, à savoir :

1° Les *journaux officiels* (par exemple le « Journal officiel de la République française ») ;

2° Les *recueils de lois* quand ils paraissent séparément (par exemple le « Recueil des lois » de la Confédération suisse) ;

3° Les *débats parlementaires* et les documents parlementaires : projets de loi, rapports des commissions, etc.

4° Les *revues juridiques*, en toutes langues et de tous les pays (par exemple : le « Bulletin trimestriel de la Société de législation comparée »).

Toute cette documentation juridique fait l'objet d'un dépouillement au Service de la Documentation. Les lecteurs peuvent obtenir l'autorisation de consulter le fichier contenant le résultat de ce dépouillement.

L'augmentation des collections juridiques de la Bibliothèque et des périodiques se fait par les voies suivantes :

a) La Bibliothèque du Bureau International du Travail reçoit gratuitement un grand nombre de publications officielles des gouvernements, des Etats membres de l'Organisation Internationale du Travail, ainsi que des publications d'associations patronales, ouvrières, coopératives ou autres. Ces publications sont envoyées à la Bibliothèque du Bureau International du Travail soit spontanément, soit sur la demande du Bureau.

b) La Bibliothèque reçoit à titre gracieux des envois faits par des institutions, par des auteurs ou par des éditeurs désireux de contribuer à la documentation qu'elle possède et de voir figurer dans les catalogues de la Bibliothèque les ouvrages en question. Dans un grand nombre de cas, les personnes qui ont utilisé pour leurs travaux la Bibliothèque du Bureau International du Travail, lui envoient un exemplaire quand leurs travaux sont terminés.

c) La Bibliothèque du Bureau International du Travail reçoit chaque année gratuitement un certain nombre d'ouvrages que les auteurs ou les éditeurs expédient soit spontanément, soit sur demande, pour compte rendu dans la Revue Internationale du Travail.

d) La Bibliothèque reçoit de nombreuses publications en échange des publications que le Bureau International du Travail fait parvenir aux organes gouvernementaux ou aux associations et institutions qui les publient. Le service d'échange est spécialement important en ce qui concerne les périodiques.

e) La Bibliothèque se procure par achat les publications parues dans les divers pays qu'elle n'obtient pas à titre gracieux.

La Bibliothèque du Bureau International du Travail possède une documentation livresque concernant la législation du travail qui est unique dans son genre. C'est ce qui explique que bien des personnes s'occupant de droit ouvrier et des réformes sociales sollicitent l'autorisation d'être admises à travailler à la Bibliothèque. Il y a des lecteurs venus des pays d'outre-mer qui consacrent des mois, voire même des années, aux recherches qu'ils entreprennent à la Bibliothèque du Bureau international du Travail. Au cours des dernières dix années, c'est-à-dire de 1927 à 1936, le nombre des personnes ayant obtenu l'autorisation de travailler à la Bibliothèque a été de 2.553.

Ainsi que nous l'avons dit plus haut, la Bibliothèque comprend une collection concernant l'histoire de la législation du travail. On trouve dans cette collection plusieurs pièces rares.

Nous pouvons citer, parmi les pièces présentant un intérêt particulier, les ouvrages suivants :

BARÈRE : Convention nationale. Premier rapport fait au nom du Comité de Salut public, sur les moyens d'extirper la mendicité dans les campagnes, et sur les secours que doit accorder la République aux citoyens indigents. Séance du 22 Floréal, n. p. n. d., p. 33.

(Le projet de Barère prévoit des allocations aux vieillards âgés de 60 ans et aux invalides, à la condition qu'ils puissent certifier qu'ils ont travaillé 20 ans comme cultivateurs ou 25 ans dans une profession mécanique. Il était prévu que l'état d'infirmité devait être certifié par deux médecins).

Le Droit au travail à l'Assemblée Nationale. Recueil complet de tous les discours prononcés dans cette mémorable discussion par: Fresneau, Hubert-Delisle, Levet, Cazalès, Lamartine, Gaulthier de Rumilly, Pelletier, A. de Tocqueville, Ledru-Rollin, Duvergier de Hauranne, Crémieux, Barthe, Gaslonde, de Luppé, Arnaud (de l'Ariège), Thiers, Considérant, Bouhier de l'Ecluse, Martin-Bernard, Billault, Dufaure, Glais-Bizoin, Goudchaux, Lagrange, Félix Pyat et Marius André (textes revus par les orateurs) ; suivis de l'opinion de Marrast, Proudhon, L. Blanc, Ed. Laboulaye et Cormenin ; avec des observations inédites par Léon Faucher, Wolowski, Fréd. Bastiat, de Parieu, et une introduction et des notes par Joseph Garnier. Paris (Guillaumin), 1848, p. XXIV-455.

CONSIDÉRANT, Victor : Théorie du droit de propriété et du droit au travail, 3^e édition, Paris (Librairie phalanstérienne), 1848, p. 36 (suivi de) : Doctrine de l'harmonie universelle et de l'organisation du travail. Publications de l'école phalanstérienne fondée par Fourier, 21 p.

SCHWEIZ, ST-GALLEN. Bureau für Arbeitslosenversicherung. : Versicherungsbüchlein. Arbeitslosenversicherung (St-Gallen, 1895, 39 p.

(C'est un livret de membre de l'assurance contre le chômage de la Ville de Saint-Gall. On sait que c'était la première assurance obligatoire contre le chômage, non seulement en Suisse mais dans toute l'Europe).

Le Code noir, ou recueil des règlements rendus jusqu'à présent concernant le gouvernement, l'administration de la justice, la police, la discipline et le commerce des nègres dans les colonies françaises, et les conseils et compagnies établis à ce sujet. Paris (Prault), 1767, 446 p.

En ce qui concerne les origines de la législation *internationale* du travail, la Bibliothèque du Bureau International du Travail a constitué une collection dont nous croyons utile de reproduire ici la liste complète vu l'intérêt qu'elle présente au point de vue juridique.

1. OWEN, Robert : Two memorials on behalf of the working classes ; the first presented to the governments of Europe and America, the second to the Allied powers assembled in congress at Aix-la-Chapelle. London, 1818, 27 p.
2. BÜCHER, Karl : Zur Geschichte der Internationalen Fabrikgesetzgebung. Wien (Verlag der « Deutschen Worte ») 1888, 24 p. (Sonderabdruck aus dem 2. Heft der « Deutschen Worte », 1888). (Brochure contre la réglementation internationale du travail).
3. DECURTINS, K. : La question de la protection ouvrière internationale. Mémoire... Berne, 1889, 73 p.
4. a. U.-K. Govt. : Correspondence respecting the proposed Labour Conference at Berlin. London, 1890. 5 p. (Commercial N° 8, 1890).
4. b. U.-K. Govt. : Further correspondence respecting the International Labour Conference at Berlin. (In continuation of « Commercial N° 8 : 1890. C. 5914) London, 1890. 194 p. (Commercial N° 16, 1890).
5. DIE PROTOKOLLE DER INTERNATIONALEN ARBEITERSCHUTZKONFERENZ. Im amtlichen Auftrag. Leipzig (Duncker und Humblot), 1890, pp. VI-227.
6. SUISSE. CONSEIL FÉDÉRAL : Rapport du Conseil fédéral à l'assemblée fédérale concernant la question de la réglementation internationale de la protection ouvrière et la conférence de Berlin (du 9 juin 1890). (Berne, 1890, 281 p.).
7. SCHWEIZ. BUNDESRAT : Bericht... an die Bundesversammlung betreffend die Frage der internationalen Regelung des Arbeitsschutzes und die Berliner Konferenz. Vom 9. Juni 1890. Bern, 1890. 282 p.
8. FRANCE. MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES : Conférence internationale de Berlin, 15-29 mars 1890. Paris. 1890, 128 p.
9. U.-K. Govt. : Reports from Her Majesty's representatives abroad relative to the recommendations of the Berlin Labour Conference. London, 1891. 41 p. (Commercial N° 15, 1891).
10. CONGRÈS INTERNATIONAL DE LÉGISLATION DU TRAVAIL. Bruxelles, 1897. Rapports et compte rendu analytique des séances publiés par le bureau de la commission d'organisation. Bruxelles (Weissenbruch), 1898, pp. XXXV-741.
11. INTERNATIONAL CONGRESS FOR PROTECTIVE LABOUR LEGISLATION at Zurich 23rd to 28 th of August 1897. The circulars of the Organising Committee. Papers and motions and provisional list of the participants in the Congress. Zurich, 1897, 130 p.
12. DER INTERNATIONALE KONGRESS FÜR ARBEITERSCHUTZ IN ZÜRICH Vom 23. bis 28. August 1897. Amtlicher Bericht des Organisationskomitees. Zürich, 1898, VIII + 280 p.
13. FRANCE. MINISTÈRE DU COMMERCE, DE L'INDUSTRIE, DES POSTES ET DES TÉLÉGRAPHES. EXPOSITION UNIVERSELLE INTERNATIONALE DE 1900. DIRECTION GÉNÉRALE DE L'EXPLOITATION : Congrès international pour la protection légale des travailleurs. Tenu à Paris du 25 au 29 juillet 1900. Compte rendu par André Lichtenberger, Paris (Imprimerie Nationale) 1900, 35 p.

14. FRANCE. MINISTÈRE DU COMMERCE, DE L'INDUSTRIE, DES POSTES ET TÉLÉGRAPHES. EXPOSITION UNIVERSELLE INTERNATIONALE DE 1900. DIRECTION GÉNÉRALE DE L'EXPLOITATION : Congrès international pour la protection légale des travailleurs, tenu à Paris, au Musée Social, du 25 au 28 juillet 1900. Rapports et compte rendu analytique des séances. Paris, 1901. XXX-563 p.
15. CONFÉRENCE INTERNATIONALE POUR LA PROTECTION OUVRIÈRE à Berne (du 8 au 17 mai 1905) n. p. (1905). 128 p.
16. INTERNATIONALE KONFERENZ FÜR ARBEITERSCHUTZ IN BERN. (8. bis 17. Mai 1905) n. p. (1905), 127 p.
17. ACTES DE LA CONFÉRENCE DIPLOMATIQUE POUR LA PROTECTION OUVRIÈRE, réunie à Berne du 17 au 26 septembre 1906. Berne, 1906, 175 p.
18. U.-K. HOME OFFICE : Memorandum on the international conference on labour regulation held at Berne, September, 1906. With the text of the documents signed at the conference. London, 1906. 21 p. (Cd. 3271).
19. PROTOKOLLE DER INTERNATIONALEN KONFERENZ FÜR ARBEITERSCHUTZ BERN, 15. bis 25. September 1913. (Protokolle der technischen Konferenz für Arbeiterschutz 1913).
20. ACTES DE LA CONFÉRENCE INTERNATIONALE POUR LA PROTECTION OUVRIÈRE, réunie à Berne, du 15 au 25 septembre 1913. Actes de la Conférence technique pour la protection ouvrière, 1913.
21. PEACE CONFERENCE : Report of the Commission on international labour legislation (London, 1919) 25 p.
22. ITALY. MINISTERO PER L'ECONOMIA NAZIONALE. SOTTOSEGRETARIO PER L'INDUSTRIA, COMMERCIO E LAVORO. DIREZIONE GENERALE DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE : La legislazione internazionale del lavoro alla Conference della Pace, gennaiogiugno 1919. Roma, 1919. 131 p. (Publicazioni dell'Ufficio del lavoro, serie B., N. 50).
23. UFFICIO DI SECRETARIA PER L'ITALIA DELLA ORGANIZZAZIONE PERMANENTE DEL LAVORO NELLA SOCIETA DELLE NAZIONI (PRESSO IL COMMISSARIATO GENERALE DELL'EMIGRAZIONE) : Procès-verbaux, rapport et documents de la Commission de la législation internationale du travail. Conférence de la paix, Paris, 1919. Roma, 1921, p. 378. (Lavori studi preparatori. Serie B. N. 6).
24. UFFICIO DI SECRETARIA PER L'ITALIA DELLA ORGANIZZAZIONE PERMANENTE DEL LAVORO NELLA SOCIETA DELLE NAZIONI (PRESSO IL COMMISSARIATO GENERALE DELL'EMIGRAZIONE) : Report and minutes of the Commission on International Labour Legislation, Peace Conference, Paris 1919. Roma, 1921. VII + 424. (Lavori e studi preparatori. Serie B. N° 6 bis).
25. LEAGUE OF NATIONS. INTERNATIONAL LABOUR CONFERENCE : First annual meeting. October 29, 1919, November 9, 1919. Washington, 1920. 300 p.
26. SOCIÉTÉ DES NATIONS. CONFÉRENCE INTERNATIONALE DU TRAVAIL : Première session annuelle 29 octobre-29 novembre 1919. Washington, 1926, 298 p.
27. BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL. BIBLIOTHÈQUE : Bibliographie des publications d'Albert Thomas. (Dactylogramme), Genève, 1936.
28. BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL. BIBLIOTHÈQUE : Bibliographie des publications de H.-B. Butler. (Dactylogramme), Genève, 1936.

TITRE III

LES RECUEILS INTERNATIONAUX DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE LEUR UTILITE ET LES PROBLEMES QUE POSE LEUR CREATION

L. DOR, *Des problèmes que posent la création et l'organisation d'une Revue de Droit Comparé.*

MANKIEWICZ, *Intérêt pour l'étude comparative des droits et des évolutions économiques des Recueils Internationaux de Jurisprudence. Illustré au moyen du Recueil International de Jurisprudence du Travail.*

WAELEBROECK, *Les publications du Bureau International du Travail et l'aide qu'elles apportent à la documentation juridique internationale.*

THOMMEN, *La Série Législative du Bureau International du Travail.*
HERZ, *Le Recueil International de Jurisprudence du Travail.*

HOENINGER, *A propos de douze volumes de Recueil International du Travail.*

(Cette dernière contribution publiée dans le Tome III, Cinquième Partie, Titre VII, Chapitre Premier : « Le Nouveau Droit International du Travail », § 166).

Les PUBLICATIONS DES DIVERS BUREAUX, COMMISSIONS, INSTITUTS, SOCIÉTÉS ET ASSOCIATIONS S'OCCUPANT DE L'ÉCONOMIE ET DU DROIT COMPARÉS sont indiquées dans les contributions relatives à ces diverses organisations et reproduites dans cette Partie, *suprà*, Titre II, §§ 43 et 44, et *infra*, Titre IV, Chapitres I^{er} et II, § 50 à 64.

Nous rappelons qu'une liste des PUBLICATIONS DE L'INSTITUT DE DROIT COMPARÉ DE LYON est reproduite ci-dessus dans l'Introduction, Titre I^{er}, Chapitre IV.

DES PROBLEMES QUE POSENT LA CREATION ET L'ORGANISATION D'UNE REVUE DE DROIT COMPARE

Par Léopold DOR,

Avocat au Barreau de Paris

Directeur de la Revue de Droit Maritime Comparé

Lorsque, au début de 1923, nous avons fondé la *Revue de Droit Maritime Comparé*, nous ne disposions d'aucun modèle; dans nulle branche du droit pareille entreprise n'avait encore été tentée; il fallait tailler dans le neuf, établir un plan, créer une méthode. En cela résidaient et l'intérêt et le péril de l'aventure; quelque restreint que soit le domaine du droit maritime, les mêmes méthodes, si notre effort était couronné de succès, pourraient être ensuite appliquées à toute autre branche du droit. C'est ce que voulut bien marquer, dès l'apparition du premier volume, M. le Professeur Lambert dans un article qui fut pour nous un précieux encouragement et dont nous lui sommes profondément reconnaissant ⁽¹⁾. Recevoir du grand maître du droit comparé une approbation complète, enthousiaste même, c'était pour nous le plus puissant des réconforts, le plus efficace des viatiques.

Aujourd'hui que la *Revue* a déjà quatorze années d'existence, il n'est peut-être pas dénué d'intérêt d'examiner très simplement les principes directeurs qui ont présidé à sa fondation et surtout les méthodes, voire les procédés pratiques employés.

Il apparaît tout d'abord au premier coup d'œil que le droit maritime était un terrain particulièrement favorable pour tenter un tel essai. De par sa nature même il est international. Un navire grec transporte des céréales des ports de la Mer Noire à Marseille; le corps est assuré à Londres, les marchandises sont couvertes par des compagnies réparties sur toute l'Europe. Encore n'est-ce là qu'un cas assez simple; mais que l'on songe au paquebot qui, parti de Bordeaux après avoir cueilli du chargement dans tous les ports entre Hambourg et Le Havre, touche à Lisbonne, au Maroc, à Dakar et va finalement débarquer ses passagers et ses marchandises dans les ports de trois ou quatre pays de l'Amérique du Sud. Ce sont bien souvent des chartes-parties anglaises, des polices d'assurances et des connaissements étrangers qu'ont à interpréter nos tribunaux. Et

(1) Edouard Lambert. *La documentation jurisprudentielle comparée. Bulletin de la Société de Législation Comparée*, 1922-23, p. 369.

que dire d'un abordage entre navires italien et belge dans les eaux territoriales françaises, alors que les propriétaires des marchandises et leurs assureurs appartiennent peut-être à dix nationalités différentes !

D'autre part, si les lois et la jurisprudence maritimes diffèrent suivant les pays, elles offrent de nombreux points de ressemblance; souvent même elles ne se différencient que par des détails. Cela tient sans doute à ce caractère international des transports maritimes que nous venons d'indiquer, mais aussi aux sources mêmes de ce droit spécial, de nature essentiellement particulariste.

Au Moyen-Age les grands recueils de jurisprudence et de coutumes maritimes, Consulat de la Mer, Rôles d'Oléron et autres, étaient reconnus comme ayant force de loi dans plus d'un pays. L'Ordonnance de la Marine de 1681, justement qualifiée de chef-d'œuvre de l'esprit humain, a servi de modèle à tous les pays d'Europe; l'Angleterre elle-même y a puisé les principes directeurs de cette jurisprudence maritime dont elle est, à juste titre, si fière. Or, il est plus facile de comparer des systèmes juridiques qui ne sont pas trop profondément dissemblables. Pour que les méthodes du droit comparé puissent être appliquées avec fruit, il faut pouvoir mettre en évidence non seulement les divergences, mais aussi les points de contact et les tendances parallèles.

★★

Enfin, la *Revue* naissait à un moment où l'unification du droit maritime, commencée dès les dernières années du XIX^e siècle, avait déjà fait de sérieux progrès. D'une part, l'International Law Association, dans ses congrès d'York (1864), d'Anvers (1877) et de Liverpool (1890), avait réussi à mettre sur pied les fameuses règles d'York et d'Anvers 1890, qui réglaient, sur un certain nombre de points pratiques, la très difficile matière des avaries communes. Ces règles n'avaient aucun caractère obligatoire; suivant une méthode originale, elles étaient proposées aux armateurs, chargeurs et assureurs du monde entier pour être librement incorporées dans les connaissements; elles eurent rapidement un énorme succès et régirent ainsi la plupart des règlements d'avaries communes sans qu'il ait été nécessaire de faire intervenir une convention internationale.

Mais ces règles, d'inspiration nettement anglo-saxonne, ne posaient aucun principe; elles se réduisaient à une série de solutions d'espèces ajoutées bout à bout. En 1924, alors que la *Revue* entrait seulement dans sa deuxième année d'existence, leur révision fut décidée et la jeune Branche Française de l'Association, née à cette occasion, prit une part prépondérante à leur élaboration; c'est elle qui rédigea les règles qui donnent la définition de l'avarie commune et en formulent les principes directeurs; de la conférence de Stockholm sortirent les règles d'York et d'Anvers 1924 qui constituent le code de l'avarie commune.

D'autre part, en 1921, à La Haye, l'International Law Association avait réussi à mettre fin à la longue guerre entre chargeurs et armateurs par ce traité de paix que furent les Règles de La Haye 1921; définissant les droits et obligations du transporteur maritime envers les propriétaires des marchandises, elles devaient être volontairement insérées dans les connaissements. Malheureusement des résistances se firent jour en Angleterre du côté des chargeurs; il fallut recourir à une convention interna-

tionale; ce fut l'œuvre du Comité Maritime International, dans sa conférence de Londres, 1922. On ne fit d'ailleurs qu'insérer le texte des règles, avec d'infimes modifications de détail, dans le cadre d'une convention.

Le Comité Maritime International qui, depuis 1897, s'efforce d'unifier le droit maritime, emploie des méthodes différentes; au lieu de rédiger des règles destinées à être librement incorporées par les parties dans leurs contrats, il établit des projets de conventions internationales qui sont ensuite soumises aux Gouvernements pour être signées et ratifiées par eux; c'est donc par la voie législative que se fait l'unification. Dès 1910 étaient ainsi établies les conventions relatives à l'abordage et au sauvetage; puis, en 1924, furent unifiées les législations des privilèges et hypothèques maritimes, de la limitation de responsabilité des propriétaires de navires; en même temps était rédigée une convention sur l'immunité des navires d'Etat, destinée à assujettir aux juridictions de droit commun les bateaux exploités commercialement par les Gouvernements.

Le mois dernier, le Comité Maritime International, réuni à Paris, vient de voter trois nouvelles conventions sur la compétence civile en matière d'abordage, la compétence pénale dans le même cas et la saisie des navires.

**

Naissant en 1923, entre les Règles de La Haye et celles de Stockholm, alors que le Comité Maritime International mettait la dernière main aux conventions de 1924, la *Revue de Droit Maritime Comparé* voyait donc le jour à un moment où le travail d'unification battait son plein. Et l'un de ses buts était précisément d'y coopérer.

La première condition, pour unifier, c'est de bien connaître les diverses législations ou jurisprudences que l'on veut fondre en une harmonieuse synthèse. Or, la pratique des congrès montre qu'on s'ignore de chaque côté des frontières; les congressistes trouvent toujours une langue commune en laquelle s'entretenir; mais on a l'impression qu'ils auraient besoin de traducteurs d'idées. L'esprit juridique des anglo-saxons, leur procédure sont si différents de ceux des « continentaux » qu'il est bien difficile à un Français qui n'a pas étudié le droit anglais sur place de s'entendre avec un juriste anglais. Il en est de même pour les Etats-Unis.

Au contraire, en Belgique, en Italie, dans une grande partie du continent, et même hors d'Europe, en Egypte, en Amérique du Sud et jusqu'au Japon, le Français retrouve un droit, une procédure dont la source est dans les Codes Napoléon.

C'est la *zoîvri* juridique franco-romaine qui s'oppose à la *zoîvri* anglo-saxonne.

Mais, dira-t-on, quel besoin de comparer puisqu'on est en train de supprimer les différences? La *Revue* vient trop tard dans un monde maritime trop unifié.

En réalité, si le travail d'unification, qui se traînait lentement et péniblement à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e, a marché à pas de géant dans la période d'après-guerre, le chemin qu'il reste à parcourir est encore immense; l'affrètement et l'assurance maritime, pour ne citer que deux sujets parmi bien d'autres, n'ont pas été touchés et il n'est même pas question de s'y attaquer pour le moment. Et puis, il faudrait être doué d'une forte dose d'optimisme pour croire qu'unifier les lois, c'est aboutir à une

jurisprudence uniforme. Il faut interpréter les conventions; et il faut surtout appliquer aux faits les quelques principes très généraux qu'elles posent. On a plaidé pendant des années sur l'interprétation des Règles d'York et d'Anvers 1890, et on bataille aujourd'hui à propos de celles de 1924.

★★

Un autre but de la *Revue* était de faciliter la naissance d'ouvrages de droit maritime comparé. Mettons-nous un instant à la place de l'étudiant qui veut préparer une thèse, du juriste qui se propose d'écrire un traité de ce genre. Il faut d'abord qu'il lise couramment trois langues étrangères, l'anglais, l'allemand et l'italien; et il ne suffit pas de pouvoir lire un roman anglais pour être à même de comprendre un jugement de la Cour de l'Amirauté. Puis il lui est indispensable d'avoir accès à tous les recueils de jurisprudence française et étrangères, ainsi qu'à toutes les collections législatives.

Dans beaucoup d'Universités de province, c'est complètement impossible; dans de grands centres comme Paris et Lyon la bibliothèque universitaire est mieux montée; mais y trouve-t-on vraiment tout? Y rencontrera-t-on les *Aspinall's Maritime Cases* et les *Lloyd's List Law Reports*, pour l'Angleterre, les *American Maritime Cases*, la *Hanseatische Rechts- und Gerichts-Zeitschrift*, l'*Il Diritto Marittimo*, la *Gaceta del Foro* (Argentine) et bien d'autres encore?

Il faut en outre avoir à sa disposition les ouvrages étrangers de droit maritime; et ceux d'Angleterre connaissent une nouvelle édition tous les trois ou quatre ans; l'auteur original est mort depuis longtemps et souvent même un ou deux de ses successeurs, mais le traité continue à réapparaître périodiquement; le traité de Mardsen sur les abordages en est à sa huitième édition, et celui de Carver sur le transport par mer à sa septième.

Admettons enfin que notre étudiant ou notre juriste dispose d'une bibliothèque complète et qu'il connaisse les langues étrangères. Cela ne lui suffira pas encore. Une recherche de jurisprudence anglaise est quelque chose de tout différent d'une recherche de jurisprudence française. Et puis, encore une fois, il faut comprendre; comment celui qui ne connaît que notre procédure française pourra-t-il s'y reconnaître dans les actions *in rem* ou dans les subtilités du témoignage oral?

Sans doute, le jeune étudiant en question peut aller passer deux ans chez un grand *solicitor* maritime anglais, six mois dans une firme d'*attorneys* de New-York, autant chez un *Rechtsanwalt* de Hambourg et chez un avocat de Gênes. Il peut ensuite visiter les principaux pays maritimes, et au cours de séjours plus brefs, se mettre au courant de leurs lois et surtout de leur procédure. Lorsqu'il aura accompli ce stage, il sera parfaitement apte à écrire une thèse ou un traité sur une question de droit maritime comparé.

Un des principaux buts de la *Revue* est de le mettre à même de faire ceci sans passer au préalable par cela.

Enfin, nous avons pensé aussi au praticien, avocat, dispacheur, chef de contentieux ou secrétaire de comité d'assureurs. Il est consulté au sujet d'un navire saisi à New-York, d'un abordage dans les eaux territoriales étrangères, de l'interprétation que l'on donne, en Angleterre, aux règles

d'York et d'Anvers 1924. Encore moins que l'étudiant que nous citons tout à l'heure, il n'a à sa disposition tous les recueils étrangers; il n'est pas au courant des méthodes propres à leur consultation.

Cependant, le client a besoin d'une réponse immédiate; les affaires maritimes se traitent d'heure à heure, la journée d'un grand vapeur de charge moderne coûte cher; il faut faire lever la saisie, télégraphier des instructions, et, souvent dès la première heure, prendre parti; suivant qu'on décidera dans un sens ou dans l'autre, le procès, par exemple, s'engagera à Londres ou ailleurs.

A ce praticien, la *Revue* doit permettre de se faire rapidement une opinion sur tel ou tel point de législation et surtout de jurisprudence étrangère. De même, à l'avocat qui, devant une juridiction française, plaide sur l'interprétation d'une charte-partie ou d'une police d'assurance anglaise, elle doit fournir la jurisprudence anglaise sur la matière; s'il s'agit de savoir comment la loi américaine sur les clauses des connaissements est interprétée en Allemagne, en Italie, devant les tribunaux mixtes d'Egypte, etc., elle doit fournir le dernier état de la jurisprudence en la matière.

★★

Cela, c'est l'idéal; et nous ne prétendons certes pas l'avoir réalisé loin de là. Mais il peut être intéressant d'examiner les méthodes employées pour essayer d'exécuter ce programme, les difficultés avec lesquelles on s'est trouvé aux prises et la manière dont on s'est efforcé de les surmonter.

★★

Deux problèmes se posaient avant de pouvoir commencer; la documentation, les collaborateurs. Le premier était le plus simple: il s'agissait de se procurer toutes les collections de jurisprudence des pays maritimes, recueils généraux et spéciaux. Pour les pays anglo-saxons, les plus importants du point de vue maritime, la tâche est grandement facilitée par l'excellente organisation des publications jurisprudentielles. Par exemple, en Angleterre, les *Law Reports* ne débutent qu'en 1864. Auparavant il y a toute une poussière de petits recueils privés dont certains n'ont vu le jour que pour disparaître au bout de quelques années. Heureusement, le contenu de tous ces Reports, depuis les premiers, qui datent du XIII^e siècle, a été publié à nouveau dans un immense recueil, les *English Reports*, qui compte 176 volumes.

De même, pour les Etats-Unis, si les *U. S. Reports* remontent à l'origine de la Cour Suprême, il n'en est pas de même du *Federal Reporter* qui contient les décisions fédérales de première instance et d'appel et qui ne débute qu'en 1880.

Ici encore, les *Federal Cases* donnent une reproduction de toutes les décisions antérieures à cette date et qui sont disséminées dans de nombreux petits recueils.

Pour l'Allemagne, avec les *Entscheidungen des Reichsgerichts* pour la Cour d'Empire et la *Hanseatische Rechts- und Gerichts-Zeitschrift* qui donne les décisions de première instance et d'appel des ports, on a tout ce qui concerne le droit maritime.

Dans plusieurs pays, on trouve de plus des recueils spécialisés dans

le droit maritime ou commercial national, tels que les *Aspinall's Maritime Cases*, les *Commercial Cases* et les *Lloyd's List Law Reports*, pour l'Angleterre, les *American Maritime Cases*, nés en même temps que notre revue, *Il Diritto Marittimo*, *Rivista del diritto commerciale*, des grands recueils généraux et des périodiques, il est en effet impossible, si on veut être complet, de se passer des revues de jurisprudence publiées dans les ports ou dans les sièges de cours d'appel maritimes. Or, elles sont nombreuses : Marseille, Bordeaux, Nantes, Le Havre, Rouen et Caen, Douai. Heureusement nous en possédions déjà les collections, qui sont parfois difficiles à trouver à l'état complet. De même, nous avons pu mettre à la disposition de nos collaborateurs un fichier de jurisprudence maritime que nous avons constitué antérieurement pour les besoins de notre profession; les sommaires de toutes les décisions publiées dans la *Revue Internationale du Droit Maritime* et dans tous les recueils de ports, depuis leur fondation, avaient été découpés, collés sur fiches et classés méthodiquement. C'étaient donc là des tables de jurisprudence maritime s'étendant sur un siècle, puisque le *Recueil de Marseille* a débuté en 1820 et que notre fichier va jusqu'à la fondation de la *Revue* soit jusqu'en 1923; il comprend environ 100.000 fiches.

La législation n'offre pas grandes difficultés; il existe, en général, dans chaque pays, un recueil officiel, dont il suffit de posséder la collection complète, les *Statutes*, pour l'Angleterre, les *Statutes of the United States of America*, le *Reichsgesetzblatt*, pour l'Allemagne, etc.

Quant aux traités et monographies, nous en possédions heureusement déjà un assez grand nombre dans notre bibliothèque personnelle; nous nous sommes efforcé de les compléter par la seule méthode possible, c'est-à-dire par des recherches et acquisitions faites sur place dans chaque pays étranger.

★★

La collaboration posait un difficile problème : fallait-il s'adresser à des juristes étrangers choisis dans les principaux pays maritimes ? Valait-il mieux faire appel à une équipe restreinte de juristes français groupés au siège même de la *Revue* ?

La première solution est celle qui se présente d'abord à l'esprit. Qui sera mieux qualifié qu'un juriste anglais pour annoter une décision de la Cour de l'Amirauté ou de la Chambre des Lords ? Mais, dès qu'on y regarde de plus près, on voit que cette simplicité n'est qu'apparente.

Tout d'abord, rien de plus difficile que d'obtenir de collaborateurs étrangers la livraison, au jour dit, d'importants manuscrits; publier une *Revue*, c'est se soumettre à la tyrannie du calendrier; même avec des rédacteurs avec qui on reste en contact journalier, obtenir chaque semestre des manuscrits représentant environ 700 pages d'in-8°, et ce, en temps voulu pour qu'en quatorze ans pas un seul volume ne paraisse en retard, est chose moins facile qu'on n'est tenté de le croire; avec des collaborateurs disséminés aux quatre coins du monde, ce serait une impossibilité.

Et puis, sous une décision de la Cour de l'Amirauté, il ne s'agit pas d'écrire une note de droit anglais, mais bien de droit comparé. Où notre juriste anglais trouvera-t-il les collections de jurisprudence étrangère, en dehors des américaines, qui lui sont d'un accès relativement facile ? Con-

naîtra-t-il suffisamment le droit français, italien, argentin, etc., pour établir des rapprochements, des discriminations ? Enfin, comment imposer une unité de direction, de méthode, si on ne peut avoir avec les rédacteurs de la Revue un contact continu, des conférences fréquentes ?

La seconde solution s'imposait donc avec la force de l'évidence. Mais la formation d'une pareille équipe présentait bien des difficultés. Il fallait notamment trouver des juristes qui puissent lire couramment plusieurs langues étrangères. Quant à exiger qu'ils connussent déjà les systèmes juridiques et la procédure des pays étrangers, c'eût été trop demander. C'était précisément la tâche propre du directeur que d'entreprendre ou de compléter leur formation en cette matière, que de les initier aux conceptions juridiques anglo-saxonnes, aux systèmes divers d'organisation des tribunaux et de la procédure, etc...

En 1921, on nous offrit d'acquérir la *Revue Internationale du Droit Maritime*, fondée en 1885 par F.-C. Autran. Dès 1913, nous avions nous-même conçu le plan d'une revue de droit maritime comparé. Les événements en avaient retardé la réalisation.

Devenir propriétaire de la *Revue Internationale du Droit Maritime*, c'était une occasion d'essayer nos forces avant de nous lancer dans la grande aventure. Nous avons accepté l'offre que nous avait transmise un ami commun et c'est pendant le printemps et l'été de 1921 que nous avons constitué la bibliothèque de la Revue et recruté ses collaborateurs.

Au cours de 1922, la *Revue Internationale du Droit Maritime* publia six fascicules qui formèrent deux épais volumes; l'essai était concluant; à la fin de 1922, nous avons donc cessé cette publication pour commencer celle de la *Revue de Droit Maritime Comparé*.

On représente parfois cette dernière comme étant la « continuation de la *Revue Internationale du Droit Maritime* ». Plus familièrement, on dit que nous avons « pris la suite de la *Revue Autran* ». La deuxième expression n'est vraie que de la seule année de 1922; la première constitue une erreur bien explicable et toute naturelle d'ailleurs. La *Revue Internationale du Droit Maritime* n'était qu'un bon recueil de droit maritime français; les bulletins de jurisprudence étrangère n'y avaient que fort peu d'importance, ils finirent même par en disparaître complètement.

Qu'on essaye de préparer une question de droit anglais ou allemand avec le seul secours de cette *Revue*, on se rendra vite compte que c'est impossible.

Il suffit d'ailleurs d'ouvrir un volume de l'ancienne *Revue Autran* et un de la *Revue de Droit Maritime Comparé* pour se rendre compte qu'il s'agit là de deux œuvres de conception et d'exécution radicalement différentes; il n'y a eu succession que du point de vue chronologique.

★★

L'équipe principale formée — et nous sommes heureux et fier de constater qu'elle est encore aujourd'hui la même qu'au premier jour — il fallait tout un réseau de correspondants tant en France qu'à l'étranger. En France, pour envoyer non seulement des articles de doctrine, mais aussi les décisions maritimes rendues par tous nos tribunaux; car il ne pouvait être question d'appliquer à la jurisprudence française la méthode employée pour l'étranger, prendre le texte des jugements dans les recueils,

ce qui eût été incompatible avec la publication rapide et complète des décisions françaises. A l'étranger, pour nous fournir des contributions doctrinales et aussi les renseignements dont nous pourrions avoir besoin sur telle nouvelle loi ou même tel important projet de loi en élaboration, sur la portée d'un arrêt inaugurant une nouvelle jurisprudence, etc.

Que tous ceux qui répondirent à notre appel et qui nous ont continué pendant ces quatorze ans le précieux concours de leur collaboration, veuillent bien trouver ici l'expression de notre reconnaissance.

Enfin, nos éminents amis, MM. Georges Ripert, John M. Woolsey et Herbert Holman voulurent bien accepter non seulement de nous accorder leur collaboration, mais aussi, en nous autorisant à faire figurer leurs noms sur la couverture de la *Revue*, d'être ses « répondants » devant le monde juridique maritime.

La mort nous enleva prématurément le dernier, M. John M. Woolsey ayant été élevé, il y a quelques années, à la dignité de juge de la Cour de District de New-York dut, pour se conformer aux usages de la magistrature américaine, cesser sa collaboration. S. Exc. M. Louis Franck, Ministre d'Etat de Belgique, Président du Comité Maritime International, et M. Axel Rinman, Président de l'Union Internationale des Assurances Transports, voulurent bien consentir à les remplacer.

★★

Il ne pouvait être question de publier *in extenso* toutes les décisions étrangères ou même une partie importante. Il aurait fallu vingt ou trente volumes par an. Nous avons donc limité la publication *in extenso* à trois décisions par pays, en choisissant, autant que possible, des arrêts de la Cour suprême. Encore chaque pays, en dehors de la France, ne figure-t-il dans les publications *in extenso* qu'une fois sur deux.

En revanche, dans chaque volume, chaque pays est représenté par les sommaires de sa jurisprudence.

Il suffit de feuilleter la collection de la *Revue*, pour voir l'évolution suivie par la rédaction de ces sommaires. On est aux prises avec deux difficultés contradictoires : on ne peut faire trop long, parce que le nombre des décisions maritimes rendues dans le monde entier est considérable et que le volume n'est pas indéfiniment extensible; mais se borner à énoncer sèchement le principe de droit tranché par la décision, c'est rendre le sommaire dépourvu de toute utilité pratique. Après beaucoup de tâtonnements, nous nous sommes finalement arrêté au procédé que nous appliquons depuis déjà pas mal d'années : un résumé aussi succinct mais aussi clair que possible des faits essentiels du procès; le principe de droit énoncé de façon détaillée ainsi que la conséquence pratique que la Cour en a déduite.

★★

La législation présente aussi une difficulté d'ordre pratique; nous tenons à tout publier ou signaler : lois, décrets, règlements, tout ce qui touche de près ou de loin au droit maritime; mais il faut choisir entre la publication du texte entier de la loi, celle d'extraits, celle d'un résumé et enfin celle du simple titre. Si l'on n'écoutait que son désir, on multiplie-

rait les textes *in extenso*. Hélas ! la production législative, spécialement au cours de ces dernières années, est tellement surabondante qu'on est obligé, non sans regrets, non sans remords, de couper, tailler et de ne publier qu'en extraits ou en résumé tel texte qu'on aurait bien voulu donner *in extenso*. Toutefois, la *Revue* fournit à tout abonné qui en fait la demande le texte intégral de toute décision qui n'est publiée qu'en sommaire ou de tout texte législatif qui n'est pas reproduit *in extenso*.

Quant aux difficultés que présente la traduction des textes législatifs et jurisprudentiels, spécialement pour l'anglais, tous ceux qui ont essayé de traduire dix lignes d'anglais juridique, admettront avec nous qu'elle est à peu près insurmontable.

Si M. Paul Mazon vient de prouver de façon éclatante qu'il est possible de traduire fidèlement Homère en un français harmonieux qui restitue le *mouvement* du style de l'aède sans sacrifier le caractère formulaire de la diction épique, nous ne connaissons pas de procédé pour traduire *exactement* de l'anglais juridique en bon français.

★★

Jurisprudence et législation forment évidemment les deux parties les plus importantes de la *Revue*. Sous une rubrique *Conventions et Traités Internationaux*, on trouve non seulement les traités spécialement maritimes, mais aussi les articles proprement maritimes des traités de commerce ou autres; également les adhésions et ratifications au fur et à mesure qu'elles sont publiées.

La rubrique *Documents* comprend les textes votés dans les congrès internationaux, les comptes rendus des travaux d'associations telles que le Comité Maritime International, l'International Law Association, l'Union Internationale d'Assurances Transports, l'Association française du droit maritime, etc., certains projets de lois comportant une importance particulière, etc.

Enfin dans la *Bibliographie*, sont analysés les ouvrages qui touchent de près ou de loin le droit maritime et sont signalés les articles de droit maritime qui paraissent non seulement dans les revues françaises et étrangères, mais aussi dans les périodiques soit quotidiens, comme la *Lloyd's List* et le *Sémaphore de Marseille*, soit hebdomadaire, comme notre admirable *Journal de la Marine Marchande*, *Fairplay*, etc.

★★

Mais, nous dira-t-on, en quoi faites-vous du droit maritime comparé ? La *Revue* fournit des documents à ceux qui veulent en faire, décisions de jurisprudence, textes législatifs, etc. : c'est un magasin auquel on peut venir s'approvisionner.

Tout d'abord, dans chaque volume, on trouve plusieurs articles de doctrine, dont certains sont des articles de droit comparé. Enfin et surtout c'est par les notes placées sous les décisions *in extenso* que nous collaborons à l'œuvre du droit comparé. C'est à ces notes qu'il faut se reporter si on veut juger de la valeur que peut avoir notre effort.

A propos d'une décision déterminée du Tribunal d'Empire, de la Chambre des Lords ou de la Cour de Cassation, nous étudions du point de vue des législations et surtout des jurisprudences de tous les pays mariti-

mes la question de droit tranchée par l'arrêt, en donnant les références aussi complètes que possible des décisions françaises et étrangères, des textes législatifs ainsi que des ouvrages de doctrine.

Là encore, il y a le choix entre deux méthodes : on peut traiter toutes les jurisprudences étrangères comme un immense tout; au fur et à mesure qu'on énonce un principe juridique, on cite toutes les décisions, de quelque pays qu'elles soient, qui viennent à l'appui de la thèse. On peut, au contraire, s'efforcer de diviser les jurisprudences des pays en deux, trois ou même quatre grands systèmes, dont on rend compte successivement. On peut dire par exemple : sur tel point, il y a le système anglo-saxon, qui est le suivant; puis le système français, italien et belge auquel se rattache aussi la jurisprudence argentine, égyptienne, etc., que voici; enfin le système allemand, avec lequel les jurisprudences hollandaises et des pays du Nord ont beaucoup d'analogie, et qui consiste en ceci. On trouvera dans les notes de la *Revue* des exemples des deux méthodes. Personnellement, nous préférons la seconde; mais il n'est pas toujours possible de l'appliquer; les jurisprudences des divers pays ne se laissent pas toujours aisément classer et répartir entre systèmes opposés; il y a bien des nuances qu'on risque de méconnaître si on veut parquer de force les décisions comme les moutons à l'étable.

Ces deux méthodes, d'ailleurs, comportent des quantités de variantes; chaque cas, pourrait-on dire, pose des problèmes nouveaux; c'est pourquoi nos notes de droit comparé, si elles sont la partie la plus intéressante de la *Revue* en sont aussi la plus ardue, celle qui, à chaque volume, pose, pour nos collaborateurs et pour nous-même, les plus difficiles, les plus anxieux problèmes. On nous pardonnera l'imperfection des résultats en faveur de la sincérité de l'effort.

INTERET POUR L'ETUDE COMPARATIVE DES DROITS ET DES EVOLUTIONS ECONOMIQUES DES RECUEILS INTERNATIONAUX DE JURISPRUDENCE.

**Illustré au moyen du Recueil International de Jurisprudence
du Travail**

Par H. MANKIEWICZ

Secrétaire général de l'Institut de Droit Comparé de Lyon

Le Recueil qu'offrent les émules et élèves reconnaissants au Professeur Edouard Lambert comporte déjà deux contributions importantes sur le Recueil International de Jurisprudence du Travail (R.I.J.T.). L'un de ces articles, écrit par un Membre du B.I.T., M. E. Herz, précise le rôle important que M. Lambert a joué lors de la naissance de cette publication à laquelle il ne cesse de s'intéresser; cette étude analyse en outre le but, la nature, l'objet et le système du R. I. J. T. La deuxième contribution — émanant d'un autre collaborateur de la première heure, le Professeur allemand H. Hoeniger — donne une vue d'ensemble sur l'un des nombreux chapitres naturels du droit du travail. En groupant, à titre d'exemple, les décisions judiciaires relatives au droit international du travail et, occasionnellement, celles relatives à certains problèmes du droit des accidents du travail, elle fait entrevoir la richesse de la documentation du R.I.J.T. sur la marche du droit du travail et le développement des entreprises de redressement économique nationales. Ce n'est pas à nous d'exposer les raisons majeures qui justifient l'existence d'un pareil Recueil, complément indispensable des autres publications du B.I.T. ⁽¹⁾. M. Edouard Lambert les a énumérées dans ses articles

(1) Il est notamment un complément indispensable de la *Série législative* du B. I. T., et cela pour une double raison : 1° Ce n'est qu'au travers de la jurisprudence qui les applique — ou qui ne les applique pas — qu'on peut se rendre compte des significations juridique et pratique, c'est-à-dire de la portée et de la vie réelles des lois et décrets publiés par la Série législative. 2° Pour les pays où il existe un contrôle de la constitutionnalité des lois ou de la légalité des règlements administratifs, la connaissance des arrêts permet seule de savoir quelles sont les lois et ordonnances indiquées dans ladite Série qui ont pu résister à ce contrôle et quelles sont celles qu'il convient de considérer comme nulles et non avenues. C'est ainsi, par exemple, que les indications de la Série législative — et la documentation rassemblée dans la publication « Etudes et Documents », Série B, n° 19 — sur les lois américaines de redressement économique sont absolument trompeuses quand on ne les complète pas par la publication des arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis relatifs à la constitutionnalité de ces actes législatifs

sur *La documentation jurisprudentielle comparée. Les débuts du reportage de loi international*. (Bulletin de la Société de Législation Comparée, Paris, 1923, fasc. avril-juin) et sur *Le Recueil International de Jurisprudence du Travail* (même Bulletin, 1936, p. 354 et ss.). Et, sans avoir recours à d'autres documents que la présente *Introduction à l'Etude du Droit Comparé*, le lecteur trouvera des indications sur la signification et les fonctions de l'*International Law Reporting* dans la contribution écrite par la plume autorisée de M. Léopold Dor.

Ces contributions trouveront peut-être un complément naturel, et favorablement accepté par notre Maître le Professeur Lambert, dans une étude qui essayera de montrer, à l'aide du R.I.J.T., l'intérêt pratique qu'offrent des Recueils internationaux de jurisprudence. Une première section de cet article sera consacrée à quelques *observations générales* qui paraissent se dégager des cinq jurisprudences — allemande, américaine, anglaise, française et italienne — réunies dans le R.I.J.T. Dans une seconde section, l'analyse des décisions allemandes et italiennes sur la convention collective « reportées » dans ce Recueil permettra de montrer l'*utilité pratique* qu'offre cette publication non seulement pour le juriste comparatiste et pour le sociologue, mais aussi pour l'économiste, l'homme de loi et le praticien, par cela même que ceux-ci trouvent, dans les arrêts étrangers, à la fois les « précédents » qui manquent encore dans leur jurisprudence nationale, et un aperçu des problèmes susceptibles d'être soulevés par une législation, neuve chez eux, mais expérimentée chez leurs voisins.

I

La lecture des seules rubriques placées en tête des divers arrêts analysés dans le R.I.J.T. permet de constater, non seulement que les mêmes problèmes sociaux et juridiques se posent tôt ou tard dans tous les pays — ce qui, en effet, n'était plus à démontrer —, mais surtout que, aux prises avec un problème nouveau, les juridictions nationales font preuve des mêmes hésitations, l'une après l'autre, et commettent successivement les mêmes erreurs « juridiques ».

D'autre part, des lois écartées de la Série législative parce qu'elles avaient été déclarées inconstitutionnelles, peuvent recouvrir leur pleine valeur juridique par suite d'un revirement de la jurisprudence, comme cela s'est produit pour les lois américaines sur le travail des femmes (R. I. J. T., 1936-37, Etats Unis, n° 5, 2^e espèce). Enfin, ainsi que le prouvent les récentes décisions anglaises du Comité judiciaire du Conseil Privé du Roi relatives à certaines lois canadiennes (R. I. J. T., 1936-37, Angleterre, n° 1, 1^{re}, 2^e et 4^e espèces), la *ratification d'une convention internationale du travail* ne suffit pas à renseigner sur la valeur réelle de cet acte solennel, c'est-à-dire sur la possibilité effective de mettre la convention en exécution dans le pays ratificateur. Le Canada peut donner son adhésion à une convention internationale du travail en tant qu'Etat fédéral et Dominion britannique. Mais il est inapte à édicter les lois nécessaires pour son application, la législation en matière de droit du travail étant réservée aux neuf Provinces qui peuvent se refuser à voter la loi exigée par la convention. D'autre part, en ce qui concerne les Etats-Unis nord-américains, les derniers arrêts de la Cour Suprême font espérer que ce pays aura à l'avenir la possibilité de faire mettre à l'exécution par les Etats Fédérés les conventions internationales du travail ratifiées par le pouvoir fédéral. Les arrêts analysés R. I. J. T., 1936-37, Etats-Unis, n° 3, 1^{re} à 3^e espèces, ont, en effet, déclaré compatible avec la Constitution américaine « l'unification du droit fédéral par subventions financières ». Tous ces renseignements indispensables se trouvent dans le R. I. J. T.

Voici, par exemple, le problème universel de la qualification juridique de la « relation de travail » du chômeur secouru par une autorité administrative (nationale, provinciale ou communale) et employé par celle-ci sur un chantier ouvert pour l'occupation des sans-travail.

En l'absence d'une législation spéciale sur la matière, les tribunaux de tous les pays, dont les arrêts sont analysés dans le R.I.J.T., se sont demandé si le chômeur ainsi occupé — moyennant, soit le salaire normal, soit, plus souvent, la seule indemnité de chômage ou un salaire légèrement au-dessous du « taux en usage » — est un ouvrier travaillant en vertu d'un contrat de travail, ou s'il n'est, comme disent certaines Cours américaines, qu'« un travailleur secouru, recevant des secours pour sa famille plutôt que des salaires pour son travail » (R.I.J.T., 1934-1935, Etats-Unis, n° 16, 3° et 4° espèces, et les références sous ce numéro). La solution du problème ne présente pas seulement une grande importance au point de vue de l'application des conventions collectives établissant des taux de salaires minima déclarés de force obligatoire générale, mais ne s'appliquant qu'aux travailleurs occupés en vertu d'un contrat de travail. Elle a aussi des répercussions dans le domaine de l'assurance et de l'indemnisation des accidents du travail (cf. les décisions françaises, anglaises et américaines ci-après), aussi bien que dans celui de l'assurance-chômage elle-même (R.I.J.T. 1933, Angleterre, n° 16 et 1935-1936, Angleterre, n° 40, 3° espèce).

En cette matière, les Cours américaines de l'Indiana, du Michigan et de la Caroline du Nord (R.I.J.T., 1933, Etats-Unis, n° 20, 2° et 3° espèces; 1934-1935, Etats-Unis, n° 16, 2° espèce) ont, par exemple, déclaré qu'un chômeur occupé par une municipalité moyennant une indemnité de chômage « *n'est pas employé en vertu d'un contrat de louage de services* et que, dès lors, s'il arrive que cet individu soit accidenté à l'occasion du travail, il n'a pas droit à une indemnité comme travailleur ». En revanche, le surarbitre anglais, institué par les lois sur l'assurance-chômage, a dit : « *Si ce n'était pas un contrat de travail, je ne puis m'imaginer ce que c'était. Je ne connais pas d'autres mots pour le définir.* » (R.I.J.T., 1933, Angleterre, n° 16, 1° espèce; cf. aussi les 7 « règles », établies à cet effet dans la 2° espèce). Son opinion a été partagée par un tribunal français qui a fait bénéficier le chômeur, travaillant pour la ville moyennant l'indemnité de chômage, de la protection de la législation sur les accidents du travail (R.J.I.T., 1936-1937, France, n° 68). La Cour Suprême de l'Ohio a statué dans le même sens (R.I.J.T., 1934-1935, Etats-Unis, n° 16, 2° espèce); mais la Wellington County Court anglaise (R.I.J.T., 1935-1936, n° 3) a dit qu'un « ouvrier en chômage qui reçoit comme secours une somme hebdomadaire d'un organisme public, pour lequel... il travaille... n'est pas employé par cet organisme » et que, dès lors, il n'a pas droit à une indemnité pour accident du travail.

Les sentences du genre de celles du surarbitre anglais et du tribunal français ont évidemment pour conséquence que les travaux publics, mis en chantier pour occuper des chômeurs, reviennent beaucoup plus cher qu'il n'était prévu. Le problème de l'occupation « productive » des chômeurs se présente, en effet, sous une forme nouvelle quand les tribunaux accordent à ces « chômeurs-ouvriers » le statut de travailleurs avec tous les avantages qui en découlent pour ceux-ci, et les charges qui en résultent tant pour l'employeur que pour la collectivité. D'autre part, les tribunaux pensent qu'ils se heurteraient à des difficultés d'ordre juridique insurmontables

pour soustraire à l'application soit d'une convention collective, déclarée de force obligatoire « étendue », soit d'un usage de la profession, une « relation de travail » qui « réunit tous les éléments d'un contrat de travail » (R.I.J.T., 1933, Angleterre, n° 16, 1° et 2° espèces; 1936-1937, France, n° 68). Et ils éprouvent une répugnance naturelle à ne pas accorder aux « chômeurs-ouvriers » le salaire prévu par une convention collective, surtout quand celle-ci est censée, comme en France, prévoir le « salaire vital ». Par réaction contre cette attitude des tribunaux, quand il s'agit d'occuper une masse croissante de chômeurs avec un minimum de charges pour un budget déjà difficile à équilibrer, on voit s'établir des dispositions législatives spéciales pour les chômeurs-ouvriers. Mais cette législation spéciale n'est pas toujours couronnée de succès comme le prouve l'exemple de l'Allemagne républicaine. Ici, en effet, le législateur fut obligé d'intervenir à plusieurs reprises contre une jurisprudence trop « généreuse ». On trouve dans le R.I.J.T. quelques reflets de cette évolution législative qui aboutissait à la création des types les plus variés de « chômeurs-ouvriers » (R.I.J.T., 1926, p. 98; 1933, Allemagne, n° 30, 1° et 2° espèces).

Parfois, la jurisprudence se rend elle-même compte des répercussions économiques indésirables que peuvent avoir ses décisions. Alors elle opère un revirement et déclare entachés d'erreurs juridiques des arrêts antérieurs qui n'ont d'autres défauts que de reposer sur des erreurs d'ordre économique.

L'exemple des chômeurs occupés par les fonds de chômage a déjà permis d'entrevoir la haute signification de la jurisprudence du travail pour l'économie nationale. Son essence économique s'affirme au travers de toutes les décisions analysées dans le R.I.J.T. Elle tient à ce que la décision intervenant dans un litige « individuel » de travail subit, sauf exceptions, une généralisation plus rapide et plus étendue que la décision de pur droit civil. Tandis que les procès de droit civil sont encore aujourd'hui dans la plupart des cas des procès entre des « individus », les plaideurs en nom dans un litige même individuel du travail sont généralement des représentants de « masses ». Les parties à un procès de droit civil sont des personnes nettement individualisées, soit par leur commerce, soit par les relations particulières qui les lient l'une à l'autre, soit par d'autres circonstances du cas. Mais l'ouvrier qui introduit un procès contre son patron n'est qu'un numéro interchangeable parmi des milliers et milliers de travailleurs qui vivent déjà, ou vivront demain, dans la même situation que lui. Ce sont en réalité des « masses » patronales et ouvrières qui s'affrontent dans la majeure partie des litiges du travail. C'est d'ailleurs parce que l'individualité des plaideurs en droit du travail est presque complètement effacée qu'on rencontre si souvent des procès de droit ouvrier plaidés par des « volontaires » ⁽²⁾. C'est encore ce phénomène qui a conduit le législateur allemand à ouvrir, en matière de droit du travail, un recours à la Cour Suprême, non pas à raison de la somme litigieuse — presque toujours minimale — mais à cause de l'« importance de principe » que présente le litige (R.I.J.T., 1934-1935. Notice, p. XXII).

(2) V. notamment comme exemple le cas de *Sorrell v. Smith*, R. I. J. T., 1925, p. 101 et ss., et EL-ARABI, *La conscription des Neutres dans les luttes de la concurrence économique*, tome 8 de la Série centrale de la Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé de Lyon.

Comme la jurisprudence du travail, en vertu même de cet élément « masse », est d'essence économique, les motifs des jugements du travail sont en réalité des motifs économiques. C'est ce qui ressort du R.I.J.T., et M. Lambert l'a montré expressément à propos de l'application, en temps de crise, de l'article 10, alinéa 4, de la loi française sur les accidents du travail. Dans les notes, si saisissantes et instructives qu'il a placées en tête des arrêts français sur la matière, M. Lambert examine les tendances contradictoires qui se sont manifestées à cette occasion dans la jurisprudence française, et il conclut dans la note préliminaire sur R. I. J. T., 1935-1936, France, n° 38 (Influence de la généralisation et de la prolongation du chômage sur le fonctionnement de la législation du travail) : « La querelle jurisprudentielle... découle au fond d'une opposition de vues quant à la nature et aux chances de durée de la crise économique mondiale. Ce que les uns envisagent comme l'une des crises cycliques, que la communauté internationale a si souvent vu succéder à des périodes de prospérité, apparaît aux autres comme un des traits définitifs de l'économie mondiale nouvelle. C'est du choix entre l'un ou l'autre de ces deux pronostics opposés que découle l'admission par les uns et le refus par les autres de l'application de l'alinéa 4 de l'article 10 de la loi du 9 avril 1898 aux chômages et ralentissements du travail imposés par la crise mondiale ».

**

Evidemment, comme le note encore M. Lambert, tous les tribunaux ne sont pas outillés « pour se livrer aux recherches de science sociale divinatoires qu'exige une réponse directe » aux questions économiques qui leur sont posées. Mais ce n'est pas la seule difficulté que rencontrent les juges du travail. Une autre vient de ce qu'ils sont obligés d'appliquer des lois d'esprit individualiste à des rapports qui, comme on l'a vu, sont essentiellement des rapports de masses.

Le R.I.J.T. nous montre, en effet, que tous les efforts de la législation sociale — même la plus récente — sont concentrés sur les chapitres de droit public du droit du travail, c'est-à-dire l'organisation du travail pris dans son ensemble et le règlement des rapports de collectivités. Mais rares sont les lois « civiles » qui se préoccupent des répercussions de l'élément « masse » sur les relations particulières entre les parties à un contrat de travail. D'où un autre aspect spécifique de la jurisprudence du travail.

Tenu d'appliquer des lois d'esprit individualiste, le juge du travail est obligé de se servir d'outils archaïques en vue de forger des motifs « incassables » pour la solution de cas qui ne se prêtent point à être labourés par ces instruments. Sa tâche effective consiste donc très souvent, non pas à interpréter réellement la loi, mais à trouver les moyens juridiques de se débarrasser de règles qu'il reconnaît comme étant par leur nature inapplicables à l'espèce. Cette besogne nécessaire conduit vite le juge du travail à une certaine indépendance à l'égard de la loi écrite et l'habitue rapidement au jeu de jongleur de normes, en même temps qu'elle développe son esprit d'invention. Ou bien il découvre à la disposition légale une application jusqu'ici non envisagée — ou bien il combat la rigidité des normes construites uniquement en vue de rapports strictement individuels et réagit contre leur inaptitude à donner des solutions satisfaisantes en recourant à la méthode classique en pareil cas : il invoque alors la place qu'il faut ac-

corder à la bonne foi, à la confiance légitime, et crée ainsi un véritable droit d'équité, fluide d'abord, mais se figeant finalement sous la forme d'un droit judiciaire.

Des exemples saisissants de l'emploi de chacune de ces deux méthodes sont fournis par la jurisprudence du travail allemande. En attendant la promulgation — envisagée depuis 1919 — d'un véritable Code du travail moderne, ordonnant les « rapports individuels de masse » ⁽³⁾, les tribunaux du travail allemands se sont servis d'une interprétation inattendue du paragraphe 242 du *Bürgerliche Gesetzbuch* pour construire de fond en comble un droit ouvrier « civil » moderne. Ce paragraphe dispose : « Le débiteur est obligé d'effectuer la prestation comme l'exige la croyance légitime ⁽⁴⁾, en corrélation avec les usages du commerce. »

Le Reichsgericht, et après lui le Reichsarbeitsgericht, ont souvent substitué aux règles du Code civil des solutions élaborées par eux en considération de la « croyance légitime », pour pouvoir tenir compte de ce qu'un auteur allemand a appelé le *Massenhafte*. Je me bornerai à emprunter au R.I.J.T. deux exemples de cette méthode de création par les tribunaux allemands d'un droit ouvrier « civil » nouveau sous le couvert du paragraphe 242 du *Bürgerliche Gesetzbuch*, que l'on a appelé à juste titre la « bonne à tout faire »

Le premier exemple, où la Cour Suprême constate elle-même l'impuissance du Code civil à s'appliquer aux problèmes nouveaux de droit ouvrier « de masse », est tiré de la jurisprudence relative aux effets de certaines grèves.

Quand une partie du personnel d'une entreprise se met en grève et empêche, par ce fait, les autres ouvriers de travailler (grève des chauffeurs des chaudières, des mécaniciens, etc.) ou encore quand le chômage des travailleurs d'une entreprise est dû à la grève d'une autre entreprise (compagnie du gaz, de l'électricité, etc.), les ouvriers prêts à travailler ont-ils droit au salaire correspondant à la période où ils voulaient, mais ne pouvaient pas travailler ? Après avoir constaté que les dispositions du Code civil allemand sur le retard du créancier et celui du débiteur permettent aussi bien une réponse affirmative que négative, les deux Cours Suprêmes allemandes ont trouvé une solution au problème à l'aide dudit paragraphe 242 et créé, sous son égide, la notion juridique de risque d'entreprise (*Betriebsrisiko*). Le Reichsarbeitsgericht dit (R.I.J.T. 1928, Allemagne, n° 23) :

« La question doit être résolue non pas uniquement, ni même en premier lieu, à l'aide des paragraphes 323 et 615 du Code civil (relatifs à la demeure), mais à la lumière du droit ouvrier moderne et des conditions modernes de travail. Le point de vue individualiste, qui était déterminant, pour les rapports découlant du contrat de travail, à l'époque où le Code civil a

(3) Sur l'aspect actuel du problème de la codification du droit ouvrier « civil » en Allemagne, cf., dans ce Recueil, l'article du Professeur Molitor. (Note de l'éditeur.)

(4) Je traduis volontiers la notion allemande de *Treu und Glauben* par « croyance légitime », en m'inspirant du concept de « confiance légitime », créé par M. Emmanuel Lévy dans sa thèse sur *l'Idée de transmission de droits*, Paris, 1896, et repris par lui dans sa *Vision socialiste du Droit*, Paris, 1926, chapitre « La Confiance ». D'une part, c'est une « traduction » aussi exacte que possible des termes allemands et, de l'autre, l'application qu'a trouvée en Allemagne la notion du *Treu und Glauben* se présente comme si elle était l'application de la théorie de M. Lévy.

été élaboré, ne peut plus prétendre maintenant à la même importance qu'à ladite époque. Car, entre temps, la théorie de la communauté sociale de travail et d'industrie a été reconnue et formulée, non seulement par la doctrine, mais aussi par le législateur. L'activité de l'ouvrier individuel dans un établissement suppose naturellement aujourd'hui encore la conclusion d'un contrat individuel de travail. Mais avec ce contrat, tout au moins dans les grands établissements, l'ouvrier individuel ne se trouve plus isolé en face de l'employeur et de l'établissement. Au contraire, il devient un membre organique de l'établissement⁽⁵⁾, et cela en ce sens qu'il fait d'abord partie du personnel salarié... et que, par l'intermédiaire de cette communauté, il est lié à l'établissement même et indirectement aussi à l'employeur. Il n'est plus un simple outil de l'employeur, mais un membre vivant de la communauté de travail existant entre ce dernier et les salariés de l'établissement...

« Les salariés... ne peuvent pas refuser tout simplement de subir les conséquences des perturbations de l'exploitation et des risques que présentent les entreprises industrielles⁽⁶⁾... La question de savoir si le risque incombe à l'une des parties ou aux deux devra être tranchée en dernier lieu... conformément au paragraphe 242 du Code civil, d'après la croyance légitime, selon les circonstances de l'espèce. (1°) Vu le lien qui unit les travailleurs en une communauté, le risque d'événements qui dépendent de la conduite des salariés eux-mêmes doit incomber aussi aux travailleurs qui n'y ont pas pris part. Dans cette catégorie d'événements il faut ranger le cas de grève partielle dans l'entreprise... (2°) D'autre part... l'employeur sera, par exemple, responsable de l'approvisionnement en temps opportun en matières premières, et devra supporter les conséquences des perturbations qui se produisent... dans la mesure où, sans pouvoir les éviter, il peut tout au moins en tenir compte d'avance » (cf. aussi R.I.J.T., 1925, p. 61; 1926, p. 61; 1928, Allemagne, n°s 24, 29 et 32).

Ainsi que le montrent les arrêts de la Cour Suprême allemande, analysés au R.I.J.T., la violation de ces règles de droit jurisprudentielles par un tribunal inférieur donne lieu à la cassation de la décision dans les mêmes conditions que toute violation d'une disposition législative, la Cour Suprême considérant comme violé, par inapplication ou par fausse application, le paragraphe 242 du Code civil.

Le deuxième exemple de cette création judiciaire d'un droit civil nouveau de travail par l'organe du paragraphe 242 est fourni par les décisions — analysées au R.I.J.T. — relatives à la question suivante : Le salaire fixé par la convention collective étant indérogeable, l'ouvrier payé au-dessous du taux tarifaire peut après-coup demander le paiement de la différence entre le salaire effectivement payé et celui auquel il avait droit d'après le contrat de tarif. Désireux de garder sa place de travail, il ne « sort » le plus souvent cette créance qu'une fois congédié. Comme les créances au salaire ne se prescrivent que par deux ans à compter de la fin de l'année où elles sont nées, la demande de paiement de la différence présentée après-coup

(5) Ces termes, familiers au national-socialisme, s'inspirent de la doctrine socialiste d'après 1918, l'arrêt datant du 20 juin 1928.

(6) Sur l'utilisation de cette conception des rapports du travail pour justifier la réduction d'une pension de vieillesse cf. R. I. J. T., 1934-1935, Allemagne, n° 20 et les références données dans la note 1 sous cette décision.

peut atteindre des sommes très élevées, surtout quand il s'agit d'employés techniques ou commerciaux. Il est apparu aux tribunaux allemands que ces demandes en paiement après-coup, si elles ne sont pas injustifiées d'après la lettre de la loi, sont cependant quelque peu choquantes, et qu'elles peuvent souvent frapper gravement et injustement un patron de bonne foi. La jurisprudence y a remédié en établissant un nouveau type de prescription, une prescription jurisprudentielle, la « forclusion au nom de la bonne foi » ; c'est la *Verwirkung* que le Reichsarbeitsgericht a défini ainsi ⁽⁷⁾ :

« A la différence de la renonciation à une créance, la forclusion au nom de la bonne foi repose, non pas sur un acte juridique, mais sur l'application du principe, contenu dans le paragraphe 242 du Code civil allemand, que toute prestation doit être effectuée conformément à la croyance légitime, compte tenu des usages du commerce. En vertu de ce principe, une créance peut être considérée comme forclosée au nom de la bonne foi quand le créancier, malgré qu'il n'ait pas ignoré sa créance, ne s'en est pas prévalu pendant un temps relativement long en observant une attitude qui a dû induire le débiteur à croire que cette créance n'existait pas ou qu'il n'en serait pas fait état » (R.I.J.T., 1936-1937, Allemagne, n° 31, 2° espèce).

Cette forclusion au nom de la bonne foi est subordonnée à deux conditions : « 1° Il faut que l'attitude observée par le créancier de salaire — c'est-à-dire le silence gardé par lui pendant un certain temps — ait induit le débiteur de salaire à croire qu'il ne devait plus rien. 2° Il faut que la situation soit telle que, compte tenu d'une part de toutes les circonstances du cas et, de l'autre, des exigences de la croyance légitime, on ne puisse plus équitablement demander au débiteur de salaire de s'exécuter après-coup. » (R.I.J.T., 1936-1937, Allemagne, n° 31, 6° espèce).

« Mais non seulement l'attitude passive du travailleur, mais aussi une renonciation même expresse à des droits résultant de la convention tarifaire ne... saurait avoir des effets juridiques si l'employeur sait, d'après les particularités du cas, que cette renonciation n'a été signée que sous une pression économique », surtout par peur d'être congédié (R.I.J.T., 1930, Allemagne, n° 16, note 2 et les références y indiquées; cf. aussi R.I.J.T., 1931, Allemagne, n° 7 et n° 8, et 1932, Allemagne, n° 8).

Les termes employés par ces arrêts allemands sont assez souples pour justifier aussi bien l'admission de toutes les revendications non encore prescrites, que la déclaration de forclusion de créances vieilles seulement de deux mois. En effet, plus le juge est *obligé* par la force des choses de tenir compte des faits économiques — car ce sont les faits économiques qui ont inspiré le Reichsarbeitsgericht — moins il est possible de le tenir en bride, et plus il devient indépendant, « souverain » et comparable au prêteur romain. « Dans les conflits du capital et du travail, a dit fort justement le Professeur Emmanuel Lévy ⁽⁸⁾, le juge n'est plus le juge classique qui juge sur les droits acquis, qui juge sur titres; *ce juge c'est l'arbitre*; cet arbitre juge dans le présent; il dit : aujourd'hui il faut tant pour vivre; vous, patron,

(7) Sur les origines du concept de la *Verwirkung*, inventée par le Reichsgericht à l'occasion de sa jurisprudence sur la « revalorisation » des dettes, cf. Ed. LAMBERT, *Un parère de jurisprudence comparative*, Paris, 1934, tome 33 de la Série centrale de la Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon.

(8) *Les Fondements du Droit*, Paris, Alcan, 1933, p. 133.

vous ne pouvez pas obliger à vivre pour moins. Il y a une morale plus forte que les signatures; il y a le droit de vivre. Ce langage est la méthode; on juge dans le présent, on connaît la température du malade, le temps qu'il fait. »

II

Ainsi qu'il résulte déjà de la vue d'ensemble que nous avons donnée plus haut sur le problème du « chômeur-ouvrier », étant donné l'universalité des problèmes du droit ouvrier moderne — public et privé — la documentation jurisprudentielle rassemblée dans le R.I.J.T. peut être d'une utilité inestimable, non seulement pour le législateur et le chercheur scientifique, mais aussi pour tous ceux qui collaborent à l'élaboration pratique du nouveau droit du travail. Ils peuvent, en effet, tirer de cette publication un profit qui n'est offert ni par aucun manuel de droit ouvrier, ni par aucune autre revue périodique. Le recours à la documentation fournie par des Recueils du genre du R.I.J.T. ne réside pas uniquement dans les suggestions que peut y puiser le juge en quête de précédents facilitant l'*application du droit qui est déjà fait*. La connaissance des jurisprudences étrangères analogues peut aussi aider la *formation du droit qui devient*. C'est ce que je me propose de montrer en signalant d'abord rapidement quelques questions relatives au droit aux congés-payés récemment accordé aux travailleurs français, et en examinant ensuite de plus près un autre problème se rattachant à la législation sociale française de 1936, celui de la convention collective du travail.

**

Dès la première année d'application de la loi française du 20 juin 1936 sur les congés-payés, on rencontre dans le R.I.J.T. des jugements français discutant le problème du calcul de la rémunération due à l'ouvrier pendant les vacances. Tandis que les uns estiment que la loi « doit avoir voulu que l'indemnité de congé-payé fût établie... de façon uniforme pour chaque profession en prenant comme base le nombre d'heures du travail en usage dans la profession » (R.I.J.T., 1936-37, France, n° 61, 1° et 2° espèce), d'autres juridictions — tel le Conseil de prud'hommes de la Seine (loc. cit., 3° espèce) — estiment que cette indemnité « doit équivaloir au salaire réel, c'est-à-dire au salaire intégral en principal et accessoire... et que le législateur a entendu laisser se dénouer chaque situation particulière sur le plan des conditions du travail alors en cours au moment du congé ». Dans cette discussion les arrêts étrangers analysés dans le R.I.J.T. auraient peut-être pu servir de guides au juge français. Il résulte d'eux (cf. par exemple R.I.J.T. 1931, Allemagne, n° 21, et les références ci-après) que le congé-payé signifie une « suspension temporaire des obligations contractuelles du travailleur pendant laquelle celui-ci continue à avoir droit aux prestations promises par l'employeur ». Les jurisprudences étrangères, notamment la jurisprudence de l'Allemagne républicaine, s'appuyant non pas sur un texte législatif, mais sur la notion même de congé-payé, partagent donc l'opinion des Prud'hommes de la Seine.

Un autre problème relatif aux congés-payés qui est encore controversé

en France, mais qui est déjà éclairé par des jugements étrangers, est celui de la signification de la « période ordinaire de vacances », dont nous ne pouvons pas étudier ici toutes les particularités (cf. d'une part R.I.J.T., 1936-1937, France, n° 61, 4^e espèce, et de l'autre R.I.J.T., 1932, Angleterre, n° 18, Italie, n°s 41 et 44, Allemagne, n° 21 et les références données et les arrêts analysés dans les notes sous ces numéros).

Enfin, on va probablement voir surgir en France — comme cela s'est produit en d'autres pays (cf. par exemple R.I.J.T., 1931, Allemagne, n° 22 et références) — la question de la transmissibilité, par voie de succession, du droit à l'indemnité de congé-payé. A tous ces divers points de vue — et à bien d'autres — l'étude des jurisprudences du travail étrangères aiderait non seulement à la solution des problèmes nouveaux, mais elle permettrait aussi aux juges nationaux d'avoir une intelligence meilleure de la complexité de ces problèmes et d'éviter ainsi des décisions qui, à raison de leurs répercussions économiques, s'avéreraient après-coup entachées d'erreurs « juridiques ».

★★

La convention collective du travail a obtenu en France, par la loi du 24 juin 1936, une signification qu'elle n'y avait pas encore eue. Elle est devenue la source principale du droit industriel et social *de demain*. Or, ce rôle, elle l'a déjà joué dans d'autres pays. En ce domaine peut-être plus encore qu'en tout autre on peut donc s'attendre en France à tirer de l'expérience des autres pays des renseignements utiles sur les problèmes qui vont se présenter — et sur les solutions que ces problèmes seront susceptibles de recevoir — dans un droit collectif du travail. C'est ce que nous espérons faire ressortir par l'étude rapide des problèmes suivants :

A. — Conditions auxquelles doivent répondre les organisations professionnelles pour pouvoir intervenir à la conclusion d'une convention collective du travail indérogeable.

B. — Nature et fonctionnement de la convention collective du travail.

C. — Champ d'application et conflits des conventions collectives.

D. — Sanction de la convention collective.

Pour éviter d'entrer sur ces quatre points dans des développements qui dépassent la place qui nous est accordée dans ce Recueil, nous utiliserons seulement la documentation italienne et allemande du R.I.J.T. parce qu'elle concerne des pays où la réglementation de la convention collective se rapproche plus particulièrement du nouveau régime français.

A. — *Conditions auxquelles doivent répondre les organisations professionnelles pour pouvoir intervenir à la conclusion d'une convention collective du travail indérogeable.*

C'est ici l'effort constructif de la jurisprudence allemande qui est susceptible d'offrir de précieux éléments de décision pour les difficultés qui pourront se présenter devant les juridictions françaises.

L'ordonnance allemande du 23 décembre 1918 sur les conventions collectives du travail ne conférait la qualité de conventions collectives indérogeables par des stipulations particulières qu'aux conventions conclues « entre des associations de travailleurs d'une part et, de l'autre, d'employeurs individuels ou d'associations d'employeurs » (R.I.J.T., 1926, Allemagne, n° 7, sous-note 2). Mais aucun texte législatif ou réglementaire n'indiquait

ce qu'il fallait entendre par association de travailleurs ou d'employeurs. La Cour Suprême, interprétant la disposition sus-mentionnée, déclarait : « La capacité d'être partie à un contrat de tarif n'appartient pas à toute association patronale (ouvrière) poursuivant des fins économiques... Elle n'appartient qu'aux associations... d'employeurs ou de travailleurs dont les membres se sont groupés, en leur qualité de travailleurs ou d'employeurs respectivement, en une unité organisée et dont la tâche unique ou l'une des tâches consiste à sauvegarder, vis-à-vis des travailleurs ou des employeurs, les intérêts économiques de leurs membres et d'influer, pour la défense de ces intérêts, sur la fixation des conditions de salaire et de travail ». (R.I.J.T. 1925, p. 29; 1927, Allemagne, n° 39; 1928, Allemagne, n° 8, 1° espèce).

De cette définition, la jurisprudence a tiré les conclusions suivantes qui, parce qu'elles s'inspirent de considérations générales sur la nature des syndicats professionnels, peuvent avoir un intérêt qui ne se limite pas à l'Allemagne :

a) Pour qu'il puisse poursuivre les tâches à lui assignées par la définition de la Cour Suprême, il faut que le syndicat ouvrier « soit matériellement (et financièrement) tout à fait indépendant de l'autre partie ». Par conséquent, les « Unions d'entreprise » (*Werksvereine, compagnie's unions*) subventionnées ou tenues plus ou moins ouvertement en tutelle par l'employeur n'ont pas la qualité d'associations de travailleurs et ne peuvent pas conclure des conventions collectives indérogeables. (R.I.J.T., 1925, p. 51; 1928, Allemagne, n° 8, 1° espèce ; cf. aussi R.I.J.T., 1936-37, Etats-Unis, n° 13).

b) Faut-il que l'association professionnelle ait prévu dans ses statuts qu'elle serait apte à conclure des accords collectifs du travail? Le Reichsgericht a dit (R.I.J.T., 1925, p. 51 et s.) : « Il doit suffire au contraire que, du caractère et de la nature de l'association..., il apparaisse clairement et indubitablement que... l'association veut et doit exercer son activité et intervenir dans le domaine de la politique des salaires et des conditions du travail ».

Mais la jurisprudence allemande avait dû, à ce propos, s'occuper d'un second problème autrement épineux. Certaines associations professionnelles patronales inséraient dans leurs statuts une clause leur interdisant d'intervenir dans la conclusion de conventions collectives du travail. Cette « incapacité volontaire » peut-elle être retenue et faire échec à la conclusion d'un accord collectif par voie d'arbitrage?

On avait répondu par l'affirmative en ce qui concernait les associations obligatoires, telles que les corporations artisanales, parce que les membres de ces organisations n'étaient pas libres de démissionner (R.I.J.T., 1926, p. 30).

Mais en ce qui concernait les associations professionnelles librement constituées, le Reichsarbeitsgericht déclarait (R.I.J.T., 1929, Allemagne, n° 12) : « Ces associations sont soumises à l'institution des contrats collectifs, et le législateur profite de leur existence... pour leur confier certaines fonctions de droit public... Ces fonctions ne sont pas créées par les membres de l'association, mais par la volonté du législateur. Elles ne peuvent donc pas être abolies par une modification quelconque des statuts, du moins sans changer complètement la base sur laquelle repose l'association... »

La jurisprudence allemande n'a cependant pas toujours été uniforme en cette matière. Mais, alors même qu'elle était amenée à considérer une association patronale comme « inapte à conclure des contrats collectifs » — ainsi qu'au cas où, pour une profession exercée par des travailleurs syndiqués, il n'existait pas d'organisation patronale correspondante — elle arrivait, par une voie détournée, à autoriser un arbitrage collectif en vue de l'établissement d'une convention collective du travail entre un syndicat ouvrier et les employeurs. Elle admettait, en effet, que la procédure d'arbitrage — qui, comme en France, pouvait toujours être engagée contre un seul employeur — pouvait être engagée à la fois contre plusieurs patrons, la Cour Suprême ayant déclaré à ce sujet que « le fait de réunir et de considérer comme une seule partie à la sentence arbitrale les employeurs qui ne sont pas groupés dans une association professionnelle », ne constitue pas une violation du principe, consacré par la Constitution, de la liberté, positive et négative, de coalition (R.I.J.T., Allemagne, 1931, n° 10 et Remarque préliminaire).

c) Nous signalons enfin une décision qui a un intérêt d'exemplarité pour les régimes qui n'accordent le droit d'engager la procédure d'arbitrage qu'aux organisations « les plus représentatives ». Dans la décision analysée, R.I.J.T., 1925, p. 53, le Comité de conciliation d'Heilbronn a déclaré que « une association ouvrière qui n'est pas partie à un contrat de tarif ne peut pas demander la conclusion d'un nouveau contrat collectif en invoquant pour motif que la majorité des ouvriers appartiennent depuis quelque temps à son organisation, et non plus à celle qui a conclu le contrat en vigueur. »

Du point de vue du droit du travail allemand, les décisions que nous venons d'analyser ne revêtent plus qu'un intérêt historique. Les associations patronales et ouvrières ayant été supprimées ou dissoutes, les réglementations collectives des salaires et des conditions de travail sont maintenant établies par les fidéicommissaires du travail (R.I.J.T., 1934-1935, Allemagne, n° 12; 1935-1936, Allemagne, n° 18; *Revue Internationale du Travail*, avril 1934) (9).

B. — *Nature et fonctionnement de la convention collective du travail.*

1. — La doctrine italienne est dès aujourd'hui « unanime à reconnaître à la convention collective le caractère d'une norme de droit objectif » (R.I.J.T. 1935-1936, Italie, n° 10, note). Mais la Cour de cassation italienne continue à affirmer que « les conventions collectives du travail ont le caractère de contrats, qu'elles sont par essence des règlements contractuels et qu'elles n'ont ni le caractère ni la nature de lois » (R.I.J.T., loc. cit. avec références; 1933, Italie, n° 13).

Par conséquent « la fausse interprétation ou la fausse application d'une clause d'une convention collective par le juge du fond ne peut être attaquée en cassation à moins que le juge n'ait violé des normes régissant en général l'interprétation des contrats » (R.I.J.T., loc. cit. et 1936-37, Italie, n° 13, 3° espèce, et n° 14).

La jurisprudence et la majeure partie de la doctrine allemande ont considéré la convention collective comme un contrat (v. les références ci-

(9) V. aussi dans ce Recueil les contributions de M. Molitor et M. Nipperdey. (Note de l'éditeur.)

après). Il ne résultait cependant pas de cette conception que le pouvoir du Reichsarbeitsgericht se bornât, comme celui de la Cour de cassation italienne, au contrôle de la juste application des normes régissant l'interprétation des conventions collectives. Car la loi sur les tribunaux du travail avait précisé que la fausse application ou l'application erronée, par le juge du fond, d'une disposition d'un contrat collectif, réglementant les contacts individuels de travail, pouvait servir comme moyen de recours devant la Cour Suprême au même titre que la violation d'une disposition légale.

Nous rappelons pour mémoire que le problème de la nature — contractuelle ou législative — de la convention collective n'intéresse pas seulement l'existence d'un pouvoir d'interprétation de la Cour Suprême, mais entre aussi en jeu pour déterminer si la convention collective du travail peut être annulée pour vices de volonté, comme cela est prévu pour les contrats. C'est aussi de la position qui est prise sur ce sujet que dépend la détermination des conséquences juridiques que peut entraîner l'inexécution du contrat collectif par l'une des parties signataires.

2. — Si l'on considère la convention collective comme un contrat, il faut alors se demander quel genre de contrat elle représente.

Pour la jurisprudence de l'Allemagne républicaine — qui, en cette matière du droit, a été suivie, en son essence et dans ses formes d'application, par la jurisprudence de l'Italie fasciste (cf. par exemple, R. I. J. T. 1930, Italie, n° 6, 1^{re} et 2^e espèces; 1933, Italie, n° 14, 1^{re} espèce, 1936-37, Italie, n°s 2 et 10, et les références ci après) — le contrat collectif n'était pas un tout homogène. Suivant en cela la théorie de Kaskel (R. I. J. T., 1929, Allemagne, n° 23), elle distinguait dans l'accord collectif de travail les *dispositions* dites *d'obligations* et les *dispositions* dites *de normes*. Cette terminologie — qu'on retrouve dans la jurisprudence italienne (*loc. cit.*) — peut prêter à confusion; car elle évoque l'idée — cependant erronée — que les clauses dites de normes ne participeraient pas au caractère contractuel de l'accord. La distinction entre « clauses d'obligations » et « clauses de normes » ne vise pas leur essence juridique en tant que créatrices d'obligations contractuelles, mais seulement leur portée. On désigne par « clauses d'obligations » celles, parmi les dispositions d'une convention collective, qui ne créent des obligations qu'entre les parties contractantes (clauses de paix, de procédure de révision, de résiliation, d'arbitrage, etc.). Sont appelées « clauses de normes » les stipulations collectives qui « sont capables et susceptibles de par leur nature (et la volonté des parties), de s'insérer, à titre d'éléments constitutifs, dans les contrats individuels du travail », « par la conclusion desquels elles créent automatiquement et nécessairement des obligations directes entre l'employeur et l'employé » (R. I. J. T., 1930, Allemagne, n° 17; 1930, Allemagne, n°s 13, 14, 23, 1^{re} et 2^e espèces; 1931, Allemagne, n° 7, 1^{re} espèce). Ce sont les clauses qui, d'après la Cour de cassation italienne « constituent une norme objective à laquelle sont assujettis tous les rapports individuels du travail » (R.I.J.T., 1930, Italie, n° 6, 1^{re} espèce) — c'est-à-dire « des normes abstraites destinées à régler les rapports de catégories entières sans aucune référence spécifique à des personnes déterminées » (R. I. J. T., 1935-36, Italie, n° 10, 1^{re} espèce) — et dont la nature « normative » a amené la doctrine italienne à considérer le contrat collectif tout entier comme étant une loi.

En accordant ainsi à certaines dispositions du contrat collectif un carac-

tère dit de normes (par rapport aux contrats individuels de travail), les jurisprudences allemande et italienne évitaient — et écartaient en principe — le recours à l'interprétation des stipulations collectives comme stipulations pour autrui, pour expliquer leur répercussion sur les rapports individuels de travail ⁽¹⁰⁾. Mais, en certains cas, la jurisprudence allemande a néanmoins utilisé le concept de stipulation pour autrui. C'est ce qui s'est produit notamment pour les clauses « de paix » et « de réembauchage » de certaines conventions collectives. Suivant les termes employés dans la clause de réembauchage, la Cour Suprême allemande a considéré cette disposition, tantôt comme s'introduisant rétroactivement dans les contrats individuels (clauses de normes), tantôt comme une stipulation pour autrui (qui, évidemment, donnait au travailleur un droit qui était exécutoire seulement contre le syndicat adverse), tantôt comme une simple clause d'obligations, sans que toutefois les arguments donnés pour l'adoption de l'une de ces interprétations plutôt que de l'autre aient toujours été convaincants (cf. R. I. J. T. 1929, Allemagne, n^{os} 8, 23, 1^{re} et 2^e espèces; 1925, p. 60 et p. 32). Sur les multiples interprétations des clauses de paix cf. *infra*.

C'est en partant de la distinction entre les « clauses d'obligations » et les « clauses de normes », — ou comme disent volontiers les Italiens : la distinction entre la « structure interne » du contrat collectif et sa « forme intrinsèque » (R. I. J. T. 1930, Italie, n^o 6) — que nous devons examiner le fonctionnement du contrat collectif et les effets qu'il peut en droit allemand produire après son expiration.

3. — Les clauses de normes, dans la mesure où elles sont plus favorables au travailleur que les clauses de son contrat individuel, se *substituent* aux stipulations particulières moins favorables, et elles les *remplacent* de telle manière que le contrat individuel a à l'avenir le contenu minimum voulu par le contrat collectif. On ne se trouve donc pas en présence d'une simple « influence » temporaire de la convention collective sur le contrat individuel.

Il s'ensuit que l'expiration du contrat collectif — ou la démission de l'employeur du syndicat signataire de la convention — n'a aucune consé-

(10) La Cour de Cassation italienne explique l'effet « normatif » du contrat collectif par « l'accord des volontés des associations contractantes compétentes auxquelles la loi a conféré la *représentation* de catégories entières d'employeurs et de salariés » (R. I. J. T., 1936-37, Italie, n^o 13, 1^{re} espèce; 1934-35, Italie, n^o 9, et références en note; cf. cependant aussi la décision de la magistrature du travail de Bari analysée dans R. I. J. T. 1936-37, Italie, n^o 13, 2^e espèce, qui déclare : « Si, lors de sa conclusion, la convention collective revêt la forme contractuelle, elle acquiert cependant, à la suite du contrôle et de l'approbation des autorités administratives, force obligatoire pour toutes les personnes appartenant aux catégories auxquelles elle se réfère..., elle a la force obligatoire de la loi... en vertu même de la loi qui impose le respect de la Convention aux individus sous peine de sanctions tant civiles que pénales »). Les arrêts allemands analysés dans le R. I. J. T. ne contiennent aucune explication de la cause de l'effet « normatif » des contrats collectifs du travail. On peut l'expliquer par la faculté qu'ont les parties à un contrat de faire fixer son contenu par un tiers (cf. paragr. 318 du Code civil allemand). Une pareille habilitation de deux « tierces personnes » pour fixer les conditions d'un contrat individuel du travail — conclu ou à intervenir — peut être considérée comme contenue dans l'affiliation de l'employeur et du travailleur à leur syndicat respectif, ou, le cas échéant, comme remplacée par la disposition législative prévoyant l'arrêté d'extension de la convention collective. — Sur l'effet respectif des « clauses d'obligations » et des « clauses de normes » en droit italien cf. aussi l'intéressant arrêt de la Cour de cassation italienne reproduit R.I.J.T. 1936-37, Italie, n^o 29.

quence juridique immédiate pour le contenu du contrat individuel. Celui-ci s'étant incorporé la convention collective dans la mesure où elle était plus favorable, son contenu primitif ne peut pas automatiquement « revenir à la vie » au moment de la disparition de l'accord collectif. Pour restaurer l'ancien contenu du contrat individuel après l'expiration de l'accord collectif, l'employeur doit d'abord procéder à la résiliation du rapport individuel (R. I. J. T., 1926, p. 57; 1928, Allemagne, n° 16; 1929, Allemagne, n° 18; cf. aussi R. I. J. T., 1925 p. 55 et ss.; R.I.J.T., 1936-37, Italie, n° 16). Ce phénomène de « survie » du contrat collectif est appelé par la jurisprudence allemande l'« effet de survivance » (*Nachwirkung*) du contrat de tarif. Il n'est propre qu'aux clauses de normes (R. I. J. T., 1928, Allemagne, n° 17, note; 1926, p. 57) ⁽¹¹⁾.

4. — La nature des clauses de normes fait aussi comprendre pourquoi et comment les contrats collectifs nouveaux peuvent avoir de l'influence sur les contrats individuels expirés au moment de l'établissement de la réglementation collective. En vertu de la liberté des contrats, les parties contractantes peuvent donner à la convention collective un effet rétroactif. Quand elles le font, les clauses de normes s'insèrent rétroactivement dans tous les contrats individuels qui existaient à cette date, et également dans ceux qui depuis lors sont parvenus à leur fin (R. I. J. T., 1936-37, Italie, n° 15, et, pour l'Allemagne, les références ci-après). Ainsi, la clause de réembauchage, insérée dans une convention pour mettre fin à une grève peut donner à l'ouvrier congédié par suite de la grève un droit direct contre l'employeur à être réengagé, à la condition que cette clause puisse être considérée comme une clause de normes (R. I. J. T., 1929, Allemagne, n° 8 et n° 23, 2^e espèce (admis); n° 23, 1^{re} espèce (rejeté); cf. aussi 1925, p. 60 et 32). La décision allemande reproduite dans R. I. J. T., 1932, n° 7, montre que cet effet rétroactif du contrat collectif ne joue pas toujours et nécessairement en faveur du travailleur (cf. aussi pour le nouveau droit allemand R. I. J. T., 1936-37, Allemagne, n° 30, 3^e espèce).

En droit italien, l'effet rétroactif d'un contrat collectif est limité dans le temps; car les parties intervenant à sa conclusion peuvent, pour son entrée en vigueur, stipuler une date antérieure à son enregistrement et à sa publication (faits constitutifs de sa force obligatoire), mais non pas une date antérieure à son établissement (R. I. J. T., 1934-35, Italie, n° 17; 1933, Italie, n° 14, et souvent).

5. — Les clauses de normes ne s'insèrent dans le contrat individuel que dans la mesure où elles sont plus favorables à l'ouvrier. Qu'est-ce qu'il faut entendre par « plus favorables » ?

La Cour de cassation italienne déclare : « Pour que les clauses du contrat individuel soient maintenues à titre de clauses plus favorables, il faut qu'elles assurent au travailleur un avantage économique durable » (R. I. J. T., 1935-36, Italie, n° 2 et références). Il paraît résulter des arrêts italiens analysés au R. I. J. T. (cf. notamment 1935-36, n° 1) que c'est le résultat de la comparaison des clauses des contrats prises *isolément* qui est déci-

(11) Sur la réglementation légale — intervenue en 1934 — de cette survivance du contrat collectif en droit italien, cf. notamment R. I. J. T. 1936-37, Italie, nos 5 et 16.

sif ⁽¹²⁾. La Cour Suprême allemande, par contre, exigeait qu'on comparât l'ensemble des intérêts en jeu de part et autre, et elle refusait de considérer comme se substituant — à titre de clauses plus favorables — aux conditions du contrat individuel les clauses d'un contrat collectif qui étaient plus favorables pour l'ouvrier individuel, mais qui ne l'étaient pas pour l'ensemble des travailleurs (R. I. J. T., 1925, p. 54; 1926, p. 50 et s.).

Quand l'effet normatif, exercé de plein droit sur les contrats individuels par les clauses plus favorables du contrat collectif, a été en fait écarté par les parties, « la partie qui est (après coup) requise d'exécuter intégralement la convention collective violée d'un commun accord peut atténuer les effets matériels qu'aurait la condamnation intervenue le cas échéant, en faisant valoir les avantages que l'autre partie a retirés de l'accord dérogeant à la convention (R. I. J. T., 1935-1936, Italie, n° 21).

C. *Champ d'application et conflits des conventions collectives.*

1. — La convention collective du travail est une loi *spéciale* du travail individuel exercé dans les professions et établissements compris dans son champ d'application. Son champ d'application professionnel ne peut même pas être élargi par l'acte administratif de déclaration de force obligatoire « étendue » du contrat collectif (R. I. J. T., 1936-1937, Allemagne, n° 25, — acte qui d'ailleurs ne peut étendre à des entreprises non visées par la convention collective que l'application des clauses de normes (R. I. J. T., 1928, Allemagne, n° 17, note). Il résulte de son caractère de loi spéciale que l'accord collectif ne peut être appliqué par analogie, ni à des entreprises, ni à des professions similaires à celles comprises dans le champ d'application prévu par lui ou par la déclaration de force obligatoire étendue (R. I. J. T., 1936-37, Italie, n°s 3 et 10; 1935-36, Italie, n°s 19 et 20; 1933, Italie, n° 17; 1932, Italie, n° 14; R. I. J. T., 1936-37, Allemagne, n°s 26 et 29, 2^e espèce). Dès lors, il est également inadmissible de combler les lacunes d'un contrat collectif par le recours à une autre convention collective ou à des clauses du même contrat établies pour d'autres catégories de travailleurs ou d'établissements (cf. pour Italie : R. I. J. T., n° 22; 1933, n° 18; 1932, n° 15; 1930, n° 6; et pour l'Allemagne : R. I. J. T., 1936-37, n°s 27, 1^{re} espèce, et 24, 1^{re} à 3^e espèces).

2. — De même que les lois étatiques, les lois autonomes du travail que sont les contrats collectifs peuvent entrer en conflits entre elles. Les lois nationales allemandes et italiennes ne contenant pas de normes détaillées de « conflits de conventions collectives du travail » ⁽¹³⁾, c'est la jurisprudence de ces pays qui s'est chargée de les établir.

Des conflits de contrats collectifs peuvent naître entre les conventions établies à des échelons différents d'une même hiérarchie de syndicats, c'est-à-dire entre les conventions dites de cadre conclues par les fédérations nationales et celles, stipulées par des organisations régionales, qui sont appelées à remplir ce cadre. Dans ce cas la réglementation nationale prime les clauses

(12) Toutefois la Cour de Cassation italienne vient de déclarer (R. I. J. T., 1936-37, Italie, n° 9) : « Le juge... doit apprécier l'ensemble des conditions économiques assurées par la convention collective, mais il ne peut pas dissocier les clauses favorables des clauses moins favorables ».

(13) Cf. pour l'Allemagne le § 2, al. 2, de l'ordonnance du 23 décembre 1918 sur les contrats de tarif.

de la réglementation régionale qui lui sont contraires (R. I. J. T., 1936-37, Italie, n° 14).

D'autres conflits entre conventions collectives du travail peuvent se produire par ce qu'une même profession est exercée dans différentes industries et qu'il existe des conventions collectives — soit normales, soit déclarées de force obligatoire « étendue » — différentes d'une part pour cette profession et d'autre part pour les industries où elle est exercée. Par exemple : il peut y avoir une convention collective couvrant les travailleurs métallurgistes et une autre concernant l'industrie chimique, mais qui règle les conditions du travail des ouvriers métallurgistes occupés dans des usines de produits chimiques. D'autres concurrences entre des accords collectifs peuvent apparaître du fait qu'une usine exerce plusieurs activités ou qu'elle est affiliée à une association professionnelle groupant plusieurs industries. Dans ce dernier cas, une convention collective conclue par cette association peut entrer en conflit avec une convention établie pour l'industrie particulière à laquelle appartient l'établissement, et déclarée de force obligatoire « étendue » (cf. par exemple, sur l'histoire et les causes de conflits de conventions en Allemagne, l'exposé dans R. I. J. T., 1936-37, note préliminaire sur n° 29).

Les « normes de conflits » élaborées par les tribunaux italiens et allemands sont en général identiques et peuvent se résumer ainsi :

En principe il faut appliquer la règle dite de l'unité de la réglementation collective du travail, c'est-à-dire que la convention applicable dans l'entreprise doit être en principe la même pour tous les travailleurs de l'établissement, et qu'un travailleur employé à des occupations ressortissant de plusieurs professions ne peut se voir appliquer qu'une seule convention collective (R. I. J. T., 1935-36, Italie, n° 10, 1^{re} espèce; 1933, Italie, n° 16; 1936-37, Allemagne, n° 29, 3^e à 5^e espèces). Est applicable, en cas de conflits, à tous les ouvriers de l'entreprise la réglementation qui couvre la majeure partie des rapports de travail existant dans l'établissement (R. I. J. T., 1925, Allemagne, p. 57). Ceci veut dire qu'au cas où une entreprise déploie des activités multiples tombant chacune dans le champ d'un contrat collectif, c'est la convention qui couvre l'activité principale ou prépondérante de l'entreprise qui doit seule s'appliquer (R. I. J. T., 1935-36, Italie, n° 7; 1933, Italie, n° 16; 1936-37, Allemagne, n° 29, surtout 5^e espèce).

L'application d'une réglementation collective distincte à certains ouvriers de l'établissement n'est possible que lorsqu'il s'agit d'un établissement à activités multiples et que ces ouvriers sont occupés dans un service autonome de l'entreprise, distinct, de par sa nature, des autres services de l'établissement (R. I. J. T., 1935, Italie, n° 20, 1933, Italie, n° 16; R. I. J. T., 1936-37, Allemagne, n° 29, 3^e à 5^e espèces).

N'est pas déterminante l'industrie à laquelle l'entreprise est affiliée (ou incorporée). Ce qui est décisif c'est la nature réelle de l'activité principale ou prépondérante de l'établissement (R. I. J. T., 1935-36, Italie, n° 7; et n° 18; 1934-35, Italie, n° 8; 1933, Italie, n° 16; 1936-37, Allemagne, n° 29, 1^{re} et 2^e espèces).

A l'ouvrier à occupations multiples s'applique la convention régissant son activité prépondérante (R.I.J.T., 1933, Italie n° 16).

Dans le cas de conflits entre une convention collective industrielle et une convention collective professionnelle, c'est la première qui l'emporte (R.I.J.T., 1936-37, Allemagne, n° 29, 6^e espèce).

Enfin, « la réglementation professionnelle prime la réglementation locale, étant donné qu'en ce qui concerne les entreprises, elle a un champ d'application plus restreint ». (R.I.J.T., loc. cit.).

3. — Les lois du travail, que sont les contrats collectifs, peuvent entrer en conflit, non seulement entre elles, mais aussi avec d'autres sources du droit objectif. C'est le cas quand elles contiennent des règles contraires à celles découlant des lois étatiques ou des usages reconnus par celles-ci. La solution de ces conflits dépend alors de l'ordre hiérarchique des sources du droit positif. Pour les solutions données à ces conflits par la jurisprudence italienne, qui s'en est particulièrement occupée, cf. R. I. J. T., Italie, 1929, n°s 6 et 7, 1932, n°s 3 et 4, 1934-35, n° 5, 1^{re} espèce, 1935-36, n° 17, 2^e espèce; 1936-37, Italie, n° 4.

D. — *Sanction de la convention collective.*

La sanction de la convention collective est organisée par la loi italienne sous une double forme : 1° pénalement par l'article 509 du Code pénal (R. I. J. T., 1935-36, Italie, n° 22, 2^e espèce, définissant les faits constitutifs du délit d'inexécution du contrat collectif), et 2° civilement par l'action donnée dans l'article 10 de la loi du 3 avril 1926 aux associations syndicales pour obtenir la réparation du dommage causé à elles par un employeur qui a manqué aux obligations mises à sa charge par le contrat collectif (R. I. J. T., loc. cit., n° 30).

En droit allemand républicain aucune sanction du contrat collectif n'avait été prévue par la loi. Mais la jurisprudence avait suppléé à cette lacune en organisant une sanction indirecte. Les tribunaux allemands avaient, en effet, déclaré que tout contrat collectif — qu'il eût été librement négocié ou établi par une sentence arbitrale ou enfin édicté sous la forme d'un « contrat de tarif forcé » — comportait tacitement une clause (« devoir ») de paix sociale, créant à la charge des parties « signataires » : a) l'obligation négative de s'abstenir de provoquer, soutenir ou exiger une grève (ou un lock-out) visant une question réglée ou intentionnellement non-réglée par l'accord collectif en vigueur; b) l'obligation positive d'agir par tous les moyens syndicaux en faveur de la paix économique et d'empêcher leurs membres d'entamer ou de continuer une lutte de travail (R. I. J. T., 1925, p. 71; 1926, p. 54; 1927, Allemagne, n° 12 (sentence arbitrale), n°s 38 (contrat collectif forcé) et 39; 1930, Allemagne, n° 18 avec note préliminaire). La violation de cette clause — qui a été aussi parfois considérée comme une stipulation pour autrui (R. I. J. T. 1925, p. 59) ou une clause de norme — ouvrait, au profit de la partie lésée, une action civile en réparation du dommage causé qui, quand il s'agissait du dommage subi par un employeur ou par un syndicat, pouvait atteindre des sommes très élevées et constituait ainsi une sanction indirecte, mais efficace de la convention collective.

Une autre sanction indirecte, peut-être moins efficace, découlait en droit allemand de l'impossibilité juridique d'engager les procédures de conciliation et d'arbitrage pour régler une question tranchée — ou intentionnellement laissée en suspens — dans un contrat collectif en cours, et de la nullité de la sentence arbitrale intervenue en la matière en violation de ce principe (R. I. J. T., 1927, Allemagne, n° 38).

J'arrête ici mon étude comparative, nécessairement sommaire, du contrat collectif du travail, et signale seulement à l'examen de ceux qui enten-

dent approfondir la question, parmi d'autres problèmes, celui du « closed shop » (et du boycottage des ouvriers syndiqués) — qui demanderait une étude à part — et celui de la concurrence déloyale exercée aux dépens d'autres fabricants par l'employeur qui ne respecte pas les conditions du travail arrêtées collectivement (problème dit de l'effet de cartel du contrat collectif) (cf., par exemple, R. I. J. T., 1926, p. 21; 1932, Allemagne, n° 6).

Il paraît certain que tous ceux qui collaborent à l'établissement et à l'élaboration du droit social et économique peuvent trouver des directives et des éléments précieux de décision dans les jurisprudences « reportées » dans le R. I. J. T. Mais pour cela il faudrait que le R. I. J. T. se classe enfin comme il le mérite. Que cette modeste contribution puisse, non seulement, dans une faible mesure, témoigner de ma profonde gratitude envers le Professeur Lambert, mais aussi contribuer à attirer l'attention, qu'elle mérite, sur cette publication annuelle qui reste l'une des grandes créations de notre Maître vénéré.

LES PUBLICATIONS DU BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL ET L'AIDE QU'ELLES APPORTENT A LA DOCUMENTATION JURIDIQUE INTERNATIONALE

Par Pierre WAELBROECK

Chef de Section au Bureau International du Travail

Le Bureau International du Travail n'est pas une académie ; il est un organe d'action. Sa constitution lui assigne une tâche précise : promouvoir la justice sociale en s'efforçant de relever les conditions de vie des travailleurs parallèlement dans tous les pays du monde. Chargé d'une telle mission, le Bureau ne saurait se livrer à des études purement désintéressées. Il laisse de tels travaux aux instituts de sciences juridiques, sociales, économiques, statistiques et politiques. Mais il ne saurait demeurer indifférent aux progrès de ces disciplines qui l'intéressent pour la poursuite de sa tâche, et lui-même, de son côté, dans l'accomplissement de son travail quotidien, fournit aux spécialistes de ces diverses sciences une aide qui ne paraît pas toujours suffisamment connue. Certes, dans les milieux qui s'occupent d'études sociales et économiques, les publications du Bureau sont depuis longtemps répandues, mais il ne semble pas en être de même dans les milieux juridiques auxquels elles s'adressent moins directement et qui, pour cette raison sans doute, ont moins appris à les utiliser.

Nous voudrions, dans les quelques pages qui suivent, indiquer à quel titre les publications du Bureau méritent de retenir aussi l'attention du juriste et souligner la contribution qu'elles apportent à la documentation juridique internationale.

I

La vie et l'œuvre de l'Organisation Internationale du Travail offrent pour le juriste un intérêt évident. Son existence même et son fonctionnement sont, du point de vue du droit international, des faits de première importance et posent des problèmes juridiques multiples qui sont loin d'avoir été déjà tous définitivement éclaircis. Quant à son œuvre, ne consiste-t-elle pas précisément dans la création et le développement d'une branche nouvelle du droit : le droit international du travail ? Organe d'action, le moyen dont dispose l'Organisation pour remplir sa mission est essentiellement un moyen juridique : c'est la convention internationale

qui, votée et ratifiée, doit aboutir, dans les différents pays, à la mise en œuvre d'autres instruments juridiques — les lois et les règlements — destinés à mettre la législation et la pratique de ces pays en harmonie avec les dispositions de la convention.

Or, pour l'étude de l'activité de l'Organisation et des problèmes qu'elle pose, les publications du Bureau constituent, naturellement, les sources essentielles. Avant tout, il convient de mentionner à ce titre le volume qui résume l'œuvre de la Conférence : *Le Recueil des Conventions et des recommandations*. Les dimensions qu'a prises ce volume en peu d'années symbolisent l'importance acquise depuis la guerre par la législation internationale du travail. Aux deux conventions négociées avant 1914 sous les auspices de l'Association Internationale pour la protection légale des travailleurs sont venues s'ajouter 56 conventions nouvelles, que complètent 53 recommandations. Tel qu'il est, le Recueil comprend déjà plus de 400 pages in octavo. Toutes les branches du droit du travail y sont représentées et, pour quelques-unes d'entre elles, comme les assurances sociales, les textes adoptés forment, dès à présent, des chapitres complets d'un véritable code international du travail.

L'analyse, l'interprétation et l'application de ces dispositions offrent au commentateur un vaste champ d'étude. Pour le défricher, il trouve dans les publications du Bureau toute une série d'instruments ; ce sont les *Documents de la Conférence Internationale du Travail*. Avec leur aide, il lui est possible de suivre l'histoire de chaque disposition à travers les diverses phases de sa préparation, de son adoption et de son application.

La préparation des ordres du jour de la Conférence est une des attributions essentielles du Bureau International du Travail. Chaque année, il publie sur les diverses questions que la Conférence est appelée à discuter une série de rapports. Normalement, chaque question fait l'objet de deux discussions à deux sessions successives de la Conférence. La première discussion tend à reconnaître si la question est mûre pour une réglementation internationale et, dans l'affirmative, sur quels points pourrait porter une telle recommandation. En vue de cette discussion, le Bureau prépare ce qu'il est convenu d'appeler un rapport « gris » qui contient un résumé analytique de l'état de la législation et de la pratique sur la question dans les différents pays. Si, à la suite de ce débat, la Conférence décide d'inscrire la question à l'ordre du jour de la session suivante, le Bureau rédige, sur la base des points retenus par la Conférence, un « questionnaire » qu'il adresse aux Gouvernements. Enfin, à l'aide des réponses reçues, il prépare un rapport dit « bleu », qui contient en conclusion des projets de textes que la Conférence prend généralement comme base de discussion. Dans certains cas, lorsque la question a un caractère d'urgence, le Bureau prépare un double rapport, dit « gris-bleu », qui permet à la Conférence, selon qu'elle le juge opportun, soit d'appliquer à la question la procédure normale de double discussion, soit d'aboutir en une seule session à des décisions définitives. « Rapports gris », « questionnaires », « rapports bleus » ou « gris-bleus » forment la première série des documents de la Conférence. Ce sont les documents préparatoires qui, avec le compte rendu même des sessions, éclairent le commentateur sur la genèse de chaque texte voté.

Mais les auteurs de la Constitution n'ont pas seulement voulu que la

Conférence adopte des conventions et des recommandations. Ils ont voulu aussi que l'application puisse en être suivie ou contrôlée. Pour ce qui concerne en particulier les conventions, l'article 22 de la Constitution prescrit que tout Membre est obligé de fournir au Bureau International du Travail un rapport annuel sur les mesures prises par lui pour mettre à exécution les conventions auxquelles il a adhéré. Un résumé de ces rapports doit être présenté par le Directeur à la plus prochaine session de la Conférence.

En exécution de cet article, le Bureau publie chaque année un volume, le *Résumé des rapports annuels présentés en exécution de l'article 22*, qui atteint actuellement près de 500 pages in quarto et dont la consultation permet de se rendre compte de l'application donnée par les différents pays aux conventions ratifiées par eux. Au surplus, cette consultation est facilitée à la Conférence par le travail préalable d'une Commission d'experts juristes. Lorsque le nombre des rapports annuels transmis par les divers Gouvernements fut devenu trop grand pour qu'on pût encore attendre de la Conférence, dont les sessions sont courtes et les ordres du jour chargés, qu'elle en fît elle-même un examen attentif, le Conseil d'administration institua la Commission en question, qu'il chargea de vérifier les rapports fournis et de lui signaler les observations qu'ils lui semblaient appeler. En plus des rapports eux-mêmes, dont le nombre annuel dépasse aujourd'hui 800 et est appelé à croître avec le chiffre des ratifications, la Conférence se trouve ainsi saisie des remarques des experts, qui attirent son attention sur les questions que posent les renseignements fournis. Pour l'examen de ces observations, la Conférence constitue dans son sein une commission spéciale devant laquelle les délégués des Gouvernements sont invités à fournir des explications et qui présente à son tour, à la Conférence plénière, un rapport sur ses constatations.

On conçoit quelle mine de renseignements ces divers documents contiennent sur cette création continue qu'est l'exécution internationale d'une convention. Non seulement ils permettent de mesurer le degré d'application effective de chaque texte et, par conséquent, d'apprécier la réalité même de la législation internationale du travail, mais ils rendent possible de déceler certaines erreurs qui peuvent avoir été commises par la Conférence elle-même au cours de l'élaboration d'un texte. L'examen des rapports des Gouvernements pourra révéler, par exemple, des difficultés d'application qui tiennent moins aux conditions nationales ou au régime juridique d'un pays qu'à un défaut de la disposition même qu'il s'agit d'appliquer. Dans ce cas, une revision pourra apparaître nécessaire, et la Conférence en a toujours réservé explicitement la possibilité. Toute convention du travail prévoit que, dans un certain délai, généralement de dix ans, son application doit faire l'objet d'un rapport d'ensemble de la part du Conseil d'administration qui, à cette occasion, doit signaler à la Conférence les dispositions dont l'amendement lui paraît souhaitable. Ces *rapports décennaux*, qui renferment en quelque sorte la synthèse périodique des résultats d'application des conventions, complètent la série des documents de la Conférence internationale du Travail que publie le Bureau.

Aux documents de la Conférence s'apparentent étroitement les *Procès-verbaux du Conseil d'administration* et le *Bulletin officiel*. Celui-ci est, en quelque sorte, le répertoire des principaux actes relatifs à la constitution et

à la vie de l'Organisation : documents relatifs à l'adhésion ou au retrait d'Etats membres, exécution par les Etats de leurs obligations juridiques découlant de leur qualité de membres, différends éventuels et avis consultatifs rendus par la Cour de la Haye au sujet de l'interprétation de la Constitution, décisions du Conseil d'administration et de la Conférence, etc. Ce recueil périodique a été complété par un volume rétrospectif concernant les travaux de la Commission de législation internationale du travail de la Conférence de la Paix qui, en 1919, élaborait le statut de l'Organisation.

Quant aux procès-verbaux du Conseil d'administration, il suffit, pour souligner leur importance, d'indiquer le rôle central que joue le Conseil dans l'ensemble des rouages de l'Organisation. C'est sous sa direction qu'est placé le Bureau international du Travail. C'est de lui que le Directeur reçoit ses instructions, vis-à-vis de lui qu'il est responsable de la bonne marche du Bureau et de toutes les tâches qui lui sont confiées. C'est lui encore qui établit l'ordre du jour de chaque session de la Conférence et décide de la suite à donner aux vœux que la Conférence lui adresse. Les débats du Conseil et les rapports qui lui sont soumis par le Bureau ou par ses propres commissions apportent ainsi des renseignements précieux sur l'activité continue de l'Organisation dans l'intervalle des sessions de la Conférence. Ils constituent en particulier une source de premier ordre pour l'étude des problèmes juridiques que pose, au jour le jour, le fonctionnement interne de l'Organisation.

II

A côté des collections que nous venons de décrire et qui sont les sources principales pour l'étude de la vie et de l'œuvre de l'Organisation, c'est-à-dire, en somme, pour l'étude de la création du droit international du travail, le Bureau fait paraître tout un ensemble de publications périodiques et non périodiques qui constituent une véritable bibliothèque de documentation et d'études sur la réglementation, les conditions et les problèmes du travail depuis la guerre dans tous les pays du monde. Cette tâche est poursuivie par le Bureau en exécution de l'article 10 de sa Constitution, qui lui prescrit, d'une part, de « centraliser et distribuer toutes informations concernant la réglementation internationale de la condition des travailleurs et du régime de travail » et, d'autre part, de « rédiger et publier en français, en anglais et dans telle autre langue que le Conseil d'administration jugera convenable, un bulletin périodique consacré à l'étude des questions concernant l'industrie et le travail et présentant un intérêt international ».

A vrai dire, quand même son Statut ne le lui eût pas formellement prescrit, le Bureau aurait sans doute été obligé de se constituer d'importants dossiers de documentation. Le droit international ne se construit pas dans l'abstrait. Chaque convention, chaque recommandation doit, sous peine de demeurer lettre morte, plonger des racines profondes dans la réalité. Pour permettre au Conseil d'administration de juger de la maturité des questions proposées pour l'inscription à l'ordre du jour de la Conférence, pour préparer, ainsi qu'il en avait la tâche, les décisions de la Conférence sur les questions retenues par le Conseil, force eût été pour le Bureau de disposer de vastes services de documentation et d'étude. Instrument de

politique sociale, il lui fallait pouvoir être informé de l'évolution de la vie économique et sociale et tenir compte des besoins et des aspirations qu'elle fait naître.

Mais les auteurs de la Constitution du Bureau ont voulu davantage. Ils ont pensé que, pour promouvoir le progrès social dans le monde entier, la réglementation n'était pas l'unique moyen. Là où aucune mesure commune n'est encore applicable, l'information réciproque sur leur politique et leurs conditions de travail peut amener les pays à acquérir la conscience de certains besoins sociaux et à prendre exemple les uns sur les autres pour accomplir les réformes nécessaires. Elle peut les conduire aussi à influencer les uns sur les autres pour mettre fin à certains abus qui, s'ils se perpétuaient chez ceux-ci, risqueraient, à la longue, de compromettre chez ceux-là, par suite de la concurrence internationale, le niveau des conditions de travail et de vie.

L'information et la publication sont donc, pour le Bureau, un deuxième moyen d'action qui lui sert à stimuler le progrès social dans le monde. Mais, plus encore que lorsqu'il prépare des projets de réglementation internationale, il contribue, lorsqu'il recourt à cette deuxième méthode, à enrichir la documentation internationale sur les problèmes qui l'occupent, et met à la disposition des spécialistes — économistes, sociologues et juristes — des instruments de travail utiles.

Tout d'abord, il y a la réglementation légale. On sait combien les études de législation comparée sont souvent limitées par les difficultés de langue. Or, le Bureau, reprenant l'effort entrepris avant la guerre par l'Office international du Travail de Bâle, s'est attaché, dès sa création, à suivre et à faire connaître les progrès du droit ouvrier. Sans doute, la collection qu'il publie depuis 1920 sous le titre de *Série Législative* n'est pas un recueil international complet de tous les règlements et lois touchant les conditions de travail ; la publication d'un tel recueil nécessiterait, étant donné l'abondance actuelle de la matière, des services de traduction et d'impression autrement importants que ceux dont dispose le Bureau. Mais il met en tout cas à la disposition du spécialiste et du praticien, sous une forme accessible, traduits en français, anglais et allemand, les textes les plus caractéristiques promulgués dans n'importe quelle région et dans n'importe quelle langue du monde. Au surplus, nous n'en dirons pas plus ici sur cette publication, puisque, aussi bien, la rédaction des « Mélanges » a jugé que son importance pour la documentation juridique internationale était assez grande pour justifier dans ce volume un article spécial.

Pour la même raison, nous ne nous attarderons pas à décrire le *Recueil international de jurisprudence du travail* qui fait, lui aussi, l'objet d'une notice séparée et qui mérite d'autant mieux cette distinction qu'il a toujours bénéficié de l'intérêt particulier de M. Edouard Lambert. Sans la critique que M. Lambert fit jadis au Bureau — et dont Albert Thomas sentit tout de suite la portée et la justesse — de s'occuper trop exclusivement des textes législatifs et réglementaires et pas assez de leur interprétation et de leur application par la jurisprudence, le *Recueil* n'eût peut-être jamais vu le jour. Sans la collaboration dévouée de ce juriste éminent et sans ses conseils éclairés, il n'eût, certes, pas pu se développer et s'améliorer d'année en année comme il l'a fait.

Si la *Série Législative* et le *Recueil de jurisprudence* constituent les

contributions maîtresses du Bureau à la documentation juridique internationale, Albert Thomas a tout de suite pensé que leur publication ne pouvait épuiser le rôle d'informateur assigné à l'Institution. La lettre du texte réglementaire et son interprétation ne sont pas tout. Il faut en suivre la genèse ; il faut comprendre le mouvement des idées et des revendications dont il est l'aboutissement ; il faut le considérer dans le cadre des faits économiques et sociaux qui l'expliquent et en déterminent la portée. Ici encore, le Bureau a été forcé, pour les besoins de son action, de s'organiser en centre d'observation, et ses publications ne sont, en quelque sorte, que le sous-produit d'un travail de documentation dont il ne pouvait se dispenser. Tous ses services d'études, chacun dans sa branche, sont en premier lieu des services de documentation et le résultat de son travail journalier est condensé chaque semaine dans les *Informations sociales*. Ceci suffit déjà à indiquer le caractère de cette publication. Toutes les questions qui sont de la compétence du Bureau y sont suivies, et non pas seulement du point de vue de la réglementation législative ou autre, mais aussi du point de vue des idées et des faits. Moins soumises que la Série Législative aux causes de retard qu'entraîne la traduction in extenso de textes souvent très techniques, les Informations sociales ne visent cependant pas à une actualité que rendraient illusoire les distances que, une fois sorties de presse, elles ont encore à franchir pour atteindre leurs lecteurs, disséminés dans tous les pays du monde. Leur ambition est plutôt d'apporter sur toutes les questions, sous forme de notes synthétiques, une information courante puisée aux sources les plus sûres et les plus directes. Ces notes, groupées par sujets, sous un certain nombre de rubriques, se prêtent facilement à un classement pour la constitution de dossiers de documentation et sont, en fait, utilisées de la sorte par les services mêmes dont elles émanent.

Très proche des Informations Sociales par son cadre général et par son caractère essentiellement documentaire est *l'Année Sociale*. A vrai dire, celle-ci est, dans une large mesure, la synthèse annuelle de celles-là, et chacun de ses chapitres contient, en somme, une vue d'ensemble des faits qui, de semaine en semaine, ont été relatés sous la rubrique correspondante des Informations Sociales. Mais, si les matériaux utilisés sont identiques, les deux publications n'en ont pas moins chacune leur objet et leur utilité propres, la première permettant de tenir à jour l'information sur une question donnée, la seconde mettant en mesure de mieux apercevoir les grandes lignes de l'évolution.

L'Année Sociale ne paraît comme publication indépendante que depuis 1930. Jusqu'à cette date, elle faisait corps avec le *Rapport du Directeur*. Albert Thomas avait voulu, en effet, présenter chaque année aux délégués à la Conférence, en l'accompagnant de ses réflexions et de ses commentaires, un vaste tableau de la vie économique et sociale dans le monde au cours de l'année écoulée. A la longue, cependant, avec l'extension des sources d'information du Bureau et le développement du progrès social, ce tableau avait pris des dimensions incompatibles avec l'objet d'un rapport destiné à servir de base de discussion à une Conférence. C'est alors qu'Albert Thomas, sans renoncer à sa revue annuelle des faits, sépara l'exposé documentaire des conclusions qu'il voulait soumettre à la réflexion des délégués. Le premier devint l'Année Sociale, et le Rapport du Directeur prit dès lors ce caractère de rapport moral de l'Organisation dont les jugements sur

l'évolution économique et sociale du monde font aujourd'hui autorité. Dans l'ensemble des publications du Bureau, le Rapport du Directeur apparaît ainsi comme au sommet d'une pyramide dont la base serait les Informations Sociales et le degré intermédiaire l'Année Sociale.

Nous avons dit que le champ des Informations Sociales et de l'Année Sociale est très général et embrasse tous les problèmes dont s'occupe le Bureau. Sur certains sujets techniques, cependant, le Bureau a été amené, pour répondre aux besoins des spécialistes, à faire paraître des périodiques séparés. Nous ne ferons que les mentionner ici. Il s'agit d'abord de la *Bibliographie d'hygiène industrielle*, qui paraît tous les trois mois depuis 1922, et de la *Chronique de sécurité industrielle*, qui paraît tous les deux mois depuis 1926. Plus récemment, le Bureau a détaché de l'Année Sociale les tableaux statistiques qui, en se développant d'année en année, tendaient à y prendre une place disproportionnée. Groupés systématiquement, complétés et présentés sous une forme mieux adaptée aux besoins, ces tableaux font aujourd'hui l'objet d'une publication indépendante qui vient de paraître pour la seconde fois; c'est l'*Annuaire international des statistiques du travail*.

En plus du travail de documentation courante dont rendent compte les périodiques dont nous venons de parler, les services de recherches du Bureau poursuivent l'étude méthodique et approfondie de certaines questions, tantôt en relation avec la préparation des ordres du jour de la Conférence, tantôt pour répondre aux vœux du monde extérieur, qui trouvent notamment leur expression dans les résolutions de la Conférence, du Conseil d'administration ou de certaines commissions. Les résultats de ces travaux de recherches fournissent la matière des deux dernières publications dont nous voudrions encore, à la fin de cette note, définir le caractère et souligner l'intérêt. Ce sont la *Revue internationale du Travail* et la collection des *Etudes et Documents*. Il n'y a pas, quant au fond, de démarcation théorique entre ces deux publications. Seules, des considérations pratiques, telles que l'ampleur du sujet ou la méthode suivie pour l'étudier déterminent les services à donner au résultat de leurs recherches, tantôt la forme d'un article ou d'une série d'articles, tantôt celle d'un ouvrage indépendant. Souvent, d'ailleurs, les deux modes de publication sont utilisés simultanément, et sans attendre que ces recherches soient assez avancées pour publier le volume qu'il prépare sur un sujet, le Bureau peut juger utile d'en faire connaître le premier résultat en publiant dans la Revue certaines études monographiques ou préliminaires. Lorsqu'il lui paraît utile, pour sa propre information ou pour celle du lecteur, de faire exposer un sujet par un auteur extérieur, il fait appel à sa collaboration et maintient ainsi le contact entre son travail scientifique et celui accompli au dehors. Cette juxtaposition de contributions des services du Bureau et d'auteurs étrangers, qui permet l'expression de points de vue divers sur une même question, est un des traits distinctifs de la Revue et est sans doute une des raisons de la faveur particulière dont elle jouit.

Deux exemples permettront de faire comprendre les directives que suit à cet égard le Bureau. Lorsque, il y a quelques années, la question de l'assurance maladie obligatoire fut portée à l'ordre du jour de la Conférence, le Bureau ne se contenta pas de préparer sur ce sujet le rapport exigé par le règlement de la Conférence; il publia en même temps, dans la

série des Etudes et Documents, un gros ouvrage d'ensemble contenant l'analyse des législations existantes et des résultats de leur application. En outre, il invita des experts de plusieurs pays à exposer dans la Revue leurs idées et leurs propositions sur certains aspects actuels du problème. Plus récemment, lorsque les Etats-Unis, sous l'administration du Président Roosevelt, entreprirent l'expérience de la N. R. A., la Revue ne tarda pas à renseigner ses lecteurs sur les buts et les caractéristiques du nouveau régime et le Directeur lui-même, revenant d'un voyage en Amérique, en décrivit les grandes lignes. Mais, en même temps, soucieux de faciliter aux spécialistes l'étude des textes, il publia en trois langues un Recueil des lois et des codes industriels les plus caractéristiques ⁽¹⁾. Enfin, avec la collaboration de personnes qualifiées aux Etats-Unis, il entreprit la préparation d'un ouvrage d'ensemble ⁽²⁾ qu'il mit au point et publia aussitôt qu'il jugea disposer d'un recul suffisant pour faire le tableau de l'expérience et de ses premiers résultats.

Il faudrait plus de place que celle dont nous disposons ici pour analyser les principaux volumes et séries d'articles qui méritent de retenir l'attention du point de vue de la documentation juridique et sociale internationale. Les cinq volumes d'études sur la liberté syndicale ⁽³⁾, l'ouvrage sur les conventions collectives ⁽⁴⁾, les trois volumes sur la réglementation des migrations ⁽⁵⁾, les études documentaires sur la réglementation du travail féminin et celle du travail des enfants ⁽⁶⁾, les ouvrages de législation comparée sur les diverses branches des assurances sociales ⁽⁷⁾, qui ont paru dans les diverses séries des Etudes et Documents, demanderaient plus qu'une simple mention.

Mais l'objet de cette note est moins d'attirer l'attention sur tel ouvrage particulier que de faire comprendre l'économie générale du programme des publications du Bureau, de montrer les besoins auxquels ces publications répondent et les services qu'elles peuvent rendre, enfin, de guider le lecteur dans l'utilisation qu'il peut en faire.

Qu'il nous soit permis, en terminant, de souligner l'effort qu'a toujours déployé le Bureau pour éditer ses publications en plusieurs langues. En outre des éditions dans les deux langues officielles, il publie en allemand tous les rapports préparatoires sur les questions à l'ordre du jour de la Conférence, le Compte rendu de la Conférence, l'Année sociale, le Rapport du Directeur, la Série législative, le Recueil international de jurisprudence du travail, la Chronique de sécurité industrielle, un grand nombre des Etudes et Documents et une revue mensuelle, l'*Internationale Rundschau der Arbeit*, composée d'articles et de chroniques extraits de la Revue internationale du Travail et des Informations sociales. De telles revues mensuelles paraissent également en italien, en espagnol, en japo-

(1) La lutte contre la crise aux Etats-Unis, *Recueil de textes et Etudes et Documents*, Série B, n° 19, 1933, 248 pp.

(2) La reconstruction économique et sociale aux Etats-Unis, *Etudes et Documents*, Série B, n° 20, 1935, 462 pp.

(3) *Etudes et Documents*, Série A, n°s 28 à 32.

(4) *Id.*, Série A, n° 39.

(5) *Id.*, Série O, n° 3.

(6) *Id.*, Série I, n°s 2 et 3.

(7) *Id.*, Série M, n°s 1 à 11.

nais et en chinois. En japonais paraissent encore le Rapport du Directeur et un résumé de l'Année sociale. Des éditions intégrales de ces deux publications, ainsi que du compte rendu de la Conférence, sont publiées en espagnol et, depuis cette année, paraissent dans cette langue, du moins partiellement, les rapports préparés pour la Conférence et certaines études. Un effort particulier est fait par le Bureau pour faciliter dans tous les pays la diffusion du rapport du Directeur. En plus des éditions française, anglaise, allemande, espagnole et japonaise, que nous avons déjà mentionnées, paraissent encore, soit par les soins du Bureau lui-même, soit grâce au concours de certaines administrations ou organisations nationales, des éditions suédoise, norvégienne, danoise, polonaise et yougoslave de ce Rapport.

On voit quelle application large le Bureau a donnée à la disposition de son Statut qui l'invitait à faire paraître ses publications dans d'autres langues encore que les langues officielles, et quel souci il a de faciliter une utilisation aussi universelle que possible de ses travaux de recherches et de documentation.

LA SERIE LEGISLATIVE DU BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL

Par Edouard THOMMEN

Sous-chef de Section au Bureau International du Travail

La Série législative (*Legislative Series, Gesetzreihe*) est une des premières publications créées par le Bureau international du Travail à ses débuts, en 1920. Elle constitue un recueil en trois langues des lois, décrets, dispositions constitutionnelles et traités internationaux dans le domaine juridique de la protection du travail. Suivant le modèle des « Statutory Rules and Orders » britanniques, les textes en sont publiés sous forme de fascicules dont l'ensemble, complété par un index, paraît ensuite en volumes annuels.

Une telle publication marquait l'intention de rattacher à l'activité de l'Association internationale pour la protection légale des travailleurs, organisme privé subventionné par les Etats, les efforts alors en cours pour réorganiser la protection internationale du travail. Depuis 1902 paraissait, par les soins du secrétariat de cette Association, l'Office international du travail, ayant son siège à Bâle, une revue (le « Bulletin de l'Office international du Travail ») qui fut éditée en français et en allemand d'abord, puis à partir de 1905, en anglais également, consacrée en majeure partie à la reproduction de textes législatifs importants. Cette publication, l'Office de Bâle avait réussi à la maintenir à travers les vicissitudes de la guerre mondiale, jusqu'en 1919. Lorsque l'Association se trouva contrainte de renoncer à cette branche de son activité, la Série législative, à son tour, assura la continuité. Le résultat en est que les textes les plus importants de la législation du travail des trente-cinq dernières années sont actuellement à la disposition des chercheurs, en langue française et allemande, et pour les trente dernières années, en langue anglaise ⁽¹⁾.

Le Bulletin de Bâle, en plus du texte des mesures législatives, donnait un aperçu des résolutions syndicales, des projets et propositions législatifs ainsi que des débats parlementaires qui avaient conduit à leur élaboration définitive. Il visait à suivre la pensée légiférante dans toutes ses évolutions,

(1) Une regrettable lacune, l'absence de la loi britannique de 1901 sur les fabriques, qui ne figure évidemment ni dans le Bulletin de Bâle ni dans l'Annuaire belge de la législation du travail, dont le début remonte également à 1902, sera comblé incessamment, après l'adoption du projet de réforme de cette loi.

de son apparition jusqu'à sa réalisation, et à faire l'historique des textes publiés. De plus, il contenait une bibliographie par matière, permettant au lecteur de pousser plus loin ses recherches s'il le désirait. La Série législative diffère du Bulletin de Bâle sur ce point. Conformément au système de division du travail qui prévaut au Bureau international du Travail, elle fut limitée d'emblée à la seule reproduction des textes, d'autres publications du Bureau international du Travail, telles que les Informations sociales et la Revue internationale du Travail, poursuivant l'œuvre du Bulletin de Bâle dans les autres domaines.

Quant à la matière même de la nouvelle publication, la nécessité d'un choix judicieux, dicté par les possibilités pratiques, s'imposait comme pour le Bulletin de Bâle. En principe, la Série législative se confina aux mesures les plus importantes dans le domaine de la protection légale des travailleurs au sens le plus étroit du terme, éliminant celles qui ne visent pas les rapports de travail, notamment les dispositions relatives au logement, à la coopération et à la colonisation intérieure.

Malgré cette double restriction, la rédaction de la Série législative eût une tâche ardue et délicate lorsqu'il s'agit de faire face au flot législatif qui se déversa dès la fin de la guerre mondiale.

Dans de nombreux pays, le développement rapide de la politique intérieure avait entraîné une forte recrudescence de la législation sociale. D'autre part, la réduction de grands empires à un nombre considérable d'Etats nouveaux, avait multiplié les sources de législation, les unes impétueuses, les autres plus mesurées dans leur débit; tels les Etats formés d'éléments de l'ancienne Autriche, les Etats détachés de l'Empire du Tzar et de l'Empire ottoman. Avec la Tchécoslovaquie, la Pologne, la Lithuanie, la Lettonie, l'Estonie et l'Albanie, autant de nouvelles langues nationales firent leur entrée dans la législation du travail. Le réveil économique et industriel de l'extrême et du proche Orient fit naître le besoin d'une telle législation dans des pays où, jusqu'alors, il ne s'était pas manifesté. En premier lieu, le Japon, plus tard la Chine et l'Egypte, puis, avec une énergie particulière, la nouvelle République turque, et, enfin, les pays tels que l'Iran, l'Irak, etc., se joignirent au mouvement. Dans les Etats de l'Amérique latine également, l'évolution économique s'accéléra au cours des dernières années, augmentant sensiblement l'apport de législation sociale en langue espagnole et portugaise. En outre, plusieurs législations coloniales furent notablement élargies. Et n'oublions pas l'œuvre de défrichement et de culture accomplie par l'Organisation internationale du Travail, grande animatrice dans l'ordre social.

Il advint donc que la Série législative grandit rapidement. Les tomes annuels durent être divisés en plusieurs volumes et atteignirent 1.500 et même 1.700 pages.

Citons parmi les lois les plus importantes publiées par elle, le Code du travail de l'Union des Républiques socialistes fédératives des Soviets de Russie (1922; nouvelle édition, 1936), le Code du travail de l'Australie méridionale (1926), les Codes du travail du Chili et du Mexique (1931), la loi néerlandaise de 1919 sur le travail (codification, 1930), la loi suédoise sur la protection du travail (1931), les Codes du travail du Vénézuéla, de la Turquie et de l'Irak, tous trois de 1936. Les assurances sociales sont représentées par la refonte du Code des assurances du Reich allemand

(1924) et par les lois d'assurances de la Pologne (1933), de la France (1930), du Danemark (1933), de la Grèce (1934), de l'Autriche (1935), ainsi que par les codifications des lois britanniques sur l'assurance-chômage, l'assurance-maladie et l'assurance-vieillesse (1935 et 1936).

Pour rendre moins sensible la sévérité du choix et donner au lecteur une image complète de la législation et de son évolution dans les différents pays, l'index chronologique annuel fut largement développé. Il ne mentionnait à l'origine que les textes contenus dans le volume auquel il se rapportait; depuis 1923, il forme un répertoire où figurent tous les textes importants dont le Bureau international du Travail a connaissance, avec l'indication détaillée de la source et, le cas échéant, de courtes notices explicatives. En outre, un répertoire général par matière, paru en 1935, facilite l'usage des quinze premiers volumes annuels.

**

Le service de la Série législative au Bureau international du Travail s'est efforcé, dès le début, de remonter jusqu'aux sources de la législation en cours et de les épuiser par ses propres moyens. A cet effet, un soin particulier fut voué à la documentation. Actuellement ce service dépouille régulièrement les organes officiels de législation de près de 200 Gouvernements, ainsi qu'un grand nombre de recueils de lois paraissant annuellement ou à des intervalles plus rapprochés. Les titres des textes qui retiennent son attention sont publiés sous forme d'un supplément mensuel intitulé « législation du travail récente », qui accompagne les envois mensuels de fascicules de la Série législative et permet au lecteur de bénéficier d'une documentation très complète.

Le travail de traduction est organisé dans le même esprit, tous les textes, sauf ceux d'Extrême-Orient, étant lus dans la langue originale par des traducteurs dont la langue maternelle est le français, l'anglais ou l'allemand.

La traduction des lois du travail, comme celle des lois en général, a ses difficultés propres. Dans aucun pays du monde, le droit du travail et de la protection du travail, malgré les transformations considérables qu'il a subies au cours des dernières années, ne constitue une matière juridique strictement délimitée. Il est, suivant le but et l'origine des différentes dispositions, droit civil, droit administratif, droit constitutionnel, droit pénal, droit procédural, etc. C'est là un obstacle à la spécialisation des traducteurs; ceux-ci doivent posséder des connaissances approfondies dans tous les domaines, ce qui, du point de vue international, exige une somme de travail beaucoup plus considérable qu'au point de vue national, chaque nouvelle législation venant, avec son idiome nouveau, accroître la tâche.

De la bonne ou de la mauvaise rédaction d'une loi dépendent, dans une large mesure, les difficultés plus ou moins grandes qu'elle présente pour le traducteur. Au lieu de se laisser guider par un esprit purement juridique, certains pays établissent leurs lois selon des principes que l'on pourrait qualifier de littéraires. Comme dans une œuvre littéraire, toute répétition de termes en est soigneusement bannie. Dès lors, il arrive qu'un même texte parle indifféremment d'« obrero », de « trabajador », d'« operario » ou d'« empleado ». Au traducteur de déterminer si chacun de ces termes vise indistinctement les ouvriers et les employés (c'est-à-dire

ceux que l'on groupe sous le terme général de salariés), ou, respectivement, les ouvriers ou les employés.

Sont également défectueuses, du point de vue du traducteur, les lois qui introduisent dans le langage légal des expressions de la technique industrielle sans les définir au préalable. Sans doute, cette pratique est-elle due souvent au fait que les projets de loi sont élaborés par un groupe restreint de spécialistes auxquels le langage technique est familier au point qu'ils ne se rendent peut-être pas toujours compte des difficultés qu'il présente pour le profane.

Les cas ne sont pas rares où le traducteur consulte les dictionnaires et manuels spéciaux les plus récents, sans y trouver les expressions techniques dont certains textes sont bourrés (2).

Si la terminologie technique peut, en soi, être un casse-tête pour le traducteur, la difficulté croît lorsqu'il s'agit de branches de la technique industrielle où il n'existe pas un vocabulaire uniforme. L'industrie minière en offre un exemple frappant. Un traducteur qui descendrait en personne au fond d'une mine pour y noter les expressions les plus nécessaires à son travail risquerait de retirer bien peu de fruits de cette leçon de choses. La terminologie change presque à chaque région minière d'un même pays; et si notre homme se transportait du Yorkshire dans le Pays de Galles, de la Sarre dans la Ruhr ou en Haute-Silésie, il serait forcé de constater que les expressions employées sont différentes dans chacun de ces districts miniers. Et s'il comprend que, dans ces conditions, un dictionnaire technique de l'industrie minière n'ait encore pu être établi, cet état de choses ne laisse pas de compliquer singulièrement sa tâche.

★★

Une autre difficulté réside dans le fait que les systèmes juridiques diffèrent selon les Etats. C'est ainsi que les pays de langue allemande font, au point de vue de la police industrielle, une distinction entre le théâtre proprement dit et les entreprises qui sont de simples exhibitions. Le point de différenciation réside dans l'intérêt artistique ou scientifique qui s'attache au premier et qui peut faire défaut aux secondes. Le droit anglo-saxon, lui, ignore cette démarcation; il met dans le même panier le ténor et l'acrobate, l'actrice et la femme à barbe. Tous sont désignés par le terme « performer », intraduisible si l'on ne veut pas s'exposer à fausser le sens d'un terme juridique existant.

Des obstacles nombreux se dressent devant le traducteur aux prises avec des textes touchant au droit procédural et au droit administratif. Dans le domaine de la procédure, les différents systèmes existants sont nés en corrélation directe avec le développement constitutionnel des Etats. Ils n'ont, le plus souvent entre eux, que des analogies très vagues. Cela est surtout vrai dans le domaine des voies de recours. Ainsi le nom de l'institution juridique allemande de la *Revision* ne peut être rendu en français, ce

(2) Ce n'est toutefois pas à titre de représailles que les conventions de l'Organisation internationale du travail ne sont pas exemptes de tels pièges. Citons comme exemple dans la convention de 1921, concernant la céruse, les mots « filetage » et « rechampissage », qui ont fait trébucher maints traducteurs et subi des métempsycoses fort imprévues au cours de leur incorporation aux diverses législations nationales.

que l'Allemand appelle *Revision* n'ayant aucun rapport avec la « revision » du droit français et très peu avec sa « cassation ». L'anglais ne dispose, pour les diverses voies de recours, que du terme « appeal ». En revanche, le français se révèle indigent lorsqu'il s'agit de désigner les actes les plus importants de la procédure anglo-saxonne tels que les différents « writs » (writ of mandamus, of certiorari, of prohibition, of quo warranto) ?

Le droit administratif fournit aussi de tels exemples. Le traducteur anglais évitera d'appliquer les noms de « county », « borough », « parish », « circuit », etc., qui, pour lui, représentent des notions historiques et administratives multiples, à des divisions territoriales étrangères.

★★

C'est un fait indiscuté de l'histoire du droit que l'adoption du droit britannique de protection du travail, au XIX^e siècle, et la diffusion sur une grande partie du globe de l'idée allemande des assurances sociales ont été pour l'humanité d'une importance comparable à celle qu'avaient revêtu, à la fin du moyen âge, l'introduction et l'évolution du droit romain régissant la propriété et les obligations (article « Législation du travail » dans le *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, 4^e édition, premier volume, page 403). Cependant, l'échange entre les Etats d'idées éprouvées dans le domaine du droit du travail ne s'est point limité aux sources et matières précitées. Et c'est ici que l'action du Bureau international du Travail est particulièrement féconde; car tant que cet échange aura lieu, le besoin d'une documentation centrale se fera sentir comme une nécessité inéluctable pour le législateur, auquel les textes étrangers doivent être rendus accessibles sous une forme claire et aussi exempte que possible d'erreurs. Plus la traduction mise à sa disposition sera établie avec soin, plus grande sera la certitude d'éviter, dans le processus actuel d'assimilation de conceptions juridiques étrangères, des erreurs d'interprétation, si fréquentes dans l'histoire du droit.

RECUEIL INTERNATIONAL DE JURISPRUDENCE DU TRAVAIL

Par E. HERZ

Membre de Section au Bureau International du Travail

Parmi les études présentées en l'honneur de M. Edouard Lambert, un aperçu sur le Recueil international de jurisprudence du travail (R. I. J. T.) que publie annuellement le Bureau international du Travail ne doit pas manquer. En effet, l'idée de cette publication n'est-elle pas due à M. Lambert, comme il le rappelle non sans fierté dans un récent compte rendu qu'il a consacré au dernier volume du R. I. J. T. ⁽¹⁾, l'idée, à laquelle le premier Directeur du B. I. T., Albert Thomas, en ayant reconnu toute la portée, a su donner corps. De plus, nous devons à M. Lambert une collaboration constante et vigilante qui a été des plus fertiles non seulement par la manière magistrale dont il a su présenter la contribution française, mais également par ses observations critiques et ses suggestions judicieuses par lesquelles il s'est de tout temps efforcé de rapprocher cet ouvrage de l'idéal qu'il en a conçu ⁽²⁾.

Aujourd'hui, en présence de 11 volumes couvrant la période de 1925 à 1936, essayons de dire ce qu'est le R. I. J. T., quels sont les principes et les méthodes à sa base.

BUT DU R. I. J. T.

Pourquoi une documentation internationale sur la jurisprudence du travail ? L'utilité d'un tel recueil est évidente pour le droit commercial, le droit maritime, étant donné la nature internationale des relations économiques. Mais en est-il de même pour les rapports sociaux ? Sans doute, des cas relatifs aux conflits des lois ou au statut des travailleurs étran-

(1) *Bulletin trimestriel de la Société de Législation Comparée*, 1936, juillet-septembre, p. 354.

(2) Les autres principaux collaborateurs au Recueil sont les suivants : pour la partie allemande, M. Hoeniger, ancien professeur à l'Université de Francfort-s.-M.; pour la partie américaine, M. Lindley D. Clark, ancien commissaire adjoint de la Commission fédérale de réparation des accidents du travail ; pour la partie anglaise, jusqu'à 1930, M. H. C. Gutteridge, professeur à l'Université de Londres, à partir de 1931, M. W. A. Robson, professeur à la London School of Economics and Political Science; et pour la partie italienne, M. L. Rossi, professeur à l'Université de Rome.

gers peuvent se présenter. Aussi ne sont pas rares des décisions ayant trait aux conventions internationales, ou même des arrêts ou des avis de la Cour de Justice Internationale quant à l'interprétation de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail ou des conventions internationales du travail. Pourtant, de tels jugements sont-ils assez fréquents et d'un intérêt assez général pour justifier à eux seuls une publication particulière ? Or la grande masse des arrêts reproduits dans R. I. J. T. sont d'ordre strictement national, et tout de même il y a des raisons suffisantes pour les porter à la connaissance d'un public international.

Les problèmes du droit du travail sont, dans une large mesure, les mêmes dans les pays industrialisés. La structure sociale des sociétés, les tensions et conflits qu'elle comporte, les tâches qui en résultent pour les Etats sont déterminées en partie au moins par des facteurs qui se retrouvent dans chaque pays, quel que soit le rythme de son évolution. Cependant, n'affirme-t-on pas, au contraire, que tout droit étant création spécifiquement nationale, le droit du travail se forme selon les lois régissant la vie nationale elle-même ? Nul ne voudra sérieusement nier les caractères nationaux de tout droit, ni les forces créatrices jaillissant spontanément du sein même des peuples. En revanche pourra-t-on nier aussi l'interdépendance des nations, en particulier dans un domaine où les échanges économiques et techniques contribuent directement ou indirectement, brutalement ou insensiblement, à modeler les institutions ? Qu'on se rappelle seulement l'influence du modèle étranger sur l'élaboration de la législation sociale, par exemple celle du droit anglais de protection du travail au cours du XIX^e siècle, du droit allemand sur les assurances sociales, du droit français sur les syndicats, etc., des exemples qu'on pourrait facilement multiplier.

Néanmoins, objectera-t-on, s'il est certain que l'évolution juridique ne s'accomplit nulle part en vase clos, les idées étrangères doivent être assimilées à l'organisme national, et la technique juridique, moyen assimilateur par excellence, varie de pays à pays, et particulièrement celle employée par le juge. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue la tâche spéciale qui incombe au juge en matière de travail. Qu'ils soient qualifiés d'individuels ou de collectifs, les conflits du travail sont toujours d'ordre social et le juge doit connaître d'intérêts sociaux. Cette tâche est la même lorsqu'il s'agit, pour lui, d'appliquer et d'interpréter la loi, la coutume, les conventions ou, ce qui est particulièrement caractéristique pour le droit du travail, d'user de son pouvoir discrétionnaire en compensant librement les intérêts en conflit. Pour l'accomplissement de ce devoir, il ne suffit pas de recourir à la technique juridique, mais il faut reconnaître et peser les intérêts sociaux pour pouvoir en connaître. Notons que, dans bien des pays, le législateur a créé des tribunaux particuliers, les tribunaux de travail qui, sans être tenus aux formalités et à la technique usuelles, doivent juger équitablement les conflits du travail. Donc, si l'on constate que des facteurs identiques contribuent dans les différents pays à déterminer les rapports du travail, les intérêts et les prétentions qui en découlent, aussi les méthodes employées pour la solution des conflits doivent être largement les mêmes.

On ne saurait prétendre que tous les tribunaux, même quand ce sont des juridictions spéciales, accomplissent leurs fonctions d'une manière

égale. Il peut être difficile pour le juge, de se défaire des traditions judiciaires, notamment lorsqu'elles ont trouvé leur expression dans de nombreux précédents. Or, dans ces circonstances il peut être utile d'avoir recours au précédent étranger ayant réglé un cas semblable. Certainement aussi dans le domaine du travail peuvent surgir des problèmes de pure technique ou d'intérêt exclusivement national, mais il s'agira justement de discerner entre les fonctions nationales du juge du travail et celles qui, en principe du moins, sont de nature universelle.

Etant donné la tâche spécifique du magistrat, un rôle particulier échoit à la jurisprudence du travail qui est constituée par l'ensemble des décisions. Nous ne voulons pas aborder ici le problème des sources du droit, mais il est certain que, dans le domaine du droit du travail, la jurisprudence et avant tout celle des cours suprêmes jouit dans tout pays d'une autorité égalant celle du législateur. Les principes élaborés par la jurisprudence du travail, surtout lorsqu'ils sont destinés à combler les lacunes de la législation, ont donc des fonctions semblables à celles des règles légales et sont, en tout cas, susceptibles de préparer une nouvelle législation. En appliquant d'autre part la loi, la jurisprudence traduit les textes abstraits en réalité vivante. Or il faut se rappeler que toute loi sociale constitue une réforme dont la réalisation se heurte souvent à des intérêts ancrés dans l'organisation économique établie. C'est donc la jurisprudence qui doit continuer l'œuvre du législateur, fixant ainsi la vraie portée pratique de la réforme. De cette manière la jurisprudence complète la législation sociale et mérite d'être connue au même titre que celle-ci. Point n'est besoin d'insister sur la nécessité de comparer les lois sociales des différents pays. Mais soulignons l'intérêt spécial que porte le B. I. T. à cette tâche.

On sait quels sont les buts de l'O. I. T. qui tend, en cherchant à unifier les législations sociales au moyen de conventions internationales du travail, à garantir un minimum de protection sociale aux classes laborieuses de tous les pays, dans l'intérêt même de celles-ci aussi bien que dans l'intérêt général de la paix. L'accomplissement de cette tâche demande une documentation sur la situation de droit dans les différents pays, condition préalable à toute réglementation internationale et à son application. Or, comme nous venons de le voir, la législation n'est pas la seule source du droit social; la jurisprudence aussi fait autorité dans l'ordonnement des rapports du travail. Il n'est donc pas étonnant que le B. I. T. ait considéré comme de son devoir de recueillir et de rendre publics tous documents susceptibles de préparer, faciliter et appuyer cette action internationale, et parmi ceux-ci, également la documentation sur la jurisprudence du travail qui est réunie dans le R. I. J. T.

Dans ce recueil, le B. I. T., avec l'aide de ses collaborateurs, s'efforce de rapprocher entre elles, dans le cadre international, plusieurs jurisprudences nationales, afin de montrer leurs caractères communs sans pourtant dissimuler leurs divergences. Voici le problème auquel doit faire face le R. I. J. T.

NATURE DU R. I. J. T. ET PRÉSENTATION DES JUGEMENTS

Le R. I. J. T. est international, non pas universel. Il rend compte de la jurisprudence de cinq pays, d'Allemagne, de France, de Grande-Breta-

gne, d'Italie et, depuis 1928, des Etats-Unis. Ce choix n'est pas définitif et, en effet, il pourrait être intéressant de suivre l'évolution de la jurisprudence aussi pour d'autres pays. Mais il a paru sage de se limiter aux systèmes représentant les droits germanique, latin et anglo-saxon qui, à présent, semblent exercer l'influence prépondérante sur la formation du droit du travail. Il manque le système russe, qui n'est pas moins important. C'est une lacune, certes, mais qui, nous l'espérons, sera comblée un jour.

Publiée en trois langues, allemand, anglais, français, le recueil veut atteindre un large public international intéressé aux questions sociales et, en résumant les décisions dans la mesure du possible, en y ajoutant des notes explicatives, on s'efforce de rendre intelligibles à tous les jurisprudences qui ne devraient pas intéresser exclusivement les seuls spécialistes. Pourtant, avouons que la lecture du recueil n'est pas toujours facile: le langage des tribunaux a ses mystères et le chemin du traducteur est hérissé d'obstacles et de pièges dont l'initié seul connaît les malices.

La structure du R. I. J. T. traduit bien le souci de mettre en relief les points de liaison communs aux différentes jurisprudences, tout en sauvegardant à celles-ci leur cachet national. Dans la présentation de l'ensemble des décisions, aussi bien que dans celle de chacune d'elles, se reflète cette idée.

Pour classer les arrêts, deux méthodes pouvaient être prises en considération. On peut y procéder sans égard à leur pays d'origine, en se basant sur un système commun, ou l'on peut présenter les sentences en les maintenant dans leur ambiance nationale comme contribution compacte. On a opté pour la seconde méthode. Quand on a créé le recueil, — expérience grosse de difficultés et entreprise de succès incertain — il était naturel de s'appuyer, dans toute la mesure du possible, sur les précédents nationaux, au lieu d'échafauder un nouveau système qui, à défaut d'expériences nécessaires, eût été de pure spéculation. En outre, comme nous venons de le remarquer, les jugements nationaux sont censés représenter des systèmes différents dont les traits caractéristiques auraient été effacés si l'on avait disloqué leur ensemble. Cependant, en procédant ainsi, n'insiste-t-on pas trop sur les divergences nationales, au lieu de montrer leurs points en commun ? En effet, le recueil, surtout au début de sa carrière, n'a pas toujours évité cet écueil. A vrai dire, les contributions nationales ont toujours été élaborées sur un plan commun, en sorte que, en principe du moins, les décisions ayant trait aux mêmes problèmes devaient figurer sous les mêmes titres et sous-titres. Primitivement ce plan était assez vague et permettait des interprétations différentes. Mais par la suite il a été révisé, coordonné plus strictement afin de mieux dégager les grandes lignes communes; c'est ainsi que le caractère international de la publication a été souligné plus fortement qu'auparavant. Cependant, ne nous attardons pas encore au problème du système selon lequel les différentes contributions comprises dans le recueil sont construites. Nous devons y revenir plus loin.

En revanche, il convient de noter un autre correctif intéressant : la création, à l'instar des « digests » américains, d'un répertoire systématique de « tableaux synoptiques » des cas publiés dans le Recueil. Pourtant quelle que soit l'utilité de cette mesure, des raisons techniques n'ont pas

encore permis de la réaliser. Pour l'instant, l'index alphabétique en tient lieu. Mais nous espérons pouvoir publier, au moment opportun, ce répertoire qui seul pourra démontrer clairement dans quelle mesure les problèmes du droit du travail et leurs solutions varient ou, au contraire, sont uniformes à travers les pays.

Si, au début, on a laissé aux collaborateurs une certaine liberté dans la présentation de chaque cas individuel, là aussi on s'est efforcé par la suite d'atteindre plus d'homogénéité. Sans vouloir entrer dans trop de détails, relevons seulement qu'il a paru indispensable de faire précéder tout jugement par un sommaire indiquant les principes de la décision. Dans des cas de moindre importance, ou lorsqu'ils confirment simplement la jurisprudence constante, on se borne même à reproduire les seuls sommaires, alors que les jugements fondamentaux et particulièrement intéressants sont donnés in extenso ou dans de larges extraits. Ajoutons que ces sommaires sont destinés à constituer le répertoire systématique que nous venons de mentionner.

Afin d'atteindre le plus d'unité possible, il convient en outre de mettre en relief les relations mutuelles entre les différents cas. A cette fin servent les notes dans lesquelles est expliquée la signification de la décision par rapport à la jurisprudence antérieure et sont données les références aux volumes précédents du recueil, ainsi qu'aux décisions figurant dans les autres contributions et qui portent sur les mêmes problèmes.

OBJET DU R. I. J. T.

L'objet du recueil est limité à la jurisprudence du travail. Cependant, quelle que soit l'importance internationale de celle-ci, suffit-il de reproduire simplement les sentences pour éveiller et maintenir l'intérêt du lecteur ? Les recueils nationaux s'adressent aux juristes qui sont censés connaître la loi et capables, par là même, d'utiliser l'instrument pratique que constitue un recueil de jurisprudence. Mais combien de lecteurs du R. I. J. T. connaissent suffisamment le droit étranger pour comprendre la portée des décisions, les problèmes y discutés, bref pour tirer profit de l'ouvrage ? Par plusieurs moyens on a essayé d'augmenter la valeur pratique de la publication. D'une part, dans l'introduction à chaque volume se trouve un exposé succinct du système judiciaire des pays considérés, permettant au lecteur de se faire une idée du rang des différents tribunaux dans l'organisation judiciaire nationale et d'évaluer la portée relative des jugements reproduits. D'autre part, des notes renvoient à la Série législative dans laquelle le B. I. T. publie, également en trois langues, les principales lois sociales. Cependant, les textes n'y figurent pas tous. Font défaut particulièrement ceux promulgués avant 1920, ainsi que les lois d'ordre général comme les codes civils, codes de commerce, etc... En outre de nombreux textes ne se comprennent pas aisément par eux-mêmes et il faut des explications. Cette lacune est comblée par les notes, particulièrement par des notes préliminaires aux sentences, dans lesquelles on analyse les problèmes juridiques faisant l'objet d'une ou de plusieurs décisions. Dans un tel aperçu sont résumés même, le cas échéant, les principes d'une législation inaugurant, dans le pays respectif, un nouveau régime juridique. Signalons, à ce titre seulement, les notes relatives à la législation françai

se sur les assurances sociales, sur le « New Deal » américain, sur le régime allemand créé en 1933-34, etc. Donc si le recueil est borné à la jurisprudence, il tient compte aussi des autres aspects du droit, à mesure qu'il est nécessaire de les connaître pour comprendre les problèmes résolus par les sentences rapportées.

Bien entendu, les différents volumes du recueil ne portent pas sur toute la jurisprudence des cinq pays. Un choix est fait, compte tenu du caractère international de la publication. Donc, seules les décisions importantes sont notées. Les critères selon lesquels ce choix est fait peuvent être multiples : intérêt du problème, de sa solution, rapport avec d'autres cas déjà publiés, etc... On retient en premier lieu les arrêts des cours supérieures, mais point exclusivement, étant donné que bien des conflits du travail n'arrivent même pas devant les hautes juridictions. Il va sans dire aussi que les décisions de la Cour de Justice Internationale de La Haye sont reproduites si elles se réfèrent à des questions du travail. Enfin le recueil ne se limite pas à la jurisprudence traditionnelle. Nous avons essayé de montrer, dans la partie introductive, que la tâche du juge du travail ne s'épuise pas dans l'interprétation de la loi. Il est aussi appelé à créer le droit. L'activité donc des cours ou tribunaux d'arbitrage, des magistratures du travail, etc., ne peut être négligée. Mais, là aussi, on se limite aux cas fondamentaux, revêtant un réel intérêt juridique et international.

Servant les buts auxquels est consacrée l'O. I. T., le R. I. J. T. se limite aux problèmes du travail. Mais notons tout de suite que ces limites ne sont point rigides. De nouveau il s'agit de concilier des traditions nationales avec les idées générales. C'est ainsi qu'on trouve, dans certaines contributions, des questions qui, dans d'autres pays, ne sont pas considérées comme appartenant au droit du travail (responsabilité de l'employeur du fait du préposé, par exemple). Inversement, des titres déterminés du plan doivent nécessairement rester vides là où certains problèmes sociaux sont exclus de l'ordre juridique (la convention collective, par exemple). Pourtant, l'évolution ne s'arrête pas; il est intéressant de constater qu'à un moment donné certains titres ayant été vides jusqu'alors dans l'une des contributions se remplissent, alors que dans d'autres de nouveaux problèmes se posent réclamant de nouveaux titres. Tel est le cas par exemple pour certains problèmes économiques. En effet, l'expérience des dernières années a rendu évidente l'interdépendance de l'économique et du social. De même que l'O. I. T., le R. I. J. T. ne pouvait pas négliger ce fait, qui est d'une importance capitale. Mais déjà nous nous trouvons devant cette autre question : quelles sont les matières traitées dans le Recueil et quel est le système selon lequel elles sont présentées ?

SYSTÈME DU R. I. J. T.

Comme nous l'avons mentionné, pendant les premières années de son existence le R. I. J. T. n'était pas basé sur un plan bien strict. En effet, aucun système national — d'ailleurs ceux qui existent sont-ils bien certains ? — ne se prêtait à la généralisation, et sans expérience suffisante il aurait été hasardeux de construire un système international. Cependant le recueil gagnant de plus en plus en ampleur, un plan systématique s'imposa. Voici les grandes lignes du système auquel, en profitant de l'expérience acquise, on s'est arrêté dès 1931.

Deux parties doivent être distinguées dans le recueil. La première est consacrée au droit international : juridiction internationale du travail, application des conventions internationales, questions du droit international privé; la seconde et principale partie se réfère au droit national. Celle-ci, de nouveau, comporte deux grandes subdivisions. Dans la première sont réunis les cas ayant trait aux principes généraux du droit du travail, alors que l'autre comprend l'ensemble des questions particulières. Il sera intéressant de s'arrêter quelque peu aux problèmes des principes généraux. C'est ici que figure la question des sources du droit. Pour comprendre toute l'importance de ce chapitre, on n'a qu'à se rappeler les décisions de la Cour Suprême des Etats-Unis sur la constitutionnalité des lois, les décisions de la Cour italienne sur la nature juridique des conventions collectives, les arrêts sur les fonctions de la jurisprudence, problèmes sur lesquels nous avons insisté dans l'introduction. La seconde question, d'ordre général, c'est le champ d'application personnel du droit du travail. Ici encore quelques exemples suffiront pour montrer l'intérêt international de la question : notions du travailleur, du salarié, de l'employé; définition de l'employeur, etc. Enfin, la plus grande place dans cette partie est occupée par le chapitre : application des notions fondamentales du droit commun au droit du travailleur. Ici, deux grands problèmes sont mis en vedettes : ceux de la liberté et de la responsabilité. Point n'est besoin d'insister ici sur l'importance de ces questions qui contiennent « in nuce » le problème du droit du travail entier. Mais notons que dans ce chapitre sont rapportés les cas dans lesquels certains aspects économiques du droit du travail sont examinés, comme les problèmes de la concurrence et de l'organisation de l'économie ou de branches déterminées de celle-ci, problèmes qui, dans de nombreux pays, occupent actuellement le premier plan dans les discussions et sont reflétés par des jugements des plus intéressants. Cette partie forme donc en quelque sorte la cellule primaire du recueil contenant en germe tout son futur développement. En effet, on peut s'attendre à ce que, — pour citer les propres paroles de M. Lambert, — les volumes ultérieurs du R. I. J. T. contiendront une notation de plus en plus suivie, régulière et compréhensive de la marche juridique, — et des réactions sur le droit du travail au sens le plus large du mot, — des entreprises de reconstruction sociale qui se poursuivent ou se poursuivront dans les cinq pays compris dans son cercle d'investigation.

Le droit du travail dans son épanouissement actuel fait l'objet du reste du recueil. Ici la première place est due aux questions d'organisation professionnelle. Il suffit d'en citer les principaux titres pour évoquer tous les problèmes que, dans la plupart des pays, les juges sont appelés à résoudre au fur et à mesure que l'idée du droit donne son empreinte aux rapports collectifs entre patronat et salariat : syndicats, conventions collectives, conflits collectifs, conciliation et arbitrage, etc... Une place à part est occupée par le chapitre suivant traitant des problèmes de l'entreprise et qui constitue la liaison avec l'autre consacré aux rapports individuels du travail et à la protection ouvrière, chapitre qui contient tout l'arsenal traditionnel de la législation sociale : contrat de travail, salaires et traitements, durée du travail, etc... Enfin, la prévoyance et les assurances sociales forment le chapitre final portant sur l'assurance-chômage et le placement, aussi bien que sur la réparation des accidents et sur l'assuran-

ce contre la maladie, ainsi que sur toutes les autres institutions d'assurance.

C'est selon ces grandes lignes que les cinq contributions nationales du recueil doivent être construites. Loin de nous de vouloir affirmer que ce plan soit parfait et invariable. L'évolution du droit ou l'extension éventuelle du recueil peuvent nécessiter des modifications. Toujours est-il que jusqu'à présent le plan semble avoir donné ses preuves, malgré certaines hésitations et divergences d'interprétation qui, d'ailleurs, ne concernent généralement que des points secondaires.

CONCLUSIONS

Nous avons fait le tour du Recueil en montrant l'idée à sa base, sa nature, son objet, sa réalisation. Nous avons relevé ce que nous considérons comme ses qualités. Nous avons franchement avoué ses lacunes, ses faiblesses. En présence des 11 volumes qui ont paru depuis 1925, pouvons-nous prétendre qu'il a accompli sa tâche ? Il n'est pas à nous de juger de sa valeur. Retenons pourtant que le R. I. J. T. réunit une documentation qui serait autrement difficile à atteindre, la rend à la portée de tous les intéressés en la présentant aussi clairement que possible, en la traduisant et, le cas échéant, en l'expliquant. Sans aucun doute, notant année par année les principaux jugements des cinq pays, saisissant sur le vif l'évolution du droit du travail, le Recueil est susceptible de faciliter l'étude du droit du travail comparé. Pourtant la publication ne veut pas s'adresser uniquement au cercle limité des savants intéressés au droit comparé. Elle veut directement contribuer au développement pratique du droit du travail. Certes le R. I. J. T. n'est pas destiné à se substituer aux recueils nationaux de jurisprudence qui ont leur fonction propre. Mais ne les complète-t-il pas utilement en indiquant aux magistrats et aux parties cherchant leur droit les cas semblables jugés dans les autres pays ? De même ne rendra-t-il pas service aussi aux législateurs étudiant les effets de la loi, comparant son fonctionnement avec l'application des lois étrangères et préparant une nouvelle réglementation à la lumière des expériences nationales et étrangères ? Enfin n'oublions pas le législateur international qui, dans son effort de préparer de nouvelles conventions et de surveiller leur réalisation, doit étudier non seulement les textes mais également leur application pratique.

On ne peut se dissimuler qu'au cours des premières années de son existence, le R. I. J. T. n'a pas entièrement réussi à atteindre tous ceux auxquels on avait espéré apporter une documentation utile à leurs efforts pour le progrès social. Ensuite, la crise économique a peut-être, elle aussi, contribué à entraver son action. Mais au fur et à mesure que — et en partie certainement par suite des transformations sociales dues à la crise — la nécessité de régler les rapports sociaux par les méthodes de droit devient pensée commune, aussi les services que peut rendre le recueil sont de plus en plus reconnus. Le R. I. J. T. ne sera certainement jamais un livre de lecture, et tel n'est pas son but. Mais il y a lieu d'espérer qu'il occupera sa place à côté des recueils nationaux de jurisprudence.

TITRE IV

LES INSTITUTS ET SOCIÉTÉS SCIENTIFIQUES

CHAPITRE PREMIER

LES BUREAUX, INSTITUTS ET SOCIÉTÉS DE CARACTÈRE INTERNATIONAL

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.

VINCK, *L'Union Internationale des Villes et Pouvoirs Locaux.*

Sur l'ACTIVITÉ DE L'INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU
DROIT PRIVÉ, cf. :

RABEL, L'UNIFICATION DU DROIT DE LA VENTE INTERNATIONALE. SES RAP-
PORTS AVEC LES FORMULAIRES OU CONTRATS-TYPES DES DIVERS COMMERCEs,
publié dans le Tome III, Quatrième Partie, Titre II, Chapitre I^{er}, § 118.

DAVID, UN PROJET DE LOI UNIFORME SUR L'ARBITRAGE, publié dans le
Tome III, Quatrième Partie, Titre II, Chapitre IV, Section VI, § 132.

★ ★

Sur l'ACTIVITÉ DES CONFÉRENCES D'UNIFICATION DU DROIT PÉNAL et l'As-
sociation internationale de droit pénal cf. :

DONNEDIEU DE VABRES, SUR QUELQUES FORMES ACTUELLES DE LA
COLLABORATION INTERNATIONALE EN DROIT PÉNAL, publié dans le Tome III,
Quatrième Partie, Titre II, Chapitre IV, Section I, § 125.

SOLNAR, L'UNIFICATION INTERNATIONALE DU DROIT PÉNAL ET LA SCIENCE
DU DROIT COMPARÉ, reproduit dans le Tome III, Quatrième Partie, Titre II,
Chapitre II, § 120.

L'INSTITUT INTERNATIONAL D'AGRICULTURE

Par Michel AUGE-LARIBE

*Délégué de la France et des Colonies françaises
au Comité permanent de l'Institut international d'Agriculture*

L'Institut international d'Agriculture qui est une des plus anciennes institutions internationales créées par l'accord des Etats, peut revendiquer sa place parmi les grands organismes d'unification du droit. Sans doute a-t-il surtout pour objet de recueillir et de répandre des informations sur toutes questions concernant l'agriculture ; mais cet échange d'informations n'est pas sans influence sur l'élaboration des lois, d'autant plus qu'un des annuaires édités par l'Institut est réservé à la législation agricole dans les divers pays. Plus directement, l'Institut collabore à l'unification du droit quand il prépare et fait adopter des conventions internationales touchant des points particuliers de l'organisation collective agricole. Par ses correspondances avec les gouvernements et les associations d'agriculteurs, par ses publications mensuelles et ses annuaires, par la collaboration qu'il apporte aux travaux des grandes institutions internationales officielles ou privées, S. d. N., B. I. T., Congrès internationaux d'agriculture, etc., le rôle qu'il a joué dans l'organisation mondiale est plus important, plus efficace qu'on ne le sait généralement.

L'Institut international d'Agriculture a été fondé, sur l'initiative d'un citoyen américain, David Lubin, agréée et soutenue par S. M. le Roi d'Italie. La Convention qui lui a donné naissance porte la date du 7 juin 1905. Signée alors par les représentants de 40 Gouvernements, elle a été ratifiée par la plupart des Etats et de leurs colonies, à tel point qu'on a pu dire que l'Institut a reçu les adhésions de 98 % de la population du globe.

Son programme de travail a été déterminé par l'article 9 de la Convention :

- « a) Concentrer, étudier et publier dans le plus bref délai possible les renseignements statistiques, techniques ou économiques concernant la culture, les productions tant animales que végétales, le commerce des produits agricoles et les prix pratiqués sur les différents marchés ;
- « b) Communiquer aux intéressés, dans les mêmes conditions de rapidité, tous les renseignements dont il vient d'être parlé ;
- « c) Indiquer les salaires de la main-d'œuvre rurale ;
- « d) Faire connaître les nouvelles maladies des végétaux qui vien-

« draient à paraître sur un point quelconque du globe, avec l'indication
« des territoires atteints, la marche de la maladie, et, s'il est possible, les
« remèdes efficaces pour les combattre ;

« e) Etudier les questions concernant la coopération, l'assurance et le
« crédit agricoles, sous toutes leurs formes, rassembler et publier les infor-
« mations qui pourraient être utiles dans les différents pays à l'organisa-
« tion d'œuvres de coopération, d'assurance et de crédit agricoles ;

« f) Présenter, s'il y a lieu, à l'approbation des Gouvernements, des
« mesures pour la protection des intérêts communs aux agriculteurs et
« pour l'amélioration de leurs conditions, après s'être préalablement
« entouré de tous les moyens nécessaires tels que vœux exprimés par les
« Congrès internationaux ou autres Congrès agricoles et de sciences appli-
« quées à l'agriculture, Sociétés agricoles, Académies, Corps savants, etc. »

Ce programme de travail s'est réalisé : par les Assemblées générales, tenues tous les deux ans, qui, en dehors des questions d'organisation et d'administration intérieures, discutent les questions portées à leur ordre du jour par le Comité permanent ou sur la demande d'un Etat-membre ; par les publications, les communiqués aux Gouvernements et à la presse, les éditions de brochures et d'ouvrages ; par les rapports documentaires établis à l'occasion de diverses Conférences internationales ; par la préparation de Conventions diplomatiques d'intérêt agricole international ; par les participations de ses délégués ou de ses fonctionnaires aux Conférences et aux Congrès.

Les publications sont faites en français et presque toutes aussi en anglais. Certaines sont traduites dans la langue des pays qui le demandent en garantissant le déficit commercial de ces éditions, notamment en espagnol ou en allemand. Les publications sont périodiques ou occasionnelles. Les publications périodiques sont des bulletins ou des annuaires. Les autres sont des monographies, depuis la brochure jusqu'au volume de 5 ou 600 pages. Deux études sur la production et le commerce l'une du coton, l'autre de la viande ont été publiées en 1936. D'autres sont en préparation sur les matières grasses, sur les produits laitiers, sur l'élevage du cheval, sur la législation relative au commerce des plantes dans les divers pays, etc. La publication du recensement agricole mondial de 1930 est en cours et assez avancée.

« L'Annuaire international de législation agricole » donne depuis 1912 les textes des lois et décrets les plus intéressants et signale les autres par leur titre, date de promulgation, numéro, source officielle, etc. Dans le courant de l'année les textes principaux sont publiés séparément et expédiés à peu près mensuellement aux Gouvernements et aux abonnés. On a ainsi un instrument pour des études de législation comparée en ce qui concerne les questions agricoles, tel qu'il n'en existe pas ailleurs de plus complet ou de plus commode.

« L'Annuaire international de statistique agricole », qui a paru régulièrement aussi depuis 1912, rassemble et exprime en mesures métriques toutes les informations sur la production, le commerce et les prix des produits agricoles que l'on peut obtenir officiellement des divers pays. Le Service qui en assure l'édition ne se borne pas à recopier des chiffres ; il

les contrôle, demande parfois des éclaircissements et des compléments, et par ses interventions ou par les réunions de statisticiens qu'il organise ou auxquelles il prend part, il contribue au progrès de la statistique agricole dans le monde. Un « Bulletin mensuel de statistique agricole et commerciale » a pour objet de fournir plus rapidement aux agriculteurs et aux dirigeants de l'agriculture des renseignements sur la situation réelle des marchés, le développement des cultures, les existences d'animaux, les stocks, le mouvement commercial et la tendance des prix des produits agricoles dans les divers pays. Des communiqués à la presse et même des télégrammes sont envoyés pour accroître la rapidité de ces informations.

Le Service des Renseignements économiques et sociaux publie un annuaire qui a pour titre les « Conditions de l'agriculture mondiale ». Il paraît depuis 1930. C'est un commentaire de l'annuaire de statistique. Il a pour but de tracer et d'expliquer les principales tendances qui se manifestent dans la situation agricole, de donner des vues d'ensemble sur la situation des principales branches de l'activité agricole, de faire connaître l'activité des Gouvernements et des organisations professionnelles dans les différents pays et d'apprécier les changements constatés dans la situation économique des agriculteurs. Le « Bulletin mensuel de renseignements économiques et sociaux » que publie encore ce Service est consacré à la coopération, à l'assurance et au crédit agricoles, aux méthodes et aux conséquences des réformes agraires, aux questions non seulement économiques mais sociales concernant l'agriculture. En ce sens, il complète l'Annuaire législatif autant que l'Annuaire statistique.

Une autre publication, celle-ci trimestrielle, appartient par son objet aux Services économique, statistique et législatif. Elle a été créée sous le titre « Mesures gouvernementales affectant les prix des produits agricoles » quand le développement des politiques nationales d'économie dirigée eut rendu nécessaire la connaissance des mesures qui troublent et restreignent les échanges commerciaux dans le monde. On trouve dans cette publication depuis 1935 des informations sur les nouveautés législatives qui, par les procédés les plus variés, ont protégé les marchés nationaux des céréales, des viandes et des produits laitiers.

Le Service chargé des questions techniques ne publie pas d'annuaire. Son « Bulletin mensuel de renseignements techniques » signale les progrès réalisés dans le domaine des recherches agronomiques, de la technique agricole, de l'élevage, du génie rural, de l'enseignement agricole, etc. Son « Moniteur international de la protection des plantes », également mensuel, est spécialement consacré à l'étude des maladies et des ennemis des plantes. On a vu, au § d) de l'article 9 de la Convention, qu'au moment de la fondation de l'Institut on avait compté qu'il pourrait faire connaître les nouvelles maladies des végétaux, les territoires atteints, la marche des maladies et proposer des remèdes. Mais on avait oublié de relire la fable des Animaux malades de la peste. Seul l'âne scrupuleux et ingénu consent à s'accuser d'une peccadille. Il est à craindre que les gouvernements ne soient pas disposés de sitôt à déclarer les premières atteintes de maladies qui leur vaudraient des réglementations sanitaires interdisant leurs exportations. Il faudra sans doute bien des décades avant que les

intérêts particuliers se sacrifient à la solidarité mondiale. Et c'est par la pratique progressive des conventions sur des points limités que l'on parviendra sans doute à des ententes plus larges.

Le désastre provoqué par l'invasion du phylloxéra en Europe avait fait connaître l'intérêt d'une défense concertée. Une convention fut signée à Berne le 17 septembre 1878, puis modifiée en 1881 et complétée en 1889. C'est la première des conventions internationales agricoles. La seconde eut pour objet la protection des oiseaux utiles à l'agriculture. Elle date de 1902.

L'Institut international d'agriculture n'existait pas encore. C'est seulement en 1911 qu'il a commencé à fonctionner.

I. — La première convention dont il est parvenu à obtenir la signature est celle du 31 octobre 1920 relative à l'organisation de la lutte contre les sauterelles. Elle a été étudiée et signée par les représentants des pays suivants : Argentine, Bulgarie, Cuba, France, Afrique occidentale française, Algérie, Indo-Chine, Madagascar, Maroc (partie française), Régence de Tunis, Hongrie, Italie, Erythrée, Somalie italienne, Tripolitaine, Cyrénaïque, Mexique, Royaume des Serbes, Croates et Slovènes, Uruguay et Grèce. Elle a été jusqu'ici ratifiée par : Argentine, France (Colonies), Hongrie, Maroc, Tunisie, Italie (Colonies), Mexique, Royaume des Serbes-Croates et Slovènes, Uruguay, et elle a reçu l'adhésion de pays non signataires : Australie, Egypte, Espagne (et Maroc espagnol). Par application de cette Convention, un accord est intervenu entre les pays de l'Afrique nord-équatoriale qui a chargé le Service de défense des cultures à Alger de centraliser tous les renseignements sur les vols d'acridiens dans l'Afrique du Nord. L'Institut international d'Agriculture est le Centre officiel pour toutes les questions concernant la lutte contre les sauterelles.

II. — Dès 1914, l'Acte final de la Conférence internationale de phytopathologie était arrêté et quelques ratifications avaient été données quand la guerre éclata. N'ayant pas été appliqué, il a été révisé par une Commission internationale d'experts qui n'a pu être réunie qu'en 1929. La Convention internationale pour la protection des végétaux porte la date du 16 avril 1929. Elle a été ratifiée par : Belgique, Brésil, Egypte, Estonie, Finlande, France (Algérie), Maroc Français, Tunisie, Hongrie, Italie, Pays-Bas, Portugal, Roumanie et elle a reçu l'adhésion de deux Etats qui ne figuraient pas parmi les signataires : Bulgarie et Union des Républiques Socialistes Soviétiques. On pourrait résumer la Convention en disant qu'elle a pour objet d'obtenir des Etats signataires qu'ils assurent un contrôle suffisant chez eux ou au départ et qu'ils ne prononcent à l'entrée de leur territoire que les interdictions réellement nécessaires. L'art. 8 est ainsi conçu :

« Les Pays contractants prennent l'engagement de ne prescrire, pour
« raisons de protection physo-sanitaire, des mesures d'interdiction d'im-
« portation ou de transit applicables aux végétaux ou parties de végétaux
« en provenance d'un pays déterminé, que si la présence d'une maladie
« ou d'un ennemi des végétaux a été effectivement constatée sur le ter-
« ritoire de ce pays, et s'il existe une nécessité réelle de protéger les cul-
« tures du pays qui a établi l'interdiction d'entrée ».

La Conférence économique et monétaire de Londres, en 1933, a émis le vœu que l'Institut international d'Agriculture étudie en collaboration avec le Comité économique de la S. d. N. les questions scientifiques et techniques que soulève le contrôle des exportations et importations des végétaux.

III. — La Convention pour l'unification des méthodes de prélèvement et d'analyse des fromages est le résultat d'une Conférence diplomatique qui avait eu un objet plus ambitieux, la protection des dénominations des fromages. Les appellations des fromages ne sont pas protégées par l'Arrangement de Madrid sur la répression des fausses indications de provenance sur les marchandises (1891) parce qu'elles ont un caractère générique. Aussi se permet-on de produire et mettre en vente dans bien des pays des roqueforts qui ne sont pas cévenols, des gorgonzolas qui ne sont pas italiens, des gruyères qui ne viennent pas du Jura. L'Institut international d'Agriculture avait convoqué à Rome en 1929 un Comité préparatoire pour l'établissement d'un projet de convention. Le 10 juin 1930 une Conférence diplomatique avait adopté la « Convention des fromages », qui, dans sa première partie, s'efforçait de protéger les dénominations d'origine et les produits jouissant par leur méthode de fabrication et leurs qualités intrinsèques d'une renommée acquise et donnant lieu à un commerce international et qui, dans sa deuxième partie, posait des règles pour la prise d'échantillons et l'examen chimique des fromages. Cette Convention avait été signée par 15 pays, mais elle ne fut ratifiée par aucun. On dut se contenter à la demande de la Fédération internationale de laiterie de conclure une convention ne comprenant que la deuxième partie du précédent projet. La Convention internationale de Rome du 26 avril 1934 pour l'unification des méthodes d'analyse des fromages a été signée par l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, la France, la Régence de Tunis, la Grèce, la Hongrie, l'Italie, la Norvège, les Pays-Bas, la Suède, la Suisse, la Tchécoslovaquie, la Yougoslavie, et plus tard, par le Brésil et la Finlande que les autres Etats signataires ont accepté de considérer, malgré la signature tardive, comme des Etats contractants. Cette Convention a été ratifiée par les Pays-Bas, l'Italie, la France, la Suisse, la Belgique, la Norvège, la Finlande et la Tchécoslovaquie.

IV. — La question du marquage des œufs dans le commerce international a été portée devant le Comité Permanent de l'Institut international d'Agriculture par le Délégué du Gouvernement belge. L'Angleterre, le Danemark, les Pays-Bas avaient décidé de ne plus admettre à l'importation que des œufs frappés d'un marquage indélébile indiquant leur provenance. A la fin de 1929 la Belgique et l'Italie se préparaient à prendre des mesures semblables. Dans l'intérêt du commerce d'exportation, il devenait nécessaire d'unifier les marques. D'autre part le marquage pouvait être un moyen de distinguer les œufs frais et les œufs conservés. Une conférence préparatoire d'experts réunis à Rome en mai 1931, ayant utilisé le matériel documentaire préparé par l'Institut international d'Agriculture, a reconnu que la stipulation d'une convention visant le marquage des œufs dans le commerce international pouvait être utile pour faciliter le com-

merce international des œufs et qu'en conséquence il y avait lieu de la recommander aux Gouvernements.

La Convention internationale de Bruxelles du 11 décembre 1931 pour le marquage des œufs dans le commerce international a été signée par 11 pays, tous européens, l'Algérie étant comptée avec la France. Elle a été ratifiée jusqu'ici par : Belgique, Espagne, Italie, Pays-Bas, Suisse et elle a reçu l'adhésion d'un pays non signataire, la Bulgarie.

V. — Conformément à une résolution de la Conférence monétaire et économique de Londres (1933) une commission d'experts a été convoquée en avril 1934 à Rome pour étudier l'unification des méthodes d'analyse destinées à révéler les qualités ou les falsifications des vins. Signée par 12 Etats dont 10 européens, l'Algérie comptant avec la France, et deux Etats de l'Afrique du Nord, elle a été ratifiée par la Bulgarie, l'Italie et les colonies italiennes, la Suisse et la Belgique qui a adhéré ultérieurement.

VI. — Tout récemment, le 14 octobre 1936, a été signée à Rome la Convention internationale pour l'unification des méthodes de tenue et de fonctionnement des livres généalogiques du bétail. A la demande des congrès internationaux d'agriculture de Prague (1931) et de Budapest (1934) l'Institut de Rome a provoqué les adhésions des Gouvernements aux travaux préparatoires et il a pu, non sans difficultés, obtenir la signature d'une convention. Elle a pour objet d'unifier l'organisation des livres généalogiques, les méthodes destinées à assurer l'identification des animaux, les méthodes des épreuves de rendement et de fixer les renseignements que doivent obligatoirement contenir les certificats employés dans le commerce international. Elle ne concerne jusqu'ici que le bétail bovin. La convention signée par 20 Etats, dont plusieurs extra-européens, n'a encore reçu ni ratification ni adhésion.

D'autres projets de conventions préparés sur l'initiative ou avec l'aide de l'Institut international d'Agriculture n'ont pas encore pu aboutir à des accords, notamment sur l'unification de l'inspection des viandes sous le régime du froid, sur la protection de tous les animaux utiles à l'agriculture. Sur l'invitation de divers Congrès l'Institut a examiné avec application s'il paraissait possible, comme on le souhaitait, de créer un service de crédit agricole international. Une Commission consultative technique, puis une réunion des représentants des Gouvernements et des banques mirent au point, en 1931, un projet d'acte constitutif, de statuts et de convention internationale pour la création d'une banque internationale de crédit agricole. Mais, comme on aurait pu s'y attendre, les capitaux ne se sont pas offerts.

L'Institut a été plus heureux quand il a déterminé tous les pays à entreprendre en 1930 un recensement agricole dont il rassemble pour les publier les résultats essentiels. Dès à présent il prépare un autre recensement agricole mondial pour 1940 dont les auteurs profiteront, il faut l'espérer, de l'expérience précédente.

A côté des publications faites et des conventions préparées par la S. d. N. et par le B. I. T., l'œuvre de l'Institut international d'Agriculture paraîtra sans doute modeste. Mais il faut reconnaître que les accords internationaux en matière agricole présentent les plus grandes difficultés parce

que l'économie agricole résiste naturellement plus que l'industrie et le commerce aux tendances ou aux tentatives d'unification. Les classes professionnelles, les intérêts y sont moins nettement séparés. Les conditions de la production et par suite des échanges y dépendent beaucoup moins de la volonté des hommes que des lois naturelles auxquelles il faut se soumettre.

D'autre part une grande partie de l'activité de l'Institut international d'Agriculture n'est pas mise en lumière et ne lui vaut pas les éloges qu'elle mérite parce qu'elle est une œuvre de collaboration, soit avec les Gouvernements qui organisent des conférences mondiales, Conférences du blé, Conférence du sucre de 1937, soit avec la S. d. N. et le B. I. T.

Avec ces grandes Organisations les rapports de l'Institut de Rome sont continuels et ils sont désormais bien organisés. Si la S. d. N. paraît avoir renoncé, dit-on, pour des raisons budgétaires, à réunir le Comité d'experts agricoles, qui a été convoqué en 1930 et en 1931, les agriculteurs n'ont pas pour leur part renoncé à lui donner et même à lui imposer leur collaboration aussi utile que légitime. Il en est de même avec le B. I. T. Après un conflit assez vite apaisé parce que les agriculteurs ont été surpris de voir le B. I. T. s'occuper de questions agricoles sans avoir pris soin de faire appel à des compétences spécialisées, des ententes se sont établies. Un Comité mixte de représentants du B. I. T. et de l'I. I. A. (pourquoi l'Institut international d'Agriculture n'userait-il pas lui aussi des initiales à la mode ?) répartit entre les deux organisations les programmes de travaux à effectuer et rend plus faciles et profitables les collaborations nécessaires.

Les agriculteurs qui avaient des premiers compris l'utilité d'une Organisation internationale ne pouvaient être absents des Institutions qui ont été créées après la guerre pour essayer de rétablir une paix durable entre les peuples et de fonder sur la raison et la justice les relations entre les hommes. Dans cette œuvre de progrès l'Institut international d'Agriculture doit jouer un rôle dont l'importance ira en croissant. Les brèves informations qui ont été données ici avaient pour objet de montrer qu'il a compris son devoir et qu'il est capable de le remplir.

LES BUREAUX INTERNATIONAUX REUNIS POUR LA PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE, LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

Par OSTERTAG

*Directeur des Bureaux internationaux réunis pour la Protection
de la Propriété industrielle, littéraire et artistique*

Les Bureaux internationaux réunis de la propriété industrielle, littéraire et artistique établis à Berne (Helvetiastrasse 7), qui portent — pris isolément — les noms de *Bureau de l'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle* et de *Bureau de l'Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, sont l'organe permanent de deux Unions de Pays qui poursuivent chacune un but distinct, mais entre lesquelles existe une évidente parenté d'ordre juridique. Aussi, les deux Offices ont-ils été placés sous une seule et même haute autorité, exercée par le Gouvernement de la Confédération Suisse, et sous une seule et même direction.

L'exposé qui suit comprend trois parties. La première est consacrée à l'Union industrielle. La seconde à l'Union littéraire et artistique. La troisième donne quelques renseignements sur l'activité des dits Bureaux.

I

L'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle comprend une *Union générale*, fondée par la *Convention de Paris*, et trois *Unions restreintes permanentes* ⁽¹⁾ fondées par les *Arrangements de Madrid* et de *La Haye*.

(1) Une Union restreinte *temporaire* avait été créée dans les conditions suivantes : L'exercice de certains droits de propriété industrielle avait été paralysé ou interdit par des mesures spéciales prises au cours de la grande guerre par les pays belligérants. Les traités de paix stipulèrent certaines dispositions pour assurer la conservation ou le rétablissement de ces droits. Mais ces dispositions ne s'appliquaient qu'aux pays signataires de ces traités. Le Bureau international proposa donc la formation d'une Union restreinte et temporaire, à conclure dans le sein de l'Union générale, stipulant des dispositions analogues applicables aux relations entre les deux groupes de pays belligérants membres de

L'Union générale est ouverte à tout pays qui désire en devenir membre. Une simple déclaration d'adhésion, notifiée par écrit, par la voie diplomatique, au Gouvernement de la Confédération Suisse et par celui-ci à tous les autres Gouvernements unionistes, comporte de plein droit accession à toutes les clauses et admission à tous les avantages stipulés par la Convention. L'adhésion produit ses effets un mois après l'envoi de la notification aux autres pays unionistes, à moins qu'une date postérieure n'ait été indiquée par le pays adhérent (Convention, art. 16).

Les *Unions restreintes* sont réservées aux pays membres de l'Union générale. Elles visent le but de permettre à un groupe de pays unionistes de se lier plus étroitement sur tel ou tel point, alors que d'autres pays préfèrent demeurer dans les cadres plus généraux de la Convention. Dès lors, si tous les pays unionistes devenaient membres des Unions restreintes, celles-ci disparaîtraient et leurs dispositions seraient incorporées à la Convention. L'adhésion aux trois Arrangements ou à un ou deux d'entre eux peut être donnée en tout temps, par tout pays unioniste, dans les mêmes conditions que celles prévues pour l'adhésion à la Convention. Les *pays contractants* ont le droit d'accéder en tout temps à l'Union générale ou aux Unions restreintes pour leurs *colonies, possessions, dépendances et protectorats, ou territoires administrés en vertu d'un mandat de la Société des Nations*, ou pour certains d'entre eux. La procédure en vigueur pour l'adhésion de la métropole est applicable en l'espèce (Convention, art. 16 bis).

Les pays unionistes peuvent en tout temps *dénoncer* la Convention ou les Arrangements, en leur nom ou au nom des colonies et possessions énumérées ci-dessus. La dénonciation est adressée, dans la forme prévue pour l'adhésion, au Gouvernement de la Confédération Suisse et par celui-ci à tous les autres Gouvernements unionistes. Elle produit ses effets une année après le jour où elle a été faite, la Convention ou les Arrangements restant exécutoires pour les autres pays contractants.

La *Convention* et les *Arrangements* sont soumis à des *révisions* périodiques, en vue d'y introduire les améliorations de nature à perfectionner le système de l'Union. A cet effet, des conférences diplomatiques (suivies parfois de réunions techniques) ont lieu successivement, dans l'un des pays de l'Union, entre les délégués des dits pays.

A. — UNION GÉNÉRALE

L'acte de fondation de cette Union est la *Convention pour la protection de la propriété industrielle* signée à Paris le 20 mars 1883, révisée

l'Union, entre ces pays et les pays unionistes restés neutres, ainsi qu'entre les pays unionistes restés neutres. Il elabora à cet effet un projet d'*Arrangement concernant la conservation ou le rétablissement des droits de propriété industrielle atteints par la guerre mondiale*, qui fut signé à Berne le 30 juin 1920 par 9 pays dont le nom figure en italiques dans la liste ci-dessous, et mis en vigueur le 30 septembre 1920. L'Union restreinte et temporaire devait grouper par la suite les 22 pays suivants : *Allemagne, Autriche, Belgique, Brésil, Danemark, Dantzig (Ville Libre de), Espagne, France, Grande-Bretagne, avec Ceylan, la Nouvelle-Zélande, Trinidad et Tobago, Hongrie, Japon, Maroc (Zone française), Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Roumanie, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie, Tunisie, Yougoslavie*. Elle est pratiquement tombée en désuétude.

et complétée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925 et à Londres le 2 juin 1934 ⁽²⁾. Au 1^{er} janvier 1937, elle comprenait les 41 pays suivants, représentant une population d'environ 841.000.000 d'âmes :

| | |
|---|--------------------------------------|
| ALLEMAGNE ⁽³⁾ | à partir du 1 ^{er} mai 1903 |
| AUSTRALIE (12 II. 1933) | » du 5 août 1907 |
| Territoire de Papoua et Territoire sous mandat de la Nouvelle-Guinée) | » du 12 février 1933 |
| Territoire de l'île de Norfolk et Territoire sous mandat de Nauru | » du 29 juillet 1936 |
| AUTRICHE | » du 1 ^{er} janvier 1909 |
| BELGIQUE (27 VII. 1929) | » de l'orig. (7 juill. 1884) |
| BRÉSIL (26 X. 1929) | » de l'origine |
| Bulgarie ⁽²⁾ | » du 13 juin 1921 |
| CANADA | » du 1 ^{er} septembre 1923 |
| Cuba | » du 17 novembre 1904 |
| Danemark et les Iles Féroë | » du 1 ^{er} octobre 1894 |
| Dantzig (Ville libre de) | » du 21 novembre 1921 |
| Dominicaine (Rép.) | » du 11 juillet 1890 |
| ESPAGNE | » de l'origine |
| Zone espagnole du Maroc | » du 27 juillet 1928 |
| Estonie | » du 12 février 1924 |
| ETATS DE SYRIE ET DU LIBAN (17 XI. 1930) | » du 1 ^{er} septembre 1924 |
| ETATS-UNIS D'AMÉRIQUE (6 III. 1931) | » du 30 mai 1887 |
| Finlande | » du 20 septembre 1921 |
| FRANCE, ALGÉRIE et COLONIES (20 X. 1930) | » de l'origine |
| GRANDE-BRETAGNE | » de l'origine |
| Ceylan | » du 10 juin 1905 |
| PALESTINE (à l'exclusion de la Transjordanie) | » du 12 septembre 1933 |
| TRINIDAD et TOBAGO (21 X. 1929) | » du 14 mai 1908 |
| Grèce | » du 2 octobre 1924 |
| HONGRIE (16 V. 1929) | » du 1 ^{er} janvier 1909 |
| Irlande (Etat libre d') | » du 4 décembre 1925 |
| ITALIE | » de l'origine |
| ERYTHRÉE | » du 19 janvier 1932 |
| ILES DE L'EGÉE | » du 19 janvier 1932 |
| LYBIE | » du 19 janvier 1932 |
| JAPON (1 ^{er} I. 1935) | » du 15 juillet 1899 |
| CORÉE, FORMOSE, SAKHALINE DU SUD | » du 1 ^{er} janvier 1935 |
| Lettonie | » du 20 août 1925 |
| LIECHTENSTEIN (Principauté) | » du 14 juillet 1933 |
| Luxembourg | » du 30 juin 1922 |
| MAROC (Zone française) (20 X. 1930) | » du 30 juillet 1917 |
| MEXIQUE (16 I. 1930) | » du 7 septembre 1903 |
| Norvège | » du 1 ^{er} juillet 1885 |

(2) C'est le texte de La Haye, du 6 novembre 1925 qui est en vigueur, depuis le 1^{er} juin 1928. Le texte de Londres, du 2 juin 1934, n'entrera en vigueur que le 1^{er} août 1938.

(3) Nous imprimons en caractères ordinaires le nom des pays qui ont ratifié le texte de La Haye dans le délai prévu (dans ces pays, ledit texte est entré en vigueur le 1^{er} juin 1928), qui ont donné ultérieurement leur adhésion à ce texte (la date entre parenthèses indique l'entrée en vigueur dudit texte dans chacun de ces pays) et qui sont entrés dans l'Union (générale ou restreinte) après le 1^{er} juin 1928 (la date de l'accession indique le moment à partir duquel ledit texte est entré en vigueur dans chacun desdits pays). Nous imprimons en *italiques* le nom des pays qui ne sont liés jusqu'ici que par le texte de Washington.

| | | |
|--|---|---------------------------------|
| NOUVELLE-ZÉLANDE (29 VII. 1931) | » | du 7 septembre 1891 |
| SAMOA-OCCIDENTAL | » | du 29 juillet 1931 |
| PAYS-BAS | » | de l'origine |
| INDES NÉERLANDAISES | » | du 1 ^{er} octobre 1888 |
| SURINAM et CURAÇAO | » | du 1 ^{er} juillet 1890 |
| POLOGNE (22 XI. 1931) | » | du 10 novembre 1919 |
| PORTUGAL, avec les AÇORES et MADÈRE (17 XI. 1928) | » | de l'origine |
| Roumanie | » | du 6 octobre 1920 |
| SUÈDE (1 VII. 1934) | » | du 1 ^{er} juillet 1885 |
| SUISSE (15 VI. 1929) | » | de l'origine |
| TANGER (Zone de —) | » | du 6 mars 1936 |
| TCHÉCOSLOVAQUIE (3 III. 1933) | » | du 5 octobre 1919 |
| TUNISIE (20 X. 1930) | » | de l'origine |
| TURQUIE (21 VIII. 1930) | » | du 10 octobre 1925 |
| YOUgoslavie (29 X. 1928) | » | du 26 février 1921 (3) |

La Convention de Paris a essentiellement pour but de constituer un vaste territoire dans lequel il devienne relativement aisé à l'inventeur, au fabricant, au commerçant, au producteur en général, de se faire protéger contre la contrefaçon, l'usurpation et l'imitation de son invention, de son dessin ou modèle, de son nom commercial, de sa marque, de l'indication du lieu d'origine de ses produits, ou encore contre les actes de concurrence déloyale.

Le principe fondamental de la Convention peut se résumer ainsi : Toute personne originaire de l'un des pays de l'Union, ou établie dans l'un de ces pays, jouit, dans tous les autres, en matière de propriété industrielle, du même traitement que les nationaux, à la condition de remplir les formalités imposées à ceux-ci. Cependant, l'effet de ce principe n'eût point été suffisant si on ne l'avait complété par des dispositions d'application générale qui en assurent et en étendent l'effet par dérogation aux diverses lois intérieures. C'est ainsi que, pour permettre à l'inventeur de faire breveter son invention dans plusieurs pays sans perdre le bénéfice de la nouveauté légale, l'article 4 établit un délai de priorité (valable également pour les modèles d'utilité ou petits brevets) dont la durée est de douze mois, comptés à partir du dépôt de la première demande dans l'un des pays contractants. Pendant ce délai, l'intéressé peut procéder à toutes les démarches utiles, expérimenter sa découverte, chercher des commanditaires ou des acquéreurs, tout en pouvant revendiquer son droit dans les autres pays unionistes B, C, D, où il sollicite également un brevet, comme si ces demandes ultérieures y avaient été déposées à la date de la première demande dans le pays A. Dans le même ordre d'idées, ledit article prévoit un délai de priorité, qui comportait quatre mois, et a été porté à six mois lors de la Conférence de La Haye, pour les dessins ou modèles industriels et pour les marques. De même, alors que certaines législations obligent l'inventeur à exploiter son brevet dans un délai parfois très bref, la Convention lui accorde un délai minimum de trois années. Elle stipule, d'autre part, que si, dans un pays, l'utilisation de la marque enregistrée est obligatoire, l'enregistrement ne pourra être annulé qu'après un délai équitable et si l'intéressé ne justifie pas des causes de son inaction. En outre, elle a fait disparaître toute clause de déchéance pour introduction, par le breveté, dans le pays où le brevet a été délivré, d'objets fabriqués

dans l'un ou l'autre des pays de l'Union et elle a éliminé la solidarité qui faisait tomber à la fois dans plusieurs pays tous les brevets délivrés pour une même invention, lorsque l'un d'eux venait à disparaître pour une cause quelconque dans un de ces pays. Elle a sanctionné la protection du nom commercial, même sans enregistrement, ainsi que la répression de la concurrence déloyale et des fausses indications de provenance (ou appellations d'origine). La Convention a, enfin, établi le principe que toute marque de fabrique ou de commerce régulièrement enregistrée au pays d'origine doit être admise au dépôt et protégée *telle quelle* dans les autres pays de l'Union, assuré la protection des marques non enregistrées ainsi que celle des armoiries, drapeaux et autres emblèmes d'Etat des pays contractants, admis le principe de la protection des marques collectives, prévu une protection temporaire des inventions, dessins ou modèles et marques figurant aux expositions, et réglementé strictement la saisie. La Conférence de Londres, de 1934, a apporté à ce régime des améliorations importantes : « suppression de la réserve des droits des tiers dans l'article 4 ; indépendance des brevets (article 4 *bis*) ; facilités relatives à l'exercice du droit de priorité stipulé par l'article 4 ; reconnaissance du droit moral de l'inventeur (article 4 *ter* nouveau) ; disparition presque totale de la déchéance du brevet pour défaut d'exploitation ; liberté d'adapter la marque enregistrée, sans en altérer le caractère distinctif, aux besoins des divers pays où elle pénètre et de l'utiliser simultanément lorsqu'il s'agit d'établissements considérés comme copropriétaires de la marque (article 5) ; indépendance des marques (article 6) ; cession de la marque avec une partie seulement de l'entreprise (article 6 *quater* nouveau) ; facilités quant aux marques collectives (article 7 *bis*), etc. ».

B. — UNIONS RESTREINTES

1. Arrangement concernant la répression des fausses indications de provenance.

L'Union restreinte concernant *la répression des fausses indications de provenance* a été fondée par l'Arrangement de Madrid du 14 avril 1891, entré en vigueur le 15 juillet 1892 et révisé à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925 et à Londres le 2 juin 1934. Elle comprenait, au 1^{er} janvier 1937, les 21 pays suivants, représentant une population d'environ 394.000.000 d'âmes :

| | |
|--|-------------------------------------|
| ALLEMAGNE ⁽³⁾ | à partir du 12 juin 1925 |
| BRÉSIL (26 X. 1929)..... | » du 3 octobre 1896 |
| Cuba..... | » du 1 ^{er} janvier 1905 |
| DANTZIG (Ville libre de) (29 X. 1930)..... | » du 20 mars 1923 |
| ESPAGNE..... | » de l'orig. (15 juil. 1892) |
| Zone espagnole du Maroc ⁽²⁾ | » du 5 novembre 1928 |
| ETATS DE SYRIE ET DU LIBAN (17 XI. 1930).... | » du 1 ^{er} septembre 1924 |
| FRANCE, ALGÉRIE et COLONIES (20 X. 1930).... | » de l'origine |
| GRANDE-BRETAGNE..... | » de l'origine |
| PALESTINE (à l'exclusion de la Transjordanie)..... | » du 12 septembre 1933 |

| | | |
|---|---|---------------------------------|
| TRINIDAD et TOBAGO | » | du 21 octobre 1929 |
| HONGRIE | » | du 5 juin 1934 |
| Irlande (<i>Etat libre d'</i>)..... | » | du 4 décembre 1925 |
| LIECHTENSTEIN (Principauté) | » | du 14 juillet 1933 |
| MAROC (Zone française) (20 X. 1930)..... | » | du 30 juillet 1917 |
| NOUVELLE-ZÉLANDE (10 I. 1933) | » | du 20 juin 1913 |
| POLOGNE | » | du 20 décembre 1928 |
| PORTUGAL, avec les AÇORES et MADÈRE (13 V. 1931) | » | du 31 octobre 1893 |
| SUÈDE | » | du 1 ^{er} janvier 1934 |
| SUISSE | » | de l'origine |
| TANGER (Zone de —) | » | du 6 mars 1936 |
| TCHÉCOSLOVAQUIE (3 III. 1933) | » | du 30 septembre 1921 |
| TUNISIE (20 X. 1930) | » | de l'origine |
| TURQUIE | » | du 21 août 1930 |

L'Arrangement a pour but, comme son nom l'indique, la répression des fausses indications d'origine, au moyen desquelles il est fait trop souvent une concurrence illicite ou déloyale aux produits réputés du sol ou de l'industrie de certaines régions. Les tribunaux des pays contractants conservent, il est vrai, le droit de décider que telle ou telle appellation est devenue générique et désigne le genre du produit et non plus son origine. Mais l'Arrangement leur refuse ce droit lorsqu'il s'agit d'une appellation de produits vinicoles. La Conférence de Londres a notamment ajouté à l'Arrangement un article 3 *bis* nouveau, stipulant l'interdiction d'emploi de toutes indications publicitaires susceptibles de tromper le public quant à la provenance des produits.

2. Arrangement concernant l'enregistrement international des marques de fabrique ou de commerce.

L'Union restreinte concernant l'enregistrement international des marques de fabrique ou de commerce a été fondée par l'Arrangement de Madrid du 14 avril 1891, entré en vigueur le 15 juillet 1892 et révisé à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, et à Londres le 2 juin 1934. Elle comprenait, au 1^{er} janvier 1937, les 21 pays suivants, représentant une population d'environ 369.000.000 d'âmes :

| | | |
|--|----------|-----------------------------------|
| ALLEMAGNE ⁽³⁾ | à partir | du 1 ^{er} décembre 1922 |
| AUTRICHE | » | du 1 ^{er} janvier 1909 |
| BELGIQUE (27 VII. 1929)..... | » | de l'orig. (15 juil. 1892) |
| Dantzig (<i>Ville libre de</i>)..... | » | du 20 mars 1923 |
| ESPAGNE | » | de l'origine |
| Zone espagnole du Maroc ⁽²⁾ | » | du 5 novembre 1928 |
| FRANCE, ALGÉRIE et COLONIES (20 X. 1930) | » | de l'origine |
| HONGRIE (16 V. 1929)..... | » | du 1 ^{er} janvier 1909 |
| ITALIE | » | du 15 octobre 1894 |
| ÉRYTHRÉE | » | du 19 janvier 1932 |
| ILES DE L'ÉGÉE | » | du 19 janvier 1932 |
| LYBIE | » | du 19 janvier 1932 |
| LIECHTENSTEIN (Principauté) | » | du 14 juillet 1933 |
| Luxembourg | » | du 1 ^{er} septembre 1924 |
| MAROC (Zone française) (20 X. 1930) | » | du 30 juillet 1917 |
| MEXIQUE (16 I. 1930) | » | du 26 juillet 1909 |

| | | |
|---|---|------------------------------|
| PAYS-BAS | » | du 1 ^{er} mars 1893 |
| SURINAM et CURAÇAO | » | du 1 ^{er} mars 1893 |
| PORTUGAL, avec les AÇORES et MADÈRE (13 V. 1931) | » | du 31 octobre 1893 |
| Roumanie | » | du 6 octobre 1920 |
| SUISSE | » | de l'origine |
| TANGER (Zone de —) | » | du 6 mars 1936 |
| TCHÉCOSLOVAQUIE (3 III. 1933) | » | du 5 octobre 1919 |
| TUNISIE (20 X. 1930) | » | de l'origine |
| TURQUIE (21 VIII. 1930) | » | du 10 octobre 1925 |
| YUGOSLAVIE (29 X. 1928) | » | du 26 février 1921 (4) |

En vertu de cet Arrangement, qui est accompagné d'un règlement d'exécution, il a été créé, à Berne, un *Service pour l'enregistrement international des marques de fabrique ou de commerce*, dont peuvent se prévaloir les personnes ou sociétés possédant dans l'Union restreinte un établissement industriel ou commercial ou, sinon, leur domicile, ou — si ces conditions ne sont pas remplies — les ressortissants de l'un des dits Etats, à la condition que la marque ait été préalablement enregistrée au pays d'origine. A cet effet, le requérant doit adresser à l'Administration de la propriété industrielle de ce dernier une demande spéciale accompagnée : a) d'un cliché de la marque ; b) d'une taxe nationale (en général peu élevée), si la législation en prévoit une ; c) d'un récépissé établissant qu'il a payé l'émolument international, lequel est de 150 francs suisses pour une marque et de 100 francs pour toute marque en sus de la première déposée en même temps (le requérant a toutefois la faculté de ne payer, au moment du dépôt, qu'une somme de 100 francs pour la première marque et de 75 francs pour les suivantes, à charge pour lui de verser, avant l'expiration d'un délai de dix ans compté à partir de l'enregistrement international et sous peine de perdre le bénéfice de ce dernier, un complément d'émolument de 75 francs pour la première marque et de 50 francs pour les suivantes) ; d) d'une surtaxe, lorsque la liste des produits pour lesquels la protection d'une marque est revendiquée dépasse cent mots (cette surtaxe est de 1 franc par ligne supplémentaire imprimée dans *Les Marques internationales*, une ligne contenant en général 8 à 10 mots). Cette Administration envoie les documents réglementaires au Bureau international, lequel enregistre la marque, la notifie aux autres Administrations et la publie dans son journal *Les Marques internationales*. Du fait de cet enregistrement unique, simple et relativement peu coûteux, l'intéressé se trouve dans la même situation que s'il avait déposé directement sa marque dans chacun des 20 autres pays signataires de l'Arrangement. Cette solution ingénieuse, d'une application facile et efficace, a donné les meilleurs résultats. Le nombre des marques ainsi enregistrées au Bureau de Berne depuis l'origine jusqu'au 31 décembre 1936 est de 94.399. La Conférence de Londres a amélioré l'Arrangement et le règlement sur plusieurs points. Elle a notamment instauré la cession des marques internationales pour une partie seulement des produits enregistrés ou pour une partie seulement des pays contractants (Arrangement, article 9 *ter*).

(4) La Serbie faisait partie de l'Union générale dès l'origine. C'est l'adhésion du Royaume agrandi de Yougoslavie qui date du 26 février 1921.

3. Arrangement concernant le dépôt international des dessins ou modèles industriels.

L'Union restreinte concernant le *dépôt international des dessins ou modèles industriels* a été fondée par l'Arrangement de La Haye du 6 novembre 1925, entré en vigueur le 1^{er} juin 1928 et révisé à Londres le 2 juin 1934. Cette Union comprenait, au 1^{er} janvier 1937, les 10 pays suivants représentant une population d'environ 281.000.000 d'âmes :

| | |
|---------------------------------------|---|
| ALLEMAGNE | à partir de l'origine (1 ^{er} juin 1928) |
| BELGIQUE | » du 27 juillet 1929 |
| ESPAGNE | » de l'origine |
| Zone espagnole du Maroc | » du 5 novembre 1928 |
| FRANCE, ALGÉRIE et COLONIES | » du 20 octobre 1930 |
| LIECHTENSTEIN (Principauté) | » du 14 juillet 1933 |
| MAROC (Zone française) | » du 20 octobre 1930 |
| PAYS-BAS | » de l'origine |
| INDES NÉERLANDAISES | » de l'origine |
| SURINAM et CURAÇAO | » de l'origine |
| SUISSE | » de l'origine |
| TANGER (Zone de —) | » du 6 mars 1936 |
| TUNISIE | » du 20 octobre 1930 |

En vertu de cet Arrangement, également accompagné d'un règlement d'exécution, il a été créé, à Berne, un *Service pour le dépôt international des dessins et modèles industriels*, qui fonctionne depuis le 1^{er} juin 1928 et dont peuvent se prévaloir les ressortissants de l'Union restreinte et les personnes domiciliées dans l'un des pays contractants ou y possédant un établissement industriel ou commercial effectif et sérieux. Le dépôt (purement déclaratif, simple ou multiple) se fait directement par le déposant au Bureau international ; il produit dans *les autres* pays contractants le même effet qu'un dépôt national. Dans le pays où le déposant est établi, ou (en cas d'établissement non unioniste) dans celui auquel il ressort, le dépôt international ne produit d'effets que si la législation l'assimile au dépôt national. La protection dure cinq ans (première période) ; elle peut être prolongée de 10 ans (deuxième période). Taxes : première période : dépôt simple (ouvert ou cacheté), 5 francs ; dépôt multiple, 10 francs ; deuxième période (ouvert seulement) : dépôt simple, 10 francs ; dépôt multiple, 50 francs. Au 31 décembre 1936, il avait été enregistré 5.886 dépôts. La Conférence de Londres a apporté à l'Arrangement et au règlement quelques retouches opportunes. Elle a notamment instauré la cession des dépôts internationaux pour une partie seulement des dessins ou modèles compris dans un dépôt multiple ou pour un ou plusieurs pays contractants seulement (Arrangement, article 17).

II

L'Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques a été fondée par la Convention de Berne du 9 septembre 1886, devenue exécutoire le 5 décembre 1887. Cette Union est ouverte à tous les pays qui assurent la protection légale des droits des auteurs. La procédure

à suivre afin d'adhérer à la Convention ou de dénoncer celle-ci est la même que dans l'Union pour la protection de la propriété industrielle.

L'Union littéraire et artistique groupe les quarante et un pays suivants, auxquels viennent s'ajouter des colonies, possessions, protectorats et pays sous mandat :

| | |
|--|--|
| ALLEMAGNE | à partir de l'origine (5 déc. 1887) |
| AUSTRALIE | » du 14 avril 1928 ⁽⁵⁾ |
| AUTRICHE | » du 1 ^{er} octobre 1920 |
| BELGIQUE | » de l'origine |
| BRÉSIL (Etats-Unis du —) | » du 9 février 1922 |
| BULGARIE | » du 5 décembre 1921 |
| CANADA | » du 10 avril 1928 ⁽⁶⁾ |
| DANEMARK, avec les îles Féroé | » du 1 ^{er} juillet 1903 |
| DANTZIG (Ville libre de) | » du 24 juin 1922 |
| ESPAGNE, avec colonies | » de l'origine |
| ESTONIE | » du 9 juin 1927 |
| FINLANDE | » du 1 ^{er} avril 1928 |
| FRANCE, Algérie et colonies | » de l'origine |
| GRANDE-BRETAGNE | » de l'origine |
| Colonies, possessions et certains pays de protectorat) | » de l'orig. et du 1 ^{er} juill. 1912 |
| Palestine (pays placé sous le man- dat de la Grande-Bretagne) | » du 21 mars 1924 |
| GRÈCE | » du 9 novembre 1920 |
| HAÏTI | » de l'origine |
| HONGRIE | » du 14 février 1922 |
| INDE BRITANNIQUE | » du 1 ^{er} avril 1928 ⁽⁷⁾ |
| IRLANDE (Etat libre) | » du 5 octobre 1927 |
| ITALIE | » de l'origine |
| JAPON | » du 15 juillet 1899 |
| LETTONIE | » du 15 mai 1937 |
| LIECHTENSTEIN | » du 30 juillet 1931 |
| LUXEMBOURG | » du 20 juin 1888 |
| MAROC (zone française) | » du 16 juin 1917 |
| MONACO | » du 30 mai 1889 |
| NORVÈGE | » du 13 avril 1896 |
| NOUVELLE-ZÉLANDE | » du 24 avril 1928 ⁽⁸⁾ |
| PAYS-BAS | » du 1 ^{er} novembre 1912 |
| Indes néerlandaises, Curaçao et Su- rinam | » du 1 ^{er} avril 1913 |
| POLOGNE | » du 28 janvier 1920 |
| PORTUGAL, avec colonies | » du 29 mars 1911 |
| ROUMANIE | » du 1 ^{er} janvier 1927 |
| SIAM | » du 17 juillet 1931 |
| SUÈDE | » du 1 ^{er} août 1904 |
| SUISSE | » de l'origine |

(5) L'Australie a fait partie de l'Union dès l'origine, en tant que fragment de l'Empire britannique. La date du 14 avril 1928 est celle à partir de laquelle ce dominion est devenu un pays unioniste contractant.

(6) Même observation pour le Canada, devenu pays unioniste contractant à partir du 10 avril 1928.

(7) Même observation pour l'Inde britannique, devenue pays unioniste contractant à partir du 1^{er} avril 1928.

(8) Même observation pour la Nouvelle-Zélande, devenue pays unioniste contractant à partir du 24 avril 1928.

| | | |
|---|---|------------------------------|
| SYRIE et RÉPUBLIQUE LIBANAISE (pays placés sous le mandat de la France) | » | du 1 ^{er} août 1924 |
| TCHÉCOSLOVAQUIE | » | du 22 février 1921 |
| TUNISIE | » | de l'origine |
| UNION SUD-AFRICAINE | » | du 3 octobre 1928 (9) |
| Sud-Ouest Africain (pays placé sous le mandat de l'Union Sud-Africaine) | » | du 28 octobre 1931 |
| VATICAN (Cité du) | » | du 12 septembre 1935 |
| YOUgoslavie | » | du 17 juin 1930 |

Population totale : environ un milliard d'âmes.

*
**

La Convention de Berne a été amendée et complétée à Paris, le 4 mai 1896, par un *Acte additionnel* et une *Déclaration interprétative*, mis à exécution le 9 décembre 1897.

*
**

Une complète refonte est intervenue à Berlin le 13 novembre 1908. L'Acte de Berlin, qui porte le nom de *Convention de Berne révisée pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, est entré en vigueur le 9 septembre 1910.

Lors du remaniement effectué à Berlin, les divers pays ont reçu la faculté d'indiquer, sous forme de réserves, les dispositions de la Convention primitive de 1886, ou de l'Acte additionnel de 1896 qu'ils entendraient substituer, provisoirement du moins, aux dispositions correspondantes de la Convention de 1908.

Nous énumérons ci-après les pays *réservataires* sous le régime de l'Acte de Berlin, en prenant soin d'établir les références aux textes de 1886 et 1896 dont ces pays ont maintenu la force exécutoire :

| | |
|---------------------------------|---|
| AUSTRALIE : | Rétroactivité (art. 14 de la Convention de Berne de 1886 et n° 4 du Protocole de clôture de celle-ci, amendé par l'Acte additionnel de Paris de 1896). |
| DANEMARK, avec les îles Féroé : | Articles de journaux et de revues (art. 7 de la Convention de Berne de 1886, amendé par l'Acte additionnel de Paris de 1896). |
| ESTONIE : | 1. Droit exclusif de traduction (art. 5 de la Convention de Berne de 1886, amendé par l'Acte additionnel de Paris de 1896). 2. Droit de représentation à l'égard des traductions d'œuvres dramatiques ou dramatico-musicales (art. 9, al. 2, de la Convention de Berne de 1886). |
| FINLANDE : | Articles de journaux et de revues (art. 7 de la Convention de Berne de 1886, amendé par l'Acte additionnel de Paris de 1896). |
| FRANCE, Algérie et colonies : | Œuvres des arts appliqués (art. 4 de la Convention de Berne de 1886). |

(9) Même observation pour l'Union Sud-Africaine, devenue pays unioniste contractant à partir du 3 octobre 1928.

GRANDE-BRETAGNE, avec colonies et possessions non autonomes : Rétroactivité (art. 14 de la Convention de Berne de 1886 et n° 4 du Protocole de clôture de celle-ci, amendé par l'Acte additionnel de Paris de 1896).

GRÈCE :
 1. Droit exclusif de traduction (art. 5 de la Convention de Berne de 1886).
 2. Articles de journaux et de revues (art. 7 de la Convention de Berne de 1886).
 3. Droit de représentation et d'exécution (art. 9 de la Convention de Berne de 1886).

INDE-BRITANNIQUE : Rétroactivité (art. 14 de la Convention de Berne de 1886 et n° 4 du Protocole de clôture de celle-ci, amendé par l'Acte additionnel de Paris de 1896).

IRLANDE (Etat libre) : Droit exclusif de traduction (art. 5 de la Convention de Berne de 1886, amendé par l'Acte additionnel de Paris de 1896).

ITALIE :
 1. Droit exclusif de traduction (art. 5 de la Convention de Berne de 1886, amendé par l'Acte additionnel de Paris de 1896).
 2. Droit de représentation à l'égard des traductions d'œuvres dramatiques ou dramatico-musicales (art. 9, al. 2, de la Convention de Berne de 1886).

JAPON :
 1. Droit exclusif de traduction (art. 5 de la Convention de Berne de 1886, amendé par l'Acte additionnel de Paris de 1896).
 2. Exécution publique des œuvres musicales (art. 9, al. 3, de la Convention de Berne de 1886).

NOUVELLE-ZÉLANDE : Rétroactivité (art. 14 de la Convention de Berne de 1886 et n° 4 du Protocole de clôture de celle-ci, amendé par l'Acte additionnel de Paris de 1896).

PAYS-BAS, Indes néerlandaises, Surinam et Curaçao :
 1. Droit exclusif de traduction (art. 5 de la Convention de Berne de 1886, amendé par l'Acte additionnel de Paris de 1896).
 2. Articles de journaux et de revues (art. 7 de la Convention de Berne de 1886, amendé par l'Acte additionnel de Paris de 1896).
 3. Droit de représentation à l'égard des traductions d'œuvres dramatiques ou dramatico-musicales (art. 9, al. 2, de la Convention de Berne de 1886).

ROUMANIE : Articles de journaux et de revues (art. 7 de la Convention de Berne de 1886).

SIAM :
 1. Œuvres des arts appliqués (art. 4 de la Convention de Berne de 1886).
 2. Conditions et formalités prescrites par la loi du pays d'origine de l'œuvre (art. 2, al. 2, de la Convention de Berne de 1886).
 3. Droit exclusif de traduction (art. 5 de la Convention de Berne de 1886, amendé par l'Acte additionnel de Paris de 1896).
 4. Articles de journaux et de revues (art. 7 de la Convention de Berne de 1886, amendé par l'Acte additionnel de Paris de 1896).
 5. Droit de représentation et d'exécution (art. 9 de la Convention de Berne de 1886 et n° 2 du Protocole de clôture de celle-ci).
 6. Rétroactivité (art. 14 de la Convention de Berne de 1886 et n° 4 du Protocole de clôture de celle-ci, amendé par l'Acte additionnel de Paris de 1896).

SUÈDE : Articles de journaux et de revues (art. 7 de la Convention de Berne de 1886).

TUNISIE : Œuvres des arts appliqués (art. 4 de la Convention de Berne de 1886).

UNION SUD-AFRICAINE et Sud-Ouest Africain : Rétroactivité (art. 14 de la Convention de Berne de 1886 et n° 4 du Protocole de clôture de celle-ci, amendé par l'Acte additionnel de Paris de 1896).

YUGOSLAVIE : Droit exclusif de traduction (art. 5 de la Convention de Berne de 1886, amendé par l'Acte additionnel de Paris de 1896, en ce qui concerne la traduction dans les langues de Yougoslavie).

Les réserves énumérées ci-dessus ont trait aux dispositions suivantes de la Convention de 1908 :

Art. 2, alinéa 4 (œuvres des arts appliqués). Réserves stipulées par la *France*, le *Siam*, la *Tunisie*. Total : 3.

Art. 4, alinéa 2 (conditions et formalités). Réserve stipulée par le *Siam*. Total : 1.

Art. 8 (droit de traduction). Réserves stipulées par l'*Estonie*, la *Grèce*, l'*Irlande*, l'*Italie*, le *Japon*, les *Pays-Bas*, le *Siam*, la *Yougoslavie*. Total : 8.

Art. 9 (contenu des journaux et revues). Réserves stipulées par le *Danemark*, la *Finlande*, la *Grèce*, les *Pays-Bas*, la *Roumanie*, le *Siam*, la *Suède*. Total : 7.

Art. 11 (droit de représentation et d'exécution). Réserves stipulées par l'*Estonie*, la *Grèce*, l'*Italie*, le *Japon*, les *Pays-Bas*, le *Siam*. Total : 6.

Art. 18 (rétroactivité). Réserves stipulées par l'*Australie*, la *Grande-Bretagne*, l'*Inde britannique*, la *Nouvelle-Zélande*, le *Siam*, l'*Union Sud-Africaine* (y compris le *Sud-Ouest Africain*). Total : 6.

Total général : 31 réserves.

Les pays *non* réservataires sont les suivants :

ALLEMAGNE

AUTRICHE

BELGIQUE

BRÉSIL

BULGARIE

CANADA

DANTZIG

ESPAGNE, avec colonies

HAÏTI

HONGRIE

LIECHTENSTEIN

LUXEMBOURG

MAROC (zone franç.)

MONACO

NORVÈGE

POLOGNE

PORTUGAL, avec colonies

SUISSE

SYRIE ET RÉP. LIB.

TCHÉCOSLOVAQUIE.

La *Palestine* est également un pays non réservataire.

*
**

Le 20 mars 1914, a été signé à Berne un *Protocole additionnel* à la Convention de Berne révisée en 1908, afin de permettre aux pays unionistes de restreindre, le cas échéant, la protection accordée aux auteurs ressortissant à tel ou tel pays non unioniste. Jusqu'ici, seul le Canada a fait usage de cette faculté, à l'encontre des auteurs placés sous la juridiction des Etats-Unis d'Amérique. Haïti et le Portugal n'ont pas encore ratifié le Protocole, qui est entré en vigueur le 20 avril 1915.

*
**

La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, a subi à son tour une révision à Rome, le 2 juin 1928. L'*Acte de Rome* est entré en vigueur le 1^{er} août 1931.

A cette date, il est devenu exécutoire dans les pays suivants : Bulgarie.

Canada, Dantzig (Ville Libre de), Finlande, Grande-Bretagne et Irlande du Nord, Hongrie, Inde Britannique, Italie, Japon, Norvège, Pays-Bas, Suède, Suisse, Yougoslavie.

Par la suite, l'Acte de Rome est entré en vigueur dans les pays suivants :

| | | |
|--|------------------------|------------------------------|
| ALLEMAGNE | avec effet à partir du | 21 septembre 1933 |
| AUSTRALIE | » | 18 janvier 1935 |
| AUTRICHE | » | 1 ^{er} juillet 1936 |
| BELGIQUE | » | 7 octobre 1934 |
| BRÉSIL | » | 1 ^{er} juin 1933 |
| DANEMARK | » | 16 septembre 1933 |
| ESPAGNE | » | 23 avril 1933 |
| FRANCE | » | 22 décembre 1933 |
| GRÈCE | » | 25 février 1932 |
| IRLANDE (Etat libre) | » | 11 juin 1935 |
| LIECHTENSTEIN | » | 30 août 1931 |
| LUXEMBOURG | » | 4 février 1932 |
| MAROC (zone française) | » | 25 novembre 1934 |
| MONACO | » | 9 juin 1933 |
| POLOGNE | » | 21 novembre 1935 |
| ROUMANIE | » | 6 août 1936 |
| SYRIE ET RÉPUBLIQUE LIBANAISE | » | 24 décembre 1933 |
| TCHÉCOSLOVAQUIE | » | 30 novembre 1936 |
| TUNISIE | » | 22 décembre 1933 |
| UNION SUD-AFRICAINE (sans le Sud-Ouest Africain) | » | 27 mai 1935 |

Les pays suivants sont entrés dans l'Union directement par voie d'adhésion à l'Acte de Rome :

Lettonie, avec effet à partir du 15 mai 1937 ;

Vatican (Cité du), avec effet à partir du 12 septembre 1935.

En outre, l'Acte de Rome a été déclaré applicable :

Dans un grand nombre de possessions *britanniques* ;

Dans les colonies *françaises* et dans les pays de protectorat et territoires relevant du *Ministère français des colonies* ;

Dans les possessions japonaises suivantes : *Corée, Formose, Sakhaline du Sud* et territoire à bail de Kouantoung ;

Dans les colonies suivantes des *Pays-Bas* : *Indes Néerlandaises, Surinam et Curaçao* ;

Dans la zone *espagnole* du protectorat du *Maroc* et dans les colonies *espagnoles*.

L'Acte de Rome n'est *pas encore* exécutoire dans les pays suivants qui demeurent régis par l'Acte de Berlin : *Estonie, Haïti, Nouvelle-Zélande, Portugal, Siam, Sud-Ouest Africain*.

Comment l'Acte de Rome a-t-il résolu la question des réserves ? Il faut distinguer deux catégories de pays :

1) Les pays qui étaient déjà membres de l'Union le jour où l'Acte de Rome est entré en vigueur (1^{er} août 1931) ;

2) Les pays qui sont devenus membres de l'Union plus tard, directement par voie d'adhésion à l'Acte de Rome.

Les pays appartenant à la *première* catégorie pouvaient conserver le

bénéfice des réserves qu'ils avaient antérieurement stipulées, à la condition de faire une déclaration dans ce sens au moment où l'Acte de Rome entrerait en vigueur sur leur territoire. A défaut d'une telle déclaration, les réserves tombaient avec cette entrée en vigueur. En aucun cas de nouvelles réserves ne pouvaient être formulées. Voici les pays qui ont usé du droit de conserver leurs réserves :

La *France* a maintenu sa réserve concernant les œuvres des arts appliqués à l'industrie (à l'article 2, alinéa 4, de la Convention de 1908 est substitué l'article 4 de la Convention primitive de 1886) ;

La *Grèce* a maintenu ses réserves sur le droit de traduction et sur le droit de représentation et d'exécution (aux articles 8 et 11 de la Convention révisée en 1908 sont substitués les articles 5 et 9 de la Convention primitive de 1886) ;

L'*Irlande* (Etat libre) a maintenu sa réserve sur le droit de traduction (à l'article 8 de la Convention révisée en 1908 est substitué l'article 5 de la Convention primitive de 1886, dans la version de l'Acte additionnel de 1896, mais seulement en ce qui concerne les traductions en langue irlandaise) ;

Le *Japon* a maintenu sa réserve sur le droit de traduction (à l'article 8 de la Convention révisée en 1908 est substitué l'article 5 de la Convention primitive de 1886, dans la version de l'Acte additionnel de 1896) ;

La *Tunisie* a maintenu sa réserve concernant les œuvres des arts appliqués à l'industrie (à l'article 2, alinéa 4, de la Convention de 1908 est substitué l'article 4 de la Convention primitive de 1886) ;

La *Yougoslavie* a maintenu sa réserve sur le droit de traduction (à l'article 8 de la Convention révisée en 1908 est substitué l'article 5 de la Convention primitive de 1886, dans la version de l'Acte additionnel de 1896, en ce qui concerne la traduction dans les langues de Yougoslavie).

Les autres réserves, soit celles qui avaient été stipulées par l'*Australie*, le *Danemark*, la *Finlande*, la *Grande-Bretagne*, la *Grèce* (réserve concernant les articles de revues et de journaux), l'*Inde Britannique*, l'*Italie*, le *Japon* (réserve concernant l'exécution publique des œuvres musicales), les *Pays-Bas*, la *Roumanie*, la *Suède*, l'*Union Sud-Africaine* (sans le Sud-Ouest Africain), sont tombées.

Quel est exactement l'effet de cet abandon tacite de réserves ? Il faut admettre que la renonciation est valable uniquement à l'égard des pays liés par la Convention de 1928, les réserves demeurant en vigueur à l'égard des pays encore liés par la Convention de 1908. Sauf déclaration expresse en sens contraire, la renonciation aux réserves fait partie intégrante de la décision par laquelle un pays contractant passe du régime de 1908 à celui de 1928. Or, c'est la Convention antérieure, de 1908, qui s'applique dans les relations entre deux pays unionistes dont l'un seulement aurait accepté la Convention de 1928. — Bien entendu, un pays unioniste renonçant aux réserves au moment d'accepter l'Acte de Rome peut *étendre* aux pays qui restent liés par l'Acte de Berlin les effets de sa renonciation. Mais une telle extension ne se présume pas : elle doit être spécialement notifiée. La *Norvège* a procédé de cette manière (ce pays avait fait trois réserves : en ratifiant la Convention de 1928, il les a laissé tomber dans les rapports

avec les pays appliquant également l'Acte de Rome, puis il a annoncé, par deux notes spéciales, qu'il renonçait à ces réserves dans les rapports avec les pays appliquant encore l'Acte de Berlin).

Quant aux pays entrés dans l'Union directement par voie d'adhésion à l'Acte de Rome (*deuxième* catégorie), ils ne pouvaient plus formuler de réserve que sur le droit de traduction et substituer à l'article 8 de la Convention de Berne révisée en 1908 et 1928 l'article 5 de la Convention primitive de 1886, dans la version de l'Acte additionnel de 1896, étant bien entendu que cette disposition vise uniquement les traductions dans la ou les langues du pays réservataire. La *Lettonie* a fait usage de cette faculté ; la *Cité du Vatican* est entrée dans l'Union sans stipuler de réserve.

Les colonies, possessions, etc., qui font partie de l'Union non pas à titre de pays contractants, mais comme territoires rattachés à leur métropole respective, suivent *in dubio* le régime de cette dernière en ce qui touche les réserves. (Il peut y avoir deux régimes distincts pour la métropole et pour la colonie, lorsque par exemple l'une a adhéré à l'Acte de Rome et non l'autre : cas de l'Union Sud-Africaine et du Sud-Ouest africain).

*
**

S'agissant du contenu de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, nous examinerons dans ses grandes lignes le texte de Berlin, puis nous donnerons quelques indications très succinctes sur les clauses nouvelles contenues dans le texte de Rome.

La Convention de Berne révisée à Berlin est en elle-même un instrument juridique assez simple. Mais le système des réserves, exposé plus haut, a engendré de grandes complications, parce que les dispositions choisies par les pays réservataires dans les Actes antérieurs de 1886 et 1896 pour être substituées aux dispositions correspondantes de l'Acte de 1908, régissent naturellement les rapports de propriété littéraire et artistique entre ces pays réservataires et les pays non réservataires. Il en résulte que *même ces derniers* appliquent tel ou tel texte de 1886 ou 1896 lorsqu'il s'agit pour eux de fixer le statut d'une œuvre originaire d'un pays réservataire.

Le principe fondamental de la Convention de Berne révisée à Berlin en 1908 est demeuré le même que celui de la Convention de Berne primitive de 1886 : c'est *l'assimilation des unionistes aux nationaux* dans chaque pays contractant. En vertu de cette règle, les auteurs protégés par la Convention peuvent invoquer, en matière de propriété littéraire et artistique, la législation interne des divers pays unionistes.

D'autre part, la Convention prescrit l'application de certaines règles de *droit matériel* qu'elle-même a établies et que les pays contractants doivent respecter. Ainsi elle a décidé que la jouissance et l'exercice des droits des auteurs devaient être affranchis de toute formalité dans les rapports internationaux créés par l'Union. Les avantages de la Convention sont acquis à l'auteur, pour ses œuvres inédites, s'il appartient par la nationalité à l'un des pays contractants, et pour ses œuvres éditées, si le lieu de la première édition est situé dans l'un de ces pays. En outre, tant

que dure la protection contre la reproduction non autorisée, la Convention de 1908 garantit d'une manière exclusive aux écrivains le droit de faire ou d'autoriser la traduction de leurs œuvres. Nous rencontrons ici, il est vrai, d'importantes *réerves*, car plusieurs pays entendent accorder ce droit pendant dix ans seulement (solution adoptée par la Convention de 1886), ou n'assimiler le droit de traduction au droit de reproduction pour une langue déterminée que si une traduction a paru, en cette langue, dans les premiers dix ans à partir de la publication de l'œuvre originale (solution adoptée par l'Acte additionnel de 1896) ; de plus, ces mêmes pays ne consentent généralement à protéger le droit de représenter les traductions d'œuvres dramatiques ou dramatico-musicales que pour la même durée limitée. La Convention de 1908 accorde également à l'auteur le droit exclusif d'adapter son œuvre au cinématographe et, s'il s'agit d'une œuvre musicale, de l'adapter aux instruments mécaniques tels que le phonographe, le pianola, etc. (toutefois, les droits musico-mécaniques de l'auteur peuvent être restreints par la législation des pays qui connaissent le régime de la licence obligatoire ou de l'autorisation forcée moyennant une indemnité). Le droit de représenter une œuvre dramatique ou dramatico-musicale, le droit d'exécuter une œuvre musicale, le droit de procéder à des arrangements et transformations sont reconnus en principe : pour le contenu exact de ces diverses prérogatives, la Convention de Berne révisée s'en remet aux législations nationales. — Sur certains points, des progrès restent à faire. Le régime des publications périodiques, au sujet duquel plusieurs pays ont formulé des réserves pour le maintien des dispositions soit de 1886, soit de 1896, n'est pas entièrement satisfaisant (il a été amélioré à Rome en 1928). Les emprunts licites sont abandonnés aux lois nationales. Les œuvres des arts appliqués à l'industrie ne sont pas obligatoirement assimilées aux œuvres d'art pur, au point de vue de la protection qui leur est conférée. Enfin et surtout, la *durée* du droit de propriété littéraire et artistique n'est pas unifiée. En principe, elle comprend la vie de l'auteur et cinquante ans après sa mort, mais les dispositions divergentes des lois intérieures subsistent, et l'on applique le système de la comparaison des délais pour déterminer la durée de protection dont l'œuvre bénéficie dans les pays unionistes autres que le pays d'origine. Le délai prévu dans ce dernier pays est mis en parallèle avec le délai du pays où la protection est demandée, et c'est le moindre des deux qui l'emporte. On espérait que la revision de Rome ferait disparaître ces imperfections. Et, sans doute, la faculté de stipuler des réserves a-t-elle été resserrée, comme nous l'avons montré plus haut, dans des limites assez étroites. Cependant, pour les arts appliqués et le délai de protection, le *statu quo* subsiste. Les Conférences futures auront encore du travail.

Les principales innovations votées par la *Conférence de Rome* visent la reconnaissance, sur le terrain international, de deux prérogatives importantes de l'auteur : le *droit moral* (droit au respect de la personnalité du créateur manifestée dans l'œuvre), et le droit d'autoriser la communication de l'œuvre au public par la *radiodiffusion*. Ces deux droits sont sanctionnés dans leur principe par l'Acte de Rome, mais il appartient aux législations nationales d'en établir les conditions d'exercice. Celles-ci

pourront entraîner une certaine limitation du droit de l'auteur (licence obligatoire en matière de radiodiffusion, par exemple).

*
**

Une quatrième revision de la Convention de Berne avait été prévue à Bruxelles, d'abord pour 1935, puis pour 1936. Elle n'aura pas lieu avant 1938. Des travaux sont actuellement en cours qui tendent au rapprochement de la Convention de Berne et de la Convention panaméricaine de Buenos-Aires-La Havane, des 11 août 1910-11 février 1928. On envisage la création d'un statut universel du droit d'auteur. A cet effet une Conférence mondiale siégerait à Bruxelles immédiatement avant ou après la Conférence de l'Union de Berne : d'où la nécessité de les convoquer l'une et l'autre en même temps. Or, les travaux préparatoires de la Conférence mondiale ne sont pas encore terminés au moment où nous écrivons ces lignes (janvier 1937). Toutefois, on peut s'attendre à une décision prochaine concernant l'époque à laquelle siégeront les deux Conférences.

III

Les *Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété industrielle, littéraire et artistique* sont les centres administratifs permanents des deux Unions. Le *Bureau de l'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle* s'est ouvert le 1^{er} janvier 1885, le *Bureau de l'Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* le 1^{er} janvier 1888. Ces deux Offices rassemblent les renseignements de toute nature relatifs à la protection de la propriété industrielle et du droit d'auteur, entretiennent des relations suivies avec les Administrations nationales qui ont les mêmes attributions dans les divers pays contractants, préparent les Conférences de revision des Conventions, d'entente avec le Gouvernement du pays où la Conférence aura lieu. Cette préparation s'effectue en tenant compte des vœux exprimés par les associations et institutions dont l'activité touche à la propriété industrielle, littéraire et artistique. Ce sont (nous indiquons seulement les principales) :

l'Association internationale pour la protection de la propriété industrielle (Secrétariat général : 31, Bahnhofstrasse, Zurich) ;

la Chambre de Commerce internationale (38, cours Albert-I^{er}, Paris) ;

le Comité économique de la Société des Nations (Genève) ;

l'Association littéraire et artistique internationale (Secrétariat général : 117, boulevard Saint-Germain, Paris) ;

la Confédération internationale des Sociétés d'auteurs et compositeurs (Secrétariat général : 24, rue Chaptal, Paris) ;

l'Institut international de Coopération intellectuelle (2, rue de Montpensier, Paris).

Le Bureau industriel gère les deux Services de l'enregistrement international des marques de fabrique ou de commerce et du dépôt international des dessins et modèles industriels, et publie depuis 1885 une revue

mensuelle : *La Propriété industrielle* ⁽¹⁰⁾ ainsi que les recueils documentaires des *Marques internationales* ⁽¹¹⁾ (depuis 1893) et des *Dessins et Modèles internationaux* ⁽¹²⁾ (depuis 1928). Le Bureau littéraire édite depuis 1888 la revue mensuelle *Le Droit d'auteur* ⁽¹³⁾. Ces quatre publications périodiques sont rédigées en langue française, seule langue officielle des Bureaux. *La Propriété industrielle* et *Le Droit d'auteur* reproduisent les textes législatifs et conventionnels qui rentrent dans leur domaine ; ils complètent cette documentation par des études scientifiques sur des sujets relatifs aux Unions, par des chroniques d'actualité, des comptes rendus des principales assemblées des sociétés et organisations professionnelles pour la défense de la propriété intellectuelle. La jurisprudence est suivie dans la mesure du possible, notamment par certains spécialistes qui adressent de leur pays des lettres aux revues des Bureaux.

Ceux-ci ont édité encore des ouvrages de longue haleine : en particulier un *Recueil général* de la législation et des traités concernant la propriété industrielle et un *Recueil* des conventions et traités conclus en matière de propriété littéraire et artistique. Le Bureau industriel a établi et tient à jour divers tableaux synoptiques résumant les conditions et formalités requises pour l'obtention d'un brevet d'invention, l'enregistrement d'une marque de fabrique ou de commerce, le dépôt d'un dessin ou modèle industriel. Les *Documents des Conférences* (surtout ceux des Conférences industrielles de La Haye en 1925, et de Londres en 1934) forment de gros volumes où des matériaux en abondance sont mis à la disposition des chercheurs. En 1933, afin de marquer le cinquantenaire de la Convention de Paris, le Bureau industriel a fait paraître une plaquette commémorative illustrée qui rappelle la fondation et retrace le développement de l'Union pour la protection de la propriété industrielle ; en 1936, le cinquantenaire de la Convention de Berne a donné lieu à une publication semblable de la part du Bureau littéraire.

Les deux Bureaux sont appelés fréquemment à donner des consultations sur des sujets de leur compétence. Cette activité reste inconnue du grand public, mais semble appréciée par les intéressés.

(10) Abonnement annuel : francs suisses 5.60.

(11) Abonnement annuel : 10 francs suisses.

(12) Abonnement annuel : 5 francs suisses.

(13) Abonnement annuel : francs suisses 5.60.

L'UNION INTERNATIONALE DES TELECOMMUNICATIONS ET SON BUREAU

Par V. MEYER

Docteur en Droit

Membre du Bureau de l'Union Internationale des Télécommunications

TITRE PREMIER

L'Union internationale des télécommunications

A proprement parler, l'Union internationale des télécommunications n'a pas encore d'histoire puisque sa fondation remonte au 9 décembre 1932 à Madrid. Mais, ayant recueilli en ligne directe toute la succession de deux unions précédemment constituées, cette nouvelle union voit son histoire remonter aux origines de sa double ascendance : l'Union radiotélégraphique ⁽¹⁾ et l'Union télégraphique et même plus loin, aux unions régionales qui ont précédé l'Union télégraphique et encore, si l'on veut être complet, aux origines mêmes du télégraphe.

CHAPITRE PREMIER

L'UNION TELEGRAPHIQUE INTERNATIONALE

§ 1. — LES ORIGINES DE L'UNION TÉLÉGRAPHIQUE INTERNATIONALE

Samuel Finley Breese Morse, qu'il convient de citer en tête de notre étude sur l'histoire de l'Union — pour l'instant il s'agit de préhistoire —, eut l'idée du télégraphe le 19 octobre 1832 exactement. En 1835, il exposa un modèle de son appareil à l'Université de New-York et prit son brevet en 1837. Le 6 janvier 1838, il réussit, à l'aide d'un courant électrique, à faire passer par un fil de 5 kilomètres de longueur les signes de l'alphabet qu'il avait inventé et qui porte son nom. Le 24 mai 1844, la première liaison publique avec l'appareil Morse était inaugurée entre Washington et Baltimore.

(1) Bien que la désignation « Union radiotélégraphique » n'ait jamais été admise officiellement, nous l'utiliserons quand même pour plus de commodité et à cause de son parallélisme avec celle d' « Union télégraphique ».

En Europe, le télégraphe électrique fut mis à la disposition du public en général vers 1848. Au début, les lignes ne franchissaient pas les limites des pays. Dans les localités-frontières, les dépêches étaient remises de la main à la main pour être expédiées plus loin. La faveur que rencontra cet utile et merveilleux moyen de communication fut telle que les Etats sentirent bientôt la nécessité de régler, par des accords entre gouvernements, l'utilisation de types déterminés de conducteurs et d'appareils, l'application de prescriptions d'exploitation uniformes, la perception des taxes et leur décompte réciproque.

*
**

Les gouvernements durent surmonter des difficultés dont on ne ferait qu'une bouchée de nos jours. C'est ainsi, pour ne citer qu'un exemple, que la Prusse, projetant en 1848 de relier sa capitale avec les localités bordant la frontière du royaume, dut conclure quinze conventions — pas une de moins — avec les Etats allemands en vue d'obtenir les droits de passage nécessaires à la construction de ses lignes. Toutes ces conventions ne déployaient leurs effets qu'à l'intérieur de la seule Allemagne et ce n'est que la convention conclue le 3 octobre 1849 entre la Prusse et l'Autriche, peu de temps avant la restauration de l'Allemagne germanique, qui, la première revêtit un caractère en quelque sorte international. Des conventions analogues furent passées ensuite entre la Prusse et la Saxe le 17 octobre 1849 et entre l'Autriche et la Bavière le 21 janvier 1850. De cet embryon de télégraphie internationale naquit, le 25 janvier 1850, à Dresde, l'*Union télégraphique austro-allemande* à laquelle adhérèrent la Prusse, l'Autriche, la Bavière et la Saxe ; le Wurtemberg s'y adjoignit le 1^{er} avril 1851 en signant un accord avec la Bavière ; puis suivirent les Pays-Bas et le Hanovre qui conclurent, le 1^{er} juillet 1852, des conventions séparées avec la Prusse. Le Grand-Duché de Bade entra dans l'Union par convention conclue avec le Wurtemberg les 22/25 février 1854 et le Mecklembourg-Schwerin par entente intervenue le 1^{er} avril 1854 avec la Prusse. Certains Etats contractants de l'Union télégraphique austro-allemande conclurent des conventions avec l'étranger ; ainsi la Prusse avec la Belgique le 16 mai 1850 ; le 4 octobre 1852 fut signée à Paris, entre la Belgique, la France et la Prusse, une convention fondamentale qui fut élargie le 22 septembre 1854, puis remplacée le 29 juin 1855 par la Convention de Berlin. En cette même année 1854, la Prusse et la Russie signèrent une convention séparée, tandis que l'Autriche avait réglementé, le 26 avril 1852, la correspondance télégraphique avec la Suisse et, à Turin, avec la Sardaigne le 28 septembre 1853, puis le 3 octobre 1856.

*
**

Parallèlement à ce développement des relations entre les Etats de l'Europe centrale et orientale, des tendances analogues se manifestèrent à l'ouest du continent. La France et la Belgique avaient convenu, en 1851, d'un arrangement au sujet des relations télégraphiques entre les deux pays ; une convention identique fut signée le 23 décembre 1852 à Berne entre la Suisse et la France. D'autres accords suivirent, ainsi entre la France et la

Belgique le 10 mai 1853, entre la Sardaigne et la Suisse à Berne le 25 juin 1853, entre le Grand-Duché de Bade, la France et la Suisse le 8 août 1853 et entre la Suisse et l'Espagne le 24 novembre 1854. Toutes ces conventions s'inspiraient des accords de Paris du 4 octobre 1852, conclus entre la Belgique, la France et la Prusse. Le 29 décembre 1855, la France, la Belgique, la Sardaigne, la Suisse et l'Espagne fondèrent à Paris l'*Union télégraphique de l'Europe occidentale* à laquelle la Hollande et le Portugal adhèrent en 1856. Cette même année, des conventions furent conclues entre la France et la Suède et la Norvège.

*
**

Nous avons donné la liste aussi complète que possible de ces accords afin de faire mieux ressortir l'intérêt considérable que devait présenter pour tout le monde la constitution d'une seule grande Union télégraphique, internationale au sens le plus large de ce mot. Poursuivons rapidement les diverses étapes qui conduiront à cette utile centralisation qui finira par s'imposer.

*
**

Ainsi qu'il ressort des diverses conventions, les deux unions, austro-allemande et de l'Europe occidentale, avaient des relations si fréquentes que leur fusion complète fut tenue pour indiquée par la conférence de l'Union occidentale à Turin en mai 1857. Agissant au nom de l'Union occidentale, le Conseil fédéral suisse invita, par lettre du 17 août 1857, l'Union austro-allemande réunie à Stuttgart à se faire représenter à la conférence projetée à Berne pour l'automne 1858, afin d'examiner ensemble la question de la fondation d'une union englobant tous les Etats du continent. La conférence de Stuttgart déclina cette invitation, mais pria le Conseil fédéral suisse de préparer, en adoptant les dispositions choisies par elle, une convention commune à tous les Etats d'Europe. Sur ces entrefaites, la Prusse, la Belgique et la France conclurent à Bruxelles, le 30 juin 1858, une convention (avec instruction de service y annexée) dont les dispositions essentielles furent insérées dans la convention conclue à Berne le 1^{er} septembre 1858 par les Etats de l'Union occidentale. Puisque la Prusse était partie à la convention de Bruxelles reprise presque entièrement dans la convention de Berne, rien ne s'opposait plus dès lors à l'accession à cette dernière des Etats de l'Union austro-allemande. Une uniformité presque complète avait été réalisée dans la réglementation du service télégraphique international.

*
**

Une entente formelle advint enfin lorsque, par suite d'accord avec la Suisse, l'Autriche, le Grand-Duché de Bade et le Wurtemberg déclarèrent l'adhésion, pour le 1^{er} mai 1859, de l'Union austro-allemande à la convention de Berne. L'Union austro-allemande n'en continua pas moins sa propre activité sur la base de l'accord de Bruxelles. Elle étendit ses relations en 1859 avec les Etats de l'Eglise, le Duché de Modène, la Norvège, Parme, la Suède et la Toscane, avec l'International and Electric Telegraph

Company, la Submarine Telegraph Company et la Compagnie des lignes télégraphiques des îles de la Méditerranée, puis en 1860 avec la Turquie y compris les principautés danubiennes. A la suite de la fondation de la Confédération germanique consécutive à la bataille de Sadowa en 1866, l'Union austro-allemande vit cependant son importance diminuer progressivement. Elle fut dissoute le 1^{er} juillet 1872 après la constitution de l'Empire allemand.

§ 2. — LA FONDATION DE L'UNION TÉLÉGRAPHIQUE INTERNATIONALE ET LES CONFÉRENCES D'UNION JUSQU'EN 1932

Revenant quelque peu en arrière, nous constatons en 1864 l'existence de deux conventions internationales, celles conclues à Bruxelles et à Berne en 1858. Les progrès de la science, l'extension des lignes et la multiplicité des relations télégraphiques faisaient de plus en plus reconnaître que les dispositions de ces deux conventions n'étaient plus du tout en harmonie avec les besoins et les conditions de l'époque. Aussi, désirant mettre à profit les leçons de l'expérience et appréciant les avantages de l'uniformité télégraphique complète pour les relations internationales, la France crut devoir proposer non seulement aux Etats signataires des conventions précédentes mais à toutes les puissances de l'Europe de se réunir en conférence pour négocier un traité général. La Grande-Bretagne n'y fut pas conviée parce que le service des télégraphes était alors livré dans ce pays à des compagnies privées.

La Conférence se réunit à Paris le 1^{er} mars 1865 et siégea jusqu'au 17 mai 1865, jour de la signature de la première convention télégraphique internationale qui donnait le jour à l'*Union télégraphique internationale*. Ce mémorable document porte auprès de la signature de l'Empereur des Français, celle du ministre de Suisse, suivie de celles des représentants de l'Autriche, du Grand-Duché de Bade, de la Bavière, de la Belgique, du Danemark, de l'Espagne, de la France, de la Grèce, du Hanovre, de l'Italie, des Pays-Bas, de la Norvège, du Portugal, de la Prusse, de la Russie, de la Saxe, de la Suède, de la Turquie et du Wurtemberg. Ces vingt Etats sont les fondateurs de l'Union.

*
**

Bien qu'élaborée sur une base éminemment fédérative, la première Convention télégraphique internationale portait déjà l'empreinte de l'idée collective qui, au cours des années, devait se muer en une volonté d'action commune. Cette intention n'était aussi nettement exprimée dans aucun autre statut d'organisation internationale de cette envergure.

Au nouveau traité qui, grâce à la très méritoire initiative du Gouvernement français, groupait en un seul faisceau la presque totalité des Etats de l'Europe, furent incorporées les dispositions concordantes des deux unions télégraphiques précédentes.

La Conférence de Paris estima nécessaire que les dispositions de la convention fussent examinées et complétées dans des réunions périodiques.

ces réunions étant au demeurant propices à la propagation de l'idée de la paix parmi les peuples.

En comprenant la réunion constitutive de Paris en 1865, l'Union télégraphique internationale s'est réunie douze fois avant les grandes assises de Madrid en 1932. Citons ces conférences dans l'ordre chronologique en relevant pour l'une ou l'autre certains traits qui les caractérisent :

A. — *Conférences diplomatiques.*

1. *Conférence de Paris*, 1865.

2. *Conférence de Vienne* (1868). — Cette réunion décida la création du Bureau international des administrations télégraphiques.

3. *Conférence de Rome* (1872).

4. *Conférence de Saint-Pétersbourg* (1875). — La Convention d'Union fut entièrement refondue afin de ne plus renfermer que des dispositions de principe immuables. Elle fut reconnue dès lors comme document diplomatique. A cette conférence, la dernière dont les participants aient eu qualité de délégués plénipotentiaires, on inséra dans un règlement annexé à la convention toutes les dispositions considérées comme variables. Seul ce règlement devait à l'avenir faire l'objet de modifications dans des conférences qui ne seraient plus, comme les précédentes, des conférences diplomatiques, mais des conférences administratives.

B. — *Conférences administratives.*

5. *Conférence de Londres* (1879).

6. *Conférence de Berlin* (1885).

7. *Conférence de Paris* (1890).

8. *Conférence de Budapest* (1896).

9. *Conférence de Londres* (1903).

10. *Conférence de Lisbonne* (1908). — Cette réunion modifia, comme on le verra plus loin, la dénomination de l'Office central.

La Conférence de Lisbonne avait décidé que la prochaine réunion aurait lieu à Paris en 1915, mais les événements qui bouleversèrent le monde depuis 1914 la reportèrent à dix ans plus tard. Les accords conclus entre les parties contractantes sombrèrent pour la plupart, les communications furent interrompues et les dispositions de toute nature abolies ou modifiées.

La Convention télégraphique internationale de Saint-Pétersbourg de 1875 et les règlements et tarifs arrêtés à Lisbonne en 1908 furent remis en vigueur par l'application de l'article 283 du traité de paix de Versailles du 28 juin 1919.

Les conversations engagées entre les différentes puissances, en vue d'une reprise des relations télégraphiques directes, durèrent jusque tard dans l'année 1924 et se révélèrent à maintes reprises fort difficiles. La première impulsion pour le rétablissement normal du trafic international fut donnée par la Conférence européenne des chemins de fer, postes et télégraphes, siégeant à Paris en juillet 1920 et à laquelle vingt et un Etats étaient représentés. Une conférence télégraphique de l'Europe centrale, réunie à Prague en février 1921, et une conférence de l'Europe orientale, tenue à Riga en septembre 1921, s'occupèrent des problèmes d'ordre poli-

tique relevant essentiellement des relations télégraphiques, plus spécialement de l'établissement des communications entre les anciennes et les nouvelles puissances.

11. *Conférence de Paris* (1925). — La réunion fut inspirée par la volonté de collaborer à la consolidation de la paix, à la compréhension mutuelle et à la réconciliation des peuples. Elle institua deux comités consultatifs internationaux : le C. C. I. télégraphique et le C. C. I. téléphonique. La Conférence exprima le vœu que les Etats membres considèrent, après la Conférence radiotélégraphique qui devait avoir lieu à Washington en 1927, les meilleurs moyens de modifier la Convention de Saint-Petersbourg et d'y introduire les dispositions qui font l'objet de la Convention radiotélégraphique par un congrès ayant les pouvoirs nécessaires. En attendant, la Conférence de Paris décida que les prescriptions applicables aux communications par fil seraient étendues aux communications sans fil. C'était là une première mesure très importante d'uniformisation.

12. *Conférence de Bruxelles* (1928). — Cette assemblée décida de tenir la prochaine réunion de l'Union télégraphique à Madrid en même temps que celle de l'Union radiotélégraphique.

CHAPITRE II

L'UNION RADIOTELEGRAPHIQUE INTERNATIONALE

§ 1^{er}. — LES ORIGINES DE L'UNION RADIOTÉLÉGRAPHIQUE

Si le nom de Morse est cité en tête de l'histoire de la télégraphie, ceux d'Heinrich Hertz et de Marconi sont dignes d'être relevés ici. Le premier découvrait en 1887 les oscillations électromagnétiques et en étudiait les propriétés. Branly, Braun, Fleming, de Forest, Lodge, Popoff, Poulsen, Slaby et d'autres savants encore étendirent le champ d'application de ces premières expériences, mais c'est à Marconi que l'humanité doit le mérite d'avoir couronné tous ces travaux en utilisant, en 1897 déjà, les ondes électromagnétiques pour la transmission de signaux. On admet, en général, que la radiotélégraphie a été officiellement consacrée le 28 mars 1899 par la transmission de la première dépêche radiotélégraphique à travers la Manche.

Les oscillations électromagnétiques irradiant de l'antenne dans toutes les directions, on eut très tôt l'idée d'utiliser ce moyen de communication libéré de tout conducteur matériel partout où les communications télégraphiques n'étaient pas possibles, tout d'abord entre la terre ferme et les navires en mer. Ces derniers étant, souvent durant des semaines entières, privés de toute relation avec le continent, on entrevit le rôle de premier plan que pouvait jouer ce nouveau moyen de communication pour la sécurité de la vie humaine et des biens en cas de sinistres. Des compagnies d'exploitation furent fondées.

Une réglementation internationale se révéla bientôt indispensable pour permettre à la nouvelle invention d'être exploitée au mieux de l'intérêt général. C'est pourquoi le Gouvernement allemand s'adressa en 1903 aux

Etats maritimes d'Europe les plus importants ainsi qu'aux Etats-Unis d'Amérique et leur demanda de discuter les questions les plus urgentes dans une conférence préparatoire, afin de poser les bases d'une réglementation internationale.

La Conférence préliminaire de Berlin (1903).

Les représentants des Etats suivants se rencontrèrent à Berlin du 4 août au 13 août 1903 : Allemagne, Autriche, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, France, Grande-Bretagne, Hongrie, Italie et Russie.

La Conférence fut en butte à de très grandes difficultés du fait que certains intérêts particuliers très puissants s'opposaient à admettre le principe de l'intercommunication obligatoire, en d'autres termes l'usage libre de n'importe quel système d'appareil radiotélégraphique sur les navires. Pour tout dire, la Grande-Bretagne et l'Italie s'étaient engagées, l'une envers la Compagnie Marconi, l'autre avec M. Marconi, à n'utiliser sur leurs navires que des installations Marconi et à ne point les laisser correspondre avec des navires munis de l'un ou l'autre des systèmes qui avaient vu le jour entre temps. D'où monopole de fait au profit d'un seul système, monopole s'étendant indirectement aux navires de tous pays, lesquels devaient adopter ce système s'ils voulaient éviter le boycottage dont ils étaient l'objet. Voilà pourquoi les deux pays cités n'adhérèrent qu'avec réserve au principe de la liberté des systèmes, principe admis par les sept autres Etats qui avaient gardé intact le pouvoir de réglementer le nouveau service au mieux de l'intérêt international. L'accord intervenu sur les bases d'une conférence future ne portait que sur les communications entre le navire et la côte ou vice versa, et non pas sur celles des navires entre eux ni des stations côtières entre elles.

§ 2. — LA FONDATION DE L'UNION RADIOTÉLÉGRAPHIQUE
ET LES CONFÉRENCES D'UNION JUSQU'EN 1932

1. *Conférence diplomatique de Berlin (1906).*

Désireux de donner la plus grande importance à la réunion de la première Conférence radiotélégraphique internationale, le Gouvernement allemand étendit son invitation à tous les Etats maritimes du globe. Vingt-sept y répondirent en envoyant des délégués plénipotentiaires à Berlin. La réunion dura du 3 octobre au 3 novembre 1906.

Le ministère des postes du Reich avait élaboré un projet de convention et de règlement de la radiotélégraphie.

Le principe de l'intercommunication obligatoire, nœud des délibérations, fut enfin admis par tous les Etats sans exception, mais après les débats longs et délicats sur lesquels plana même quelquefois le souffle de l'échec. Ce résultat, d'une immense portée, n'eût pu être acquis si l'on n'avait pas admis, sur la proposition de la Grande-Bretagne, l'insertion au protocole final d'une réserve qui n'affaiblissait pas en soi la déclaration de principe, puisque la faculté reconnue à tous les Etats d'exempter, suivant

les circonstances, certaines stations de l'obligation d'intercommuniquer était subordonnée à l'engagement que prirent ces mêmes Etats d'ouvrir, dès l'application de cette mesure, une ou plusieurs stations soumises, celles-ci, à l'obligation d'intercommuniquer, afin d'assurer le service de la correspondance publique dans les régions desservies par les stations exemptées. Dix-huit pays déclarèrent au protocole final ne pas vouloir faire usage de cette faculté.

Bien que l'obligation d'intercommuniquer entre stations de bord et, d'autre part, entre stations côtières n'eût pas été prévue au programme des travaux de la Conférence, la délégation américaine en proposa l'adoption. Elle n'insista pas au sujet des stations côtières ; la question n'était pas mûre. En revanche, sa proposition relative aux stations de bord fut très bien accueillie car on était encore sous le coup de la fâcheuse impression qu'avait produite dans le monde entier le refus de répondre opposé par un paquebot à un bateau qui, chargé de repérer sur l'Atlantique une épave dangereuse pour la navigation, demandait au transatlantique s'il n'avait pas rencontré cette épave sur sa route. Le bateau était muni d'un autre système radiotélégraphique que celui du paquebot ! La proposition américaine était de la plus grande importance pour la sécurité de la navigation. L'unanimité n'ayant toutefois pu être acquise pour l'adoption de ce principe, ce dernier fit l'objet d'un article additionnel que signèrent vingt et un Etats y autorisés. De la sorte, le programme primitif au sujet de l'intercommunication fut dépassé et la Conférence enregistra par là même un de ses plus heureux résultats, dicté par de nobles considérations humanitaires.

La Conférence, sous réserve du consentement du Gouvernement suisse et de l'approbation de l'Union télégraphique, chargea le Bureau international des administrations télégraphiques à Berne de fonctionner comme organe central de la nouvelle Union.

La signature de la Convention, du Protocole final et du Règlement de service fut accomplie le 3 novembre 1906 par les plénipotentiaires des vingt-sept Etats maritimes suivants : Allemagne, Etats-Unis d'Amérique, Argentine, Autriche, Hongrie, Belgique, Brésil, Bulgarie, Chili, Danemark, Espagne, France, Grande-Bretagne, Grèce, Italie, Japon, Mexique, Monaco, Norvège, Pays-Bas, Perse, Portugal, Roumanie, Russie, Suède, Turquie et Uruguay. L'engagement additionnel admettant l'intercommunication obligatoire entre les navires en mer fut signé le même jour par dix-huit pays. La mise en vigueur de ces actes fut fixée au 1^{er} juillet 1908. Ils constituent la première charte internationale de la T. S. F., réduite alors à ses applications d'ordre maritime.

L'Union radiotélégraphique était née et prenait rang dans l'histoire du développement des échanges internationaux à côté de l'Union télégraphique fondée à Paris en 1865 et de l'Union postale fondée à Berne en 1874.

2. Conférence diplomatique de Londres (1912).

Cette Conférence n'était plus, comme l'avait été la précédente, en face de l'incertitude au sujet du développement de la radiotélégraphie. Les Etats avaient insensiblement surmonté toutes les difficultés qui, sans les réunions de Berlin, auraient compromis les bienfaits que pouvait retirer

l'humanité du nouveau procédé de communication. Ce dernier avait eu largement le temps de prouver son extrême utilité et de mériter l'attention soutenue de l'opinion publique internationale. Emue en particulier par plusieurs catastrophes maritimes, cette opinion publique n'aurait point admis que des mesures d'ordre général reconnues indispensables pussent encore être différées ou soumises à des réserves.

Les représentants des 54 Etats réunis à Londres proclamèrent à l'unanimité l'obligation absolue de l'intercommunication non seulement entre terre et bord mais aussi entre les stations de bord. La Conférence n'estima pas pouvoir traiter à fond la question des communications entre stations fixes. On reconnut toutefois le droit pour chaque Etat d'établir en toute liberté de telles communications à condition de ne pas troubler le service d'autres stations de l'espèce et d'accepter par priorité absolue les appels de détresse, d'y répondre et y donner la suite nécessaire. C'était en somme l'entrée officielle mais timide de la radiotélégraphie dans les services publics non maritimes.

La prochaine Conférence radiotélégraphique internationale, qui aurait dû se réunir à Washington en 1917, fut renvoyée en raison de la guerre mondiale et n'eut lieu qu'en 1927. Auparavant, quelques faits importants se produisirent qu'il convient de relever en passant.

*
**

Peu après l'armistice, le 3 mai 1919, lors d'une conférence tenue à Paris en la maison du président Wilson, en présence de MM. Wilson, Clémenceau, Lloyd George, Lansing, Pichon, Balfour, baron Makino, etc., les principales puissances alliées et associées envisagèrent l'opportunité de fondre en une seule les deux Unions télégraphique et radiotélégraphique, et de préparer l'élaboration d'une Convention nouvelle et d'un règlement unique, applicables à tous les modes de correspondance électrique.

Dans ce dessein, les délégués des gouvernements français, anglais, italien, américain et japonais se réunirent à *Washington du 8 au 15 novembre* 1920. Ils établirent deux projets de convention et de règlement, visant l'ensemble de la télégraphie — par fil, par câble et sans fil — à soumettre à une prochaine Conférence des délégués des pays adhérents aux deux Unions. L'accord de cette Conférence réduite s'était généralement assez rapidement établi.

Les points de vue divergèrent au sujet du lieu de réunion de la Conférence mondiale : Paris ou Washington. Mais la plus grande difficulté suscitée dans la mise en exécution des mesures proposées par la Conférence surgit au moment du vote des textes proposés lorsque la délégation américaine fit prendre acte d'une réserve d'une telle importance qu'elle remettait en question toute la portée des vœux émis par la réunion.

En bref, la délégation américaine rappelait que les Etats-Unis d'Amérique avaient signé la Convention radiotélégraphique mais non la Convention télégraphique, car les télégraphes, câbles et stations radiotélégraphiques sont détenus et exploités en grande partie par des entreprises privées dans ce pays. De ce fait, les Etats-Unis d'Amérique ne pourraient probablement donner leur adhésion à la Convention envisagée d'Union univer-

selle des communications électriques, si toutefois ils la donnaient, que sous la forme d'un protocole séparé dont les compagnies n'avaient pas encore eu le loisir d'examiner le projet. Le Canada fit une déclaration quelque peu similaire à celle des Etats-Unis d'Amérique.

La Conférence mondiale envisagée n'eut pas lieu, à cause principalement des difficultés créées du fait de la situation très spéciale des entreprises privées américaines de communication et aussi de la mésentente prolongée en ce qui concerne le partage des anciens câbles sous-marins allemands.

Sur ces entrefaites, l'Administration française avait réuni à Paris en 1925 la Conférence télégraphique dont nous avons déjà parlé et enfin, le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique convoquait à Washington une conférence qui devait limiter ses travaux aux communications radioélectriques, contrairement au vœu de la réunion de 1920. Cette conférence faisait simplement suite à celle de Londres en 1912.

3. *Conférence diplomatique de Washington (1927).*

La Conférence radiotélégraphique de Washington avait pour tâche, d'une part, de réglementer toutes les questions radioélectriques n'intéressant pas directement la navigation maritime et, d'autre part, de remanier le Règlement de Londres, devenu insuffisant en ce qui touchait le service maritime. Pendant les quinze années qui ont séparé les deux réunions, les développements et les applications de la science radioélectrique avaient abouti à la mise au point industrielle de la radiotélégraphie par ondes entretenues, de la radiotéléphonie, de la radiogoniométrie, du guidage des postes mobiles (navires et aéronefs), de la radiodiffusion. Les amateurs-émetteurs et les expérimentateurs de tous les pays avaient mis en relief les merveilleuses possibilités des ondes courtes dans les relations transcontinentales. Par l'importance de leurs travaux, ils avaient acquis un droit de cité dans l'éther, droit qui devait leur être reconnu par la réglementation internationale.

Les délégués de 79 pays, qui furent en présence d'environ 2.000 propositions, établirent, outre une Convention et un Règlement général signés par tous, un Règlement additionnel qui comportait surtout des questions de procédure et de taxation pour le service des stations mobiles et ne fut pas signé par les Etats-Unis d'Amérique et le Canada à cause de la mainmise, dans ces deux pays, des entreprises privées sur l'exploitation des communications électriques.

Les principes généraux relatifs aux radiocommunications internationales furent insérés dans la Convention qui différait assez peu de la Convention de Londres. On reconnut à tous les pays contractants le droit d'organiser entre eux des communications radioélectriques, à la seule condition de se conformer aux prescriptions de la Convention et des Règlements y annexés. Cette disposition proclamant en fait le principe de la liberté de l'éther peut paraître maintenant superflue. Mais il ne faut pas oublier que peu d'années auparavant certains gouvernements s'opposaient diplomatiquement à l'établissement de communications radioélectriques projetées par d'autres gouvernements, sous prétexte que les ondes pas-

saient par-dessus leur territoire. La Conférence créa un comité consultatif international technique des communications radioélectriques analogue à ceux qui existaient depuis 1925 en matières télégraphique et téléphonique.

Dans les dispositions du Règlement général, relevons la plus importante, à savoir le tableau de répartition des fréquences, pivot de la réglementation nouvelle, première tentative internationale d'attribuer aux divers services des bandes d'ondes définies et déterminées, de manière à réduire, autant que possible, les risques d'interférence. Les ondes furent elles-mêmes réparties en différentes classes et types, d'après leur nature spécifique ou leur degré d'amortissement.

La radiodiffusion fit son entrée dans la réglementation internationale. Comme elle ne comporte pas, à proprement parler, de communications internationales, elle ne devait pas être réglée dans le détail par la Conférence qui, dès lors, ne se préoccupa que de lui réserver des gammes d'ondes, afin d'éviter des perturbations entre ce nouveau service et les autres radiocommunications.

La Conférence exprima le désir que les gouvernements contractants examinent la possibilité de fusionner la Convention radiotélégraphique internationale avec la Convention télégraphique internationale, et, le cas échéant, prennent les mesures utiles à cet effet.

Il fut décidé que la prochaine Conférence radiotélégraphique se tiendrait à Madrid en 1932.

CHAPITRE III

CREATION DE L'UNION INTERNATIONALE DES TELECOMMUNICATIONS

LES CONFERENCES DIPLOMATIQUES TELEGRAPHIQUE ET RADIOTELEGRAPHIQUE DE MADRID (1932)

Pour la première fois depuis 1875, (à Saint-Petersbourg), la Conférence télégraphique était convoquée en réunion diplomatique parce qu'elle avait pour tâche de reviser la Convention télégraphique demeurée inchangée pendant 57 ans et qui, étant un acte diplomatique, ne pouvait être modifiée que par des représentants de gouvernements. Cette 13^e Conférence télégraphique se tint à Madrid en même temps que la 4^e Conférence radiotélégraphique, diplomatique comme l'avaient été les trois précédentes.

Nous limitons l'examen des travaux de ces réunions à leur résultat principal qui consiste dans la création de l'Union internationale des télécommunications.

On sait que les deux Conférences, juridiquement distinctes l'une de l'autre, s'étaient réunies en même temps pour tenter la fusion des deux Conventions télégraphique et radiotélégraphique. Elles s'occupèrent de ce problème extrêmement délicat, d'une part, par l'intermédiaire de la commission mixte de la Convention et, d'autre part, dans plusieurs assemblées plénières mixtes. Les Conférences étaient convenues d'adopter comme base de discussion un projet de Convention unique établi par M. Boulanger, vice-directeur du Bureau de Berne.

Le 9 décembre 1932, après trois mois et huit jours de délibérations très laborieuses, on pouvait enregistrer un événement considérable dans l'histoire des télécommunications, à savoir la signature, par les délégués plénipotentiaires des 72 gouvernements représentés à Madrid, de la Convention internationale des télécommunications qui consacrait la formation de l'*Union internationale des télécommunications*.

Trois documents annexés à la Convention virent le jour au même moment, ce sont :

1. Le Règlement télégraphique et un Protocole final audit Règlement ;
2. Le Règlement téléphonique ;
3. Le Règlement général des radiocommunications et un Protocole final audit Règlement.

En outre, un Règlement additionnel des radiocommunications annexé à la Convention renferme toutes les dispositions auxquelles ne purent notamment souscrire les Etats-Unis d'Amérique et le Canada par suite de leur situation vis-à-vis des entreprises privées.

Enfin, un Protocole additionnel aux actes de la Conférence radiotélégraphique fut signé par les Gouvernements de la région européenne en vue d'une Conférence des Gouvernements de la région européenne qui serait chargée de conclure un arrangement concernant l'attribution des fréquences aux diverses stations de radiodiffusion de cette région.

Les pays adhérents aux anciennes Conventions abrogées devenaient, par leur signature de la Convention unique, membres de la nouvelle Union et signaient le ou les Règlements auxquels ils pouvaient s'engager.

Il est impossible de résumer plus brièvement les travaux et les résultats des Conférences de Madrid, comme il est impossible, dans un espace limité, d'exposer en détails des questions pourtant fort intéressantes, telles que celles relatives au droit de vote, à l'arbitrage, à la ratification ou à la dénonciation de la Convention par les Gouvernements, à la participation aux Conférences des exploitations privées et d'organismes internationaux, aux arrangements particuliers, aux relations de l'Union avec la Société des Nations, aux importantes réserves dans l'attribution des fréquences que l'Union des Républiques Soviétiques Socialistes a pu faire reconnaître à Madrid (conséquence du fait que l'U. R. S. S. n'avait pas été invitée à Washington en 1927), etc.

Mentionnons encore que les trois comités consultatifs internationaux constitués à Paris en 1925 pour la télégraphie et la téléphonie et à Washington en 1927 pour les radiocommunications (C. C. I. T., C. C. I. F. et C. C. I. R.) virent leurs attributions et leur rôle fixés, respectivement, dans chacun des trois principaux Règlements internationaux.

Les Conférences de Madrid ont décidé que les prochaines réunions seraient de caractère administratif, c'est-à-dire auraient pouvoir de modifier uniquement les Règlements annexés à la Convention. Elles auront lieu simultanément au Caire et seront ouvertes le 1^{er} février 1938.

TITRE II

Le Bureau de l'Union Internationale des Télécommunications

CHAPITRE PREMIER

CREATION ET DEVELOPPEMENT DU BUREAU

C'est en 1868, à la Conférence télégraphique de Vienne, que fut créé un organe international permanent de l'Union qui avait vu le jour à Paris trois ans plus tôt.

Auparavant, aux termes de l'article 55 de la Convention de Paris, l'Administration de l'Etat où avait eu lieu la dernière réunion était chargée de centraliser les demandes de modifications au Règlement et de consulter les membres de l'Union sur ces sujets. L'article 57 stipulait que les parties contractantes devaient se communiquer réciproquement les documents relatifs à leur administration intérieure, les renseignements sur les perfectionnements introduits, la notification immédiate et par voie télégraphique des interruptions de lignes, la notification, par voie postale, des ouvertures et des suppressions de lignes et de bureaux télégraphiques, une statistique annuelle du mouvement des dépêches et enfin leurs circulaires et instructions de service au fur et à mesure de leur publication.

Le délégué de la Suisse à Vienne signala le défaut d'unité et l'hésitation, de la part des Administrations, dans l'application des dispositions réglementaires et fit remarquer que les difficultés rencontrées dans l'application de la Convention de Paris résultaient de malentendus et de renseignements insuffisants. Il fit ressortir les avantages à retirer de la création d'une agence centrale à laquelle chaque Administration s'adresserait lorsqu'elle aurait à faire une communication à tous les offices. Après un échange de vues quant à l'organisation de cette agence, le Congrès décida qu'elle serait installée auprès de l'Administration suisse. Ce centre de coordination fut dénommé « *Bureau international des Administrations télégraphiques* ». Le rôle du Bureau consistait à prendre toutes les mesures propres à faciliter, dans l'intérêt commun, l'exécution et l'application de la Convention. Ses attributions étaient de centraliser les renseignements de toute nature relatifs à la télégraphie internationale, coordonner et publier le tarif, dresser une statistique générale, procéder aux études d'utilité commune dont il serait saisi, rédiger un journal télégraphique en langue française. Il devait en outre instruire les demandes de modifications au Règlement de service et après avoir obtenu l'assentiment unanime des Administrations, faire promulguer en temps utile les changements adoptés.

S'inspirant des vœux de la Conférence, le Conseil fédéral suisse décida que le Bureau serait placé sous la surveillance immédiate du département fédéral des postes auquel incombait l'administration supérieure des télégraphes suisses ⁽²⁾.

(2) Depuis le 1^{er} janvier 1915, la haute surveillance du Bureau et de la compétence du département politique fédéral.

Le 22 décembre 1868, le Bureau international des Administrations télégraphiques entra en fonction.

*
**

La Conférence de Rome, en 1872, chargea le Bureau de Berne de publier et réviser périodiquement la carte officielle des relations télégraphiques internationales dont s'occupait auparavant l'Administration française ; elle décida de plus que l'office central assurerait le secrétariat des conférences aux séances desquelles le directeur pourrait assister et prendre part aux discussions, sans voix délibérative.

La Conférence de Saint-Petersbourg, en 1875, stipula que le Bureau instruirait à l'avenir, outre les demandes de modifications au Règlement, celles relatives au tarif, et que les avis d'interruption ou de rétablissement des communications internationales seraient désormais transmis par télégraphe au Bureau qui les notifierait aux Administrations de l'Union.

La Conférence de Budapest en 1896 autorisa le traitement par le Bureau des questions d'interprétation que les offices lui présenteraient et établit les règles à observer aussi bien à ce sujet qu'en ce qui concerne les modifications à apporter au Règlement et au tarif.

La Conférence de Londres en 1903 chargea le Bureau d'établir et publier une nomenclature des bureaux ouverts au service international et des annexes périodiques à ce document.

*
**

La radiotélégraphie avait vu le jour sur ces entrefaites. La Conférence de Berlin de 1906 estima que la nouvelle Union ne pouvait — pas plus que l'Union télégraphique — se passer d'un organisme qui aidât les membres dispersés dans le monde entier à conserver leurs liens et qui fût, au premier chef, un centre de documentation. Devait-on créer un bureau spécial ? L'Allemagne crut devoir proposer de charger de ces fonctions un pays qui s'occupait pratiquement de la radiotélégraphie entre les navires et la côte puisque, dans son idée, l'organisme central devait être outillé pour faire des recherches et des expériences scientifiques. La France, relevant que la radiotélégraphie n'est qu'une extension de la télégraphie par fil, fit valoir l'intérêt qu'il y aurait à rattacher au Bureau de Berne le nouvel organe central à créer. Elle démontra que ce dernier ne devrait ni ne pourrait être un centre de recherches et d'expériences en raison de l'inconnue des dépenses et parce qu'aucun gouvernement ne consentirait à lui confier le soin d'expérimenter des dispositifs qui lui seraient propres. Au contraire, la réunion de cet organe au Bureau de Berne serait avantageuse à tous les points de vue, surtout en raison du modéré supplément de dépenses que cela comporterait par suite d'une coordination de travaux très semblables, et aussi à cause de la fusion des deux Unions qui interviendrait tôt ou tard.

Reconnaissant la valeur des raisons exposées par la délégation française, l'Allemagne retira sa proposition. Elle fut chargée, par la Conférence, de prier le Gouvernement suisse d'inviter, sous réserve du consentement de l'Union télégraphique, le Bureau international des Administrations

télégraphiques d'accepter immédiatement les attributions fixées ainsi à l'article 13 de la Convention radiotélégraphique : « Un bureau international est chargé de réunir, de coordonner et de publier les renseignements de toute nature relatifs à la radiotélégraphie, d'instruire les demandes de modification à la Convention et au Règlement, de faire promulguer les changements adoptés et, en général, de procéder à tous travaux administratifs dont il serait saisi dans l'intérêt de la radiotélégraphie internationale. Les frais de cette institution seront supportés par tous les pays contractants. »

Par décision du 8 décembre 1906, le Conseil fédéral suisse donnait son agrément à la proposition. Enfin, par circulaire du 1^{er} janvier 1907, le Bureau international demandait cette autorisation aux Administrations qui donnèrent, toutes, leur approbation. Le nouveau service commença à s'organiser dès le 1^{er} mai 1907.

*
**

Le nom de « Bureau international des Administrations télégraphiques » fut changé en celui de « *Bureau international de l'Union télégraphique* » par la Conférence télégraphique de Lisbonne en 1908.

Les Conférences qui suivirent, Londres 1912, Paris 1925, Bruxelles 1928 et Washington 1927 étendirent encore le rôle et les attributions du Bureau international.

Le Congrès de Madrid en 1932, qui réalisa la fusion des deux Unions, modifia une nouvelle fois le nom du Bureau qui s'appelle depuis le 1^{er} janvier 1934, date d'entrée en vigueur de la Convention de Madrid, « *Bureau de l'Union internationale des télécommunications* ». Le Bureau a conservé, comme par le passé, deux divisions distinctes, la division télégraphique comprenant les services télégraphique et téléphonique, et la division des radiocommunications. L'organisation générale du Bureau est fixée actuellement à l'article 17 de la Convention de Madrid et les attributions de chacune des divisions, respectivement dans le Règlement télégraphique, le Règlement téléphonique et le Règlement général des radiocommunications. Le personnel, sous l'autorité d'un directeur unique, comprend un vice-directeur et un secrétaire pour chacune des deux divisions et une vingtaine d'agents nommés par le Conseil fédéral suisse. Un personnel auxiliaire ou temporaire est en outre employé au Bureau.

Il est à noter que les agents du Bureau sont nommés par le Conseil fédéral suisse en vertu d'une délégation de pouvoirs de l'Union. Ils ne sont pas fonctionnaires de la Confédération et, par suite, pas soumis au droit administratif fédéral. Ils sont des agents d'une union internationale, régis par un statut promulgué par l'autorité de surveillance.

Depuis ses origines, le Bureau a eu à sa tête les huit directeurs dont les noms suivent : L. Curchod (1869-1870), Ch. Lendi (1872-1873), L. Curchod (1873-1889), A. Frey (1890), le Docteur h. c. Th. Rothen (1890-1897). Ces derniers avaient été auparavant directeurs des télégraphes suisses. Puis E. Frey, ancien président de la Confédération suisse (1897-1921), H.-L. Etienne, ingénieur (1921-1927), le Docteur J. Raeber, ancien président du Conseil des Etats (1928-1934), et, depuis le 1^{er} janvier 1935, le Docteur h. c. Fr. v. Ernst, avocat, ancien secrétaire du Conseil national suisse.

Les vice-directeurs actuellement en charge sont M. L. Boulanger, directeur honoraire de l'exploitation télégraphique française (division télégraphique) et M. Fr. Schwill, conseiller ministériel suisse (division des radiocommunications).

CHAPITRE II

TRAVAUX ET PUBLICATIONS DU BUREAU

Le rôle et les attributions du Bureau de l'Union ressortent abondamment de l'exposé qu'on vient de lire. Rappelons en résumé que l'office central sert de lien permanent entre les différentes administrations des Etats contractants, qu'il prête son concours à l'application uniforme des dispositions internationales en vigueur et enfin qu'il procède aux travaux et publications intéressant l'ensemble des services de télécommunication.

Depuis le mois de novembre 1869, le Bureau rédige un journal télégraphique, dénommé depuis le 1^{er} janvier 1934, « Journal des télécommunications », qui est un organe mensuel d'information des Administrations télégraphiques.

Sans énumérer par le détail les nombreuses autres publications qu'il édite sur la demande des Conférences, nous en donnons le bref aperçu suivant :

Les documents des Conférences télégraphiques et radiotélégraphiques, des réunions des trois comités consultatifs internationaux, de certaines conférences régionales ;

Les Conventions et Règlements relatifs aux télécommunications ;

Les tableaux de taxes et divers autres tableaux ;

Les cartes des voies télégraphiques, des voies par T. S. F., des câbles téléphoniques d'Europe, des circuits aménagés pour transmettre la musique, des stations côtières ouvertes à la correspondance publique ;

Les nomenclatures officielles des bureaux télégraphiques, des câbles formant le réseau sous-marin du globe, des circuits téléphoniques internationaux, des voies de communication entre points fixes (télégraphie), des stations radioélectriques (cinq tomes) ;

Les listes des voies de communication télégraphiques internationales, des indicatifs d'appel des stations fixes, terrestres et mobiles, des fréquences, des abréviations à employer dans les radiocommunications ;

Les statistiques générales de la télégraphie, de la téléphonie et des radiocommunications.

CHAPITRE III

ENTRETIEN DU BUREAU

Afin de permettre au Bureau de subvenir à son entretien, la Conférence de Vienne de 1868 lui avait alloué un crédit de 40.000 francs qui fut successivement augmenté par les Conférences ultérieures.

A l'heure actuelle, les frais communs pour chacune des deux divisions (télégraphique et des radiocommunications) peuvent s'élever au maximum à 200.000 francs-or.

Pour la répartition des frais du Bureau, les Gouvernements adhérents sont divisés en six classes et contribuent chacun dans la proportion d'un certain nombre d'unités, savoir :

1^{re} classe : 25 unités ; 2^e classe : 20 unités ; 3^e classe : 15 unités ; 4^e classe : 10 unités ; 5^e classe : 5 unités, et 6^e classe : 3 unités.

Chaque Etat décide lui-même dans quelle classe il désire être rangé, ce qui lui donne droit, notamment, à recevoir les documents imprimés par le Bureau dans la proportion du nombre d'unités contributives.

Les deux tableaux qui suivent montrent la répartition des frais qui a été effectuée pour l'exercice 1936.

Services télégraphique et téléphonique
(Frais à répartir : 187.093 francs-or)

| Classe | Nombre des administrations | Unités par classe | Total des unités | Montant de l'unité | Montant par classe francs suisses | Total de la contribution francs suisses |
|--------|----------------------------|-------------------|------------------|--------------------------|-----------------------------------|---|
| I | 12 | 25 | 300 | 229 francs suisses | 5.725 | 68.700 |
| II | 2 | 20 | 40 | | 4.580 | 9.160 |
| III | 10 | 15 | 150 | | 3.435 | 34.350 |
| IV | 12 | 10 | 120 | | 2.290 | 27.480 |
| V | 15 | 5 | 75 | | 1.145 | 17.175 |
| VI | 44 | 3 | 132 | | 687 | 30.228 |
| | 95 | | 817 | | | 187.093 |

Service des radiocommunications
(Frais à répartir : 189.420 francs-or)

| Classe | Nombre des administrations | Unités par classe | Total des unités | Montant de l'unité | Montant par classe francs suisses | Total de la contribution francs suisses |
|--------|----------------------------|-------------------|------------------|--------------------------|-----------------------------------|---|
| I | 14 | 25 | 350 | 205 francs suisses | 5.125 | 71.750 |
| II | 1 | 20 | 20 | | 4.100 | 4.100 |
| III | 14 | 15 | 210 | | 3.075 | 43.050 |
| IV | 12 | 10 | 120 | | 2.050 | 24.600 |
| V | 16 | 5 | 80 | | 1.025 | 16.400 |
| VI | 48 | 3 | 144 | | 615 | 29.520 |
| | 105 | | 924 | | | 189.420 |

C'est le Gouvernement suisse qui contrôle les finances, fait les avances nécessaires et vérifie le compte annuel du Bureau de l'Union. Les sommes avancées doivent être remboursées au plus tard à l'expiration du quatrième mois qui suit le mois durant lequel le compte a été envoyé. La Conférence de Madrid a décidé que passé ce délai, les sommes dues sont productives

d'intérêts, au profit du Gouvernement créancier, à raison de 6 % par an à compter du jour de l'expiration du délai susmentionné. Le Bureau fait, sur sa gestion, un rapport annuel qui est communiqué à tous les membres de l'Union.

CONCLUSION

Nous avons eu pour mobile, dans l'exposé qui précède, la relation presque exclusivement historique de la formation et du développement de deux grandes unions internationales qui ont fusionné et de l'office central de coordination.

Il n'était peut-être pas sans utilité de tracer cette filière. En effet, nous avons remarqué dans maintes études que des points de repère importants font défaut et que certains auteurs n'ont pas une idée très nette de la suite chronologique et logique des faits survenus.

Les éléments de cette revue à larges traits sont des questions de Droit international public et administratif qui peuvent prêter à un nombre considérable d'études juridiques particulières. Nous n'avons fait que de les esquisser au passage ou, du moins, de permettre de les déceler.

Relevons enfin ces quelques considérations juridiques d'ensemble.

L'Union internationale des télécommunications, pas plus que la Société des Nations, n'est un super-Etat, un Etat international qui serait constitué, au moment des Conférences, en corps législatif pour les matières qui lui sont propres. Ses décisions, comme celles de la Société des Nations, n'acquiescent force de loi pour les Etats membres que lorsque ces derniers ont procédé à leur ratification. Une heureuse particularité est cependant à relever à l'actif de l'Union des télécommunications. Elle consiste dans le fait qu'avant même leur approbation formelle par les Parlements respectifs, les décisions des Conférences d'Union sont suivies d'application dès la date d'entrée en vigueur de l'acte qui les renferme. Ainsi l'exige, tacito consensu, l'esprit de collaboration qui est le facteur essentiel de l'entente réalisée dans le domaine des télécommunications. Ainsi l'exige aussi en fait et impérieusement l'organisation coordonnée et simultanée des services internationaux de télécommunication. Les traités d'Union ne sont-ils d'ailleurs pas dénommés à très juste titre « traités-collaboration », par opposition aux « traités-contrats » ?

L'Union internationale des télécommunications est une institution du jus gentium, institution dont seuls des Etats peuvent être membres avec plénitude de droits. Or, comme seuls les Etats peuvent être des sujets du Droit des gens, cette personnalité juridique n'est pas reconnue à l'Union qu'on doit dès lors considérer comme un organe des sujets du Droit des gens.

De son côté, le Bureau de l'Union est sans conteste un organe du Droit international soumis, par délégation de pouvoirs, au Droit privé suisse dès l'instant où l'Union décidait et obtenait l'installation de l'Office central à Berne. Comme le Bureau est un organe de l'Union, cette dernière a aussi, selon l'avis de juristes éminents, la personnalité juridique du Droit

privé suisse. Le caractère du Bureau n'en est modifié en rien ; il reste une autorité internationale soumise à une règle internationale. L'Union, de même, n'en reste pas moins une association d'Etats, formée diplomatiquement et reposant sur une convention.

OFFICE CENTRAL DES TRANSPORTS INTERNATIONAUX PAR CHEMINS DE FER

Siège et Administration. — L'Office, fondé en 1893, a son siège à Berne ; il a pour directeur M. Reinhold Furrer, docteur en droit, pour sous-directeur M. Edouard Schmid. Son secrétariat comprend trois secrétaires, un secrétaire adjoint, cinq agents de chancellerie.

Membres : Les Etats participant aux Conventions internationales du 23 octobre 1924 concernant, d'une part, le transport des marchandises (C. I. M.) et, d'autre part, le transport des voyageurs et des bagages (C. I. V.) par chemins de fer, savoir :

L'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, le Danemark, la Ville libre de Dantzig, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Italie, la Lettonie, le Liechtenstein, la Lithuanie ⁽¹⁾, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la Roumanie, la Suède, la Suisse, la Tchécoslovaquie, la Turquie et la Yougoslavie.

Budget : Les dépenses sont réparties entre les Etats contractants proportionnellement à la longueur des lignes de chemins de fer ou des parcours desservis par les autres entreprises participant aux transports effectués dans les conditions fixées par la C. I. M. et la C. I. V.

Activité : L'Office reçoit les communications de chacun des Etats contractants et de chacun des chemins de fer intéressés et les notifie aux autres Etats et chemins de fer, recueille, coordonne et publie les renseignements de toute nature qui intéressent le service des transports internationaux ; prononce, à la demande des parties, des sentences dans les litiges qui pourraient s'élever entre les chemins de fer ; facilite, entre les chemins de fer, les relations financières nécessitées par le service des transports internationaux et le recouvrement des créances restées en souffrance ; instruit les demandes de modifications aux Conventions internationales du 23 octobre 1924 sur le transport des marchandises, des voyageurs et des bagages (y compris les Annexes). L'Office central est en outre chargé d'établir et de tenir à jour les listes des lignes de chemins de fer, de services automobiles ou de navigation soumises au régime de la C. I. M. et de la C. I. V.

(1) La Lithuanie n'a pas encore déposé les instruments de ratification.

Résumé historique : Désireux de mettre un terme aux difficultés inhérentes à l'insécurité du droit dans le domaine du trafic ferroviaire international, deux juristes suisses, de Seigneux à Genève et le Docteur Christ à Bâle, adressèrent au mois de juin 1874 une pétition à l'Assemblée fédérale suisse. Appuyés par les milieux commerciaux de la Suisse, les pétitionnaires demandaient qu'une entente intervint avec les pays voisins au sujet de quelques-uns des principes essentiels du trafic international. Le Conseil fédéral suisse communiqua cette pétition avec un mémoire aux Etats voisins, savoir l'Allemagne, l'Autriche-Hongrie, la France et l'Italie. Au mois de mai 1878, une première Conférence réunit à Berne les délégués des Etats précités, ainsi que ceux de la Belgique, du Luxembourg, des Pays-Bas, de la Russie et de la Suisse. De nouvelles Conférences eurent lieu en 1881 et en 1886, mais ce n'est que le 14 octobre 1890 que la Convention internationale sur le transport des marchandises par chemins de fer, dite « Convention de Berne », put être signée. Le Danemark, la Roumanie, la Suède, la Serbie, la Bulgarie, la Norvège, la Pologne et la Tchécoslovaquie y adhérèrent successivement. Cette Convention a été révisée notamment en 1923 et a fait place à la Convention internationale du 23 octobre 1934 concernant le transport des marchandises par chemins de fer (C. I. M.). En outre, la Conférence de révision de 1923 a établi une Convention internationale nouvelle, concernant le transport des voyageurs et des bagages (C. I. V.), également signée le 23 octobre 1924 et entrée en vigueur en même temps que la C. I. M., savoir le 1^{er} octobre 1928, dans tous les Etats de l'Europe continentale à l'exception de l'Albanie, de la Lithuanie et de la Russie. Conformément à l'article 60 de ces Conventions, une Conférence s'est réunie en octobre/novembre 1933 à Rome, en vue de procéder à la révision de ces Actes internationaux. Les nouvelles Conventions du 23 novembre 1933 qui sont issues des délibérations de cette Conférence n'étaient pas encore entrées en vigueur en date du 1^{er} janvier 1936, étant donné qu'elles n'ont pas encore été ratifiées par tous les Etats signataires.

Les Conventions internationales précitées sont des traités internationaux : leurs dispositions ont force de loi dans chacun des Etats contractants. Elles définissent l'ensemble des conditions auxquelles est subordonnée la conclusion d'un contrat de transport international de marchandises, de voyageurs et de bagages, déterminent les droits et les obligations des administrations de chemins de fer et de leurs usagers, établissent la communauté de transport entre les chemins de fer et délimitent la responsabilité de ceux-ci.

PUBLICATIONS OFFICIELLES : *Le Bulletin des transports internationaux par chemins de fer*, paraissant en français et en allemand, à Berne, une fois par mois. En outre l'Office central a publié et met en vente les documents relatifs aux révisions des deux Conventions, y compris l'Annexe I à la C. I. M. (prescriptions relatives aux objets admis au transport sous certaines conditions).

Bibliothèque : La Bibliothèque de l'Office central possède presque tous les ouvrages qui traitent du droit international des transports ferroviaires et un grand nombre de ceux qui concernent le droit de transport des dif-

férents Etats contractants. L'Office central reçoit également des ouvrages à titre d'hommage et en fait des comptes rendus dans son Bulletin. Il a institué un service d'échange avec d'autres périodiques. En outre, il a procédé dans les dernières années à un classement méthodique des arrêts de jurisprudence et des études qui ont trait au droit international des transports par chemins de fer.

Rapports avec d'autres organisations : Conformément à l'article 41 du Statut sur le régime international des voies ferrées, du 9 décembre 1923, l'Office central est considéré comme procédant du même esprit que les organes de la Société des Nations et comme prolongeant dans son domaine propre, en vue de l'exécution de ladite Convention du 9 décembre 1923, l'action des organes de la Société. Il échange en conséquence avec les services de la Société des Nations tous les renseignements utiles concernant l'exercice de leur mission de coopération internationale.

L'Office central a pris part, à titre consultatif, aux Conférences générales des Communications et du Transit organisées par la Société des Nations. Il est également convoqué, au même titre, aux séances de la Section des Communications et du Transit, lorsque celle-ci le juge à propos.

Le Directeur de l'Office central prend part, avec voix consultative, aux réunions du Comité international des transports, qui s'est donné pour tâche le développement des prescriptions tarifaires du droit international des transports.

Enfin la Chambre de Commerce internationale invite régulièrement l'Office central à participer à ses travaux lorsque ceux-ci s'appliquent à des questions inhérentes au régime du droit ferroviaire international.

L'UNION INTERNATIONALE DES VILLES ET POUVOIRS LOCAUX

Par Emile VINCK

*Vice-Président du Sénat de Belgique,
Directeur de l'Union des Villes belges,
Secrétaire et Directeur de l'Union Internationale des Villes
et Pouvoirs locaux*

L'Union Internationale des Villes et Pouvoirs locaux est heureuse de pouvoir s'associer aux hommages rendus à M. le Professeur Lambert.

Nous voyons surtout en lui le savant, qui, par les études comparées, s'efforce de réaliser non seulement la connaissance des expressions juridiques, mais la compréhension des conceptions générales dont ces expressions sont le reflet, la traduction.

Cette connaissance et cette compréhension doivent nécessairement contribuer à éliminer des malentendus et à rapprocher les élites d'abord et, ensuite, les masses internationales. Sans doute l'ignorance est-elle encore énorme et les puissances hostiles sont-elles encore redoutables. Cependant les fondations de la Maison nouvelle se bâtissent lentement.

C'est à cette édification que notre Union s'efforce de contribuer, en multipliant et organisant les rapprochements entre ceux qui, dans les centaines de mille pouvoirs locaux qui se divisent la surface de notre monde, poursuivent la même œuvre de bonne administration.

Dans ce domaine de la gestion des intérêts locaux, où la *concurrence* n'existe pas, avec la signification que ce terme possède dans la vie économique, il faut y substituer le stimulant de l'émulation.

Pas d'émulation sans documentation.

C'est ici précisément qu'interviennent les études comparées, les recherches tendant à découvrir et à comprendre les solutions juridiques, administratives, techniques, qui, dans les divers pays, dans les diverses communes, sont données à des problèmes de même nature, sinon identiques.

C'est ici que notre œuvre s'apparente à celle que M. le Professeur Lambert a entreprise et poursuivie avec opiniâtreté et succès.

Nous sommes fiers de pouvoir dire que cette œuvre a reçu son approbation et ses encouragements.

Nous nous rappelons avec fierté combien il s'est intéressé aux recherches que nous avons faites pour déterminer en quelle mesure et comment les établissements d'enseignement supérieur contribuent à préparer ceux

qui devront administrer nos villes, jusqu'à quel point nos universités comprennent le rôle important, essentiel qu'il leur appartient de remplir en préparant et en perfectionnant les cadres de notre démocratie.

On comprendra dès lors avec quelle ferveur nous apportons notre part au tribut d'hommage que le monde entier apporte à ce grand professeur.

CHAPITRE II

LES ACADEMIES, INSTITUTS ET SOCIETES DE CARACTERE NATIONAL

SECTION I

L'ALLEMAGNE

WEHBERG, *Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre.*

LANGE, *Les tâches et les travaux de l'Akademie für Deutsches Recht.*

WAHL, *Le Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht.*

Sur l'ACTIVITÉ DU KAISER-WILHELM-INSTITUT, v. aussi la contribution de M. RABEL, L'UNIFICATION DU DROIT DE LA VENTE INTERNATIONALE. SES RAPPORTS AVEC LES FORMULAIRES OU CONTRATS-TYPES DES DIVERS COMMERCEs, publiée au Tome II, Quatrième Partie, Titre II, Chapitre I^{er}, § 118.

**INTERNATIONALE VEREINIGUNG FÜR VERGLEICHENDE
RECHTSWISSENSCHAFT UND VOLKSWIRTSCHAFTSLEHRE
(1894-1926)**

Par Hans WEHBERG,

*Professeur de Droit international public à l'Institut Universitaire
des Hautes Etudes Internationales de Genève,
Membre et ancien Président de l'Institut de Droit international.*

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.*

L'Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre (Association Internationale de droit et d'économie politique comparés) fut fondée le 21 février 1894 dans une petite brasserie de la Potsdamerstrasse, à Berlin, par une quinzaine de personnes appartenant à la science et à la pratique juridiques. Pendant plus de 30 ans, elle a déployé une activité féconde à beaucoup d'égards. Le fondateur et le centre de cette Association était le juge Felix Meyer. L'Association fut le grand œuvre de sa vie. C'est lui qui l'a créée et l'a rendue célèbre. Quand il décéda, le 3 janvier 1925, à l'âge de 73 ans, l'Association perdit son âme. En 1926, elle cessa d'avoir une vie indépendante et fusionna avec d'autres institutions, dirigées alors par Ernst Rabel ⁽¹⁾.

A Felix Meyer revient le mérite d'avoir été le premier à fonder en Allemagne une association pour l'étude systématique du droit comparé. Bien entendu, il existait depuis 1878 la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* de Franz Bernhöft et Georg Cohn. Mais il n'y avait, sur le territoire allemand, aucune société pour encourager efficacement l'étude du droit comparé, alors qu'en France la *Société de Législation Comparée* était déjà en pleine activité.

Ce n'est qu'en se rappelant le peu d'intérêt que suscitait, à cette époque, le droit comparé en Allemagne, qu'on appréciera à sa juste valeur

(1) Voir, dans ce Recueil, la contribution de M. Eduard WAHL, *Das Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*. Note de l'éditeur.

l'œuvre accomplie par Felix Meyer. A l'occasion du vingtième anniversaire de l'Association (29 février 1914), il disait lui-même : « Nous pouvons revendiquer pour l'Association le mérite d'avoir « révolutionné » les conceptions sur le droit et l'économie politique comparés alors en cours parmi les spécialistes de la matière. A cette époque, il y a vingt ans, notre science combattait encore pour avoir droit de cité. On la ridiculisa, et on la traita de science d'amateurs et d'entreprise utopique. Du haut des sommets du droit romain, considéré comme la *ratio scripta*, seule susceptible d'ouvrir l'accès au paradis, on jetait un regard plein de pitié sur notre discipline. On ne se rendait pas encore compte, ni des rapports entre les droits des divers peuples, ni de la migration de l'idée du droit qui passe de peuple en peuple ». Comme l'a dit si justement Albert Osterrieth dans son discours à la mémoire de Felix Meyer, le 29 janvier 1925, « le mérite de Felix Meyer est d'avoir créé au droit comparé un foyer en Allemagne » (2).

Le grand idéal de Felix Meyer était l'unification des droits civils et commerciaux. Mais il avait compris qu'un droit mondial ne pouvait pas se créer du jour au lendemain, et qu'il fallait d'abord entamer l'étude minutieuse des idées fondamentales, des ressemblances et des divergences des droits nationaux, susceptible de fournir les éléments de base communs d'un nivellement des droits positifs. « Par la comparaison des droits, à l'alignement des droits », c'était l'idée directrice qui amena Felix Meyer à fonder son Association.

Peut-être le succès de l'Union aurait-il été moindre, si Félix Meyer ne l'avait pas dotée d'une organisation modèle. Sur son programme figurait, outre l'étude du droit comparé, la recherche scientifique de l'économie politique comparée. Meyer avait réussi à susciter l'intérêt des hommes de la pratique et à s'adjoindre des personnalités connues du monde économique allemand. Ainsi il assura à l'Association, dès ses débuts, la base la plus large, sans laquelle aucun succès durable n'était possible. Bien que Berlin, où résidait Felix Meyer, restât le centre de l'activité de l'Association, elle avait, dès ses débuts, une base internationale, ainsi que l'indique d'ailleurs son nom. Elle comptait bientôt parmi ses membres les spécialistes allemands et étrangers les plus en vue, les hommes dirigeants de la pratique et un grand nombre de jeunes juristes s'intéressant aux problèmes du droit comparé. Après deux ans d'existence, elle avait déjà plus de 800 membres. En 1911-12 il y en avait 945; plus tard le chiffre baissait de nouveau à 800. La dernière liste des membres de l'Association contenait les représentants de 44 nations.

Lorsque fut créée notre Association, il n'y avait pas encore de grandes Fondations susceptibles de venir en aide à des entreprises de ce genre. Mais grâce à ses dons d'organisateur, Felix Meyer avait su établir l'Association de manière à ce qu'elle disposât toujours de sommes, sinon immenses, du moins importantes. Par conséquent, elle pouvait tout de suite envisager l'édition de son *Annuaire* (*Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*), dont le premier tome parut en 1895, le neuvième et dernier en 1914. Cet annuaire était une publication assez volumineuse, comportant parfois plusieurs

(2) *Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*, tome XIX, p. 10.

tomes, et destinée à fournir aux membres de l'Association la documentation nécessaire pour l'étude du droit comparé (législation, jurisprudence et littérature de tous les pays). En 1915 parut une sorte de table analytique générale de cet annuaire, le *Wegweiser für das Jahrbuch der Internationalen Vereinigung*, où la simple énumération des articles parus jusque là dans cette publication tenait plus de 56 pages.

Outre l'Annuaire, l'Association publiait, dès 1902, une revue appelée d'abord *Mitteilungen*, puis, à partir de 1905, *Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*. Cette revue subsista jusqu'en 1926. Elle publiait des articles sur les divers problèmes du droit et de l'économie comparés, du droit international public, etc. En 1915, parut un index général de ses dix premiers volumes.

L'activité de l'Association, cependant, ne se bornait pas à l'édition de ces deux importantes publications. Elle avait en vue, notamment, l'organisation de prises de contact et d'échanges d'idées entre ses membres. A cet effet, elle instituait des conférences mensuelles sur des problèmes rentrant dans son champ de recherches. Ces conférences eurent généralement lieu dans la Chambre des Seigneurs à Berlin. Elles étaient suivies d'une discussion, toujours fort vive, et d'un dîner servi d'habitude à l'Hôtel Bellevue. Des personnalités marquantes furent invitées à faire des conférences aux réunions de l'Association. Dès 1896, on trouve dans la liste des conférenciers les noms de Franz von Liszt et de Josephus Jitta. Souvent aussi, les conférenciers étaient des hommes participant à la vie publique et politique, tel que Gustav Stresemann qui, le 11 décembre 1915, parlait à l'Association sur « La guerre mondiale et les relations économiques internationales ».

Il faut avoir connu Felix Meyer pour se rendre compte de l'atmosphère et de l'intérêt de ces réunions, où sa courtoisie avait attiré les personnalités représentatives des milieux les plus différents, lesquelles, une fois venues, devenaient des hôtes réguliers de nos soirées. On y rencontrait des membres de l'Université de Berlin, du Ministère des Affaires Etrangères, de la diplomatie, et quand un savant étranger intéressé aux questions de droit international était de passage à Berlin, on pouvait être sûr de le voir aux soirées de l'Association. Dans les discussions qui suivaient les conférences, F. Meyer savait rehausser l'intérêt du problème traité et provoquer la participation des experts les plus qualifiés. Albert Osterrieth avait raison de dire dans son *In memoriam* déjà cité : « Combien de fois nous fûmes stupéfaits, au cours de ces longues années, de ses connaissances approfondies sur chacune des questions touchées par le conférencier, de l'habileté avec laquelle, en remerciant l'orateur, il reprenait ses idées et les développait, en nous dispensant, avec le riche trésor de son savoir, un enseignement toujours nouveau ». Peu formaliste, il savait vite créer une ambiance de cordialité. Ainsi se nouèrent de nombreuses amitiés au service de la recherche scientifique. De nombreux jeunes, qui sortaient de l'Université, furent conquis aussitôt au droit comparé, parce qu'ils trouvaient au sein de l'Association des suggestions et des relations nouvelles. Comme les visiteurs, conformément au caractère international de l'Association, ne se recrutaient pas uniquement parmi les Allemands, l'Association servait aussi au rapprochement et à la mutuelle compréhension des peuples. Souvent, quand on lui parlait d'une nouvelle

organisation pour le rapprochement des peuples, Felix Meyer s'exclamait : « Le rapprochement des peuples est aussi un des buts essentiels de notre Association; il est complètement inutile d'en créer d'autres ». A quel point l'idée du rapprochement des peuples était vivante au sein de l'Association, cela résulte de l'invitation que je reçus en 1912, de son secrétaire général, d'écrire pour la revue de la *Vereinigung* un article sur « Le rôle du droit dans le mouvement pacifiste ».

Les relations amicales nouées lors des soirées de l'Association se continuaient dans la maison accueillante de Felix Meyer. On y rencontrait toujours des hommes intéressés au droit comparé. Tous étaient cordialement reçus par Felix Meyer et sa femme, qui vivait complètement dans les idées de son mari. On ne pouvait penser à cette maison, sans penser à sa constante hospitalité. A ce propos il convient d'ailleurs de dire que Felix Meyer ne s'intéressait point exclusivement aux hommes qui étaient déjà célèbres, mais qu'il attirait dans sa maison aussi des jeunes qu'il dirigeait en ami. Combien d'entre eux sont venus chercher chez lui conseil et aide, en des questions ne se rattachant nullement au droit et à l'économie comparés !

L'Association n'était donc pas seulement une maison de recherche et de discussion scientifique. Elle était en même temps un centre de relations amicales. Elle disposait d'une bibliothèque pour faciliter les recherches scientifiques de ses membres, et arrangeait régulièrement des excursions et des visites d'entreprises économiques.

Peu à peu prit naissance l'idée d'organiser des Congrès internationaux et de donner, par là, à l'activité de l'Association un terrain plus vaste encore. En 1911 se tint à Heidelberg la première « Assemblée générale », dont les travaux firent l'objet d'un volumineux rapport. On décida la création d'un certain nombre de commissions destinées à étudier, entre autres, les problèmes suivants : exécution des décisions judiciaires étrangères (Président : Hans Sperl, Vienne, Autriche), Rapprochement des droits anglo-saxon et continental (Président : Albert Kuhn, New-York), Nationalité des personnes morales (Président : Ernst Neukamp, Leipzig), Droit de l'aviation (Président : Pranzataro, Naples), etc. La guerre mondiale interrompit ces travaux.

A côté de son annuaire et de sa revue, l'Association éditait encore d'autres publications. Je ne mentionne que son catalogue général, *Internationales und ausländisches Recht, Gesamtkatalog der Bestände von 30 Berliner Bibliotheken, Berlin, 1914*, comportant un classement systématique des ouvrages sur le droit international, le droit et l'économie politique comparés, réunis dans 30 bibliothèques de Berlin. Ce catalogue, établi avec le concours pécuniaire d'un membre de l'Association, peut encore à l'heure actuelle rendre de précieux services à ceux qui veulent travailler dans les bibliothèques de Berlin.

L'Association se proposait encore d'éditer un commentaire allemand du droit civil anglais. Le travail, subventionné par la Chambre de Commerce de Berlin et les Sénats de Hambourg et de Brême, fut amorcé par Gustav Schirrmeister et continué par Wilhelm Prochownick. Mais la guerre mit fin à ces travaux, et la publication qui porte le titre *Das bürgerliche Recht Englands* dut s'arrêter au droit des obligations.

En continuant les recherches du juge brémois Albert Hermann Post,

l'Association s'intéressa enfin à l'étude du droit des indigènes des colonies allemandes. En 1902, Felix Meyer fit au Congrès colonial allemand un important rapport sur « Le rôle du droit des indigènes ». En 1905, il publiait un ouvrage sur « L'économie et le droit des Herreros ».

Les œuvres qui ont principalement contribué à porter le nom de Felix Meyer au delà des frontières allemandes furent ses grandes publications sur le droit mondial de la lettre de change (*Das Weltwechselrecht*, 1909, 2 tomes) et sur le droit mondial du chèque (*Das Weltscheckrecht*, 1913, 2 tomes), dont l'édition fut subventionnée par les *Aeltesten der Berliner Kaufmannschaft*. Dans ces ouvrages, Felix Meyer a donné une vue d'ensemble sur les droits de tous les pays et publié des projets d'un droit uniforme de la traite et du chèque. T.-M.-C. Asser a souvent dit — notamment lors de l'ouverture de la Conférence de La Haye en 1910 — que les travaux de Felix Meyer sont dignes de faire école. Et le même jugement a été porté par Josephus Jitta en 1923 dans un rapport à la Société des Nations sur l'unification des droits du chèque et de la lettre de change. Felix Meyer proposa aussi, de bonne heure, la création d'une Cour internationale de justice pour tous les litiges relevant du droit mondial du change.

La guerre a porté un coup terrible à l'Association, qui venait juste de fêter son 20^e anniversaire. L'Annuaire et d'autres publications furent arrêtés. La Revue parut moins régulièrement.

Quand la paix fut revenue, d'autres problèmes occupèrent le premier plan, et le droit comparé ne rencontra plus en Allemagne le même intérêt qu'autrefois. Felix Meyer avait vieilli, et ne pouvait plus se consacrer avec la même vigueur à son organisation. Il ne réussit plus à lui rendre la même vie qu'avant la guerre. Ayant toujours reposé sur la personnalité de Felix Meyer, l'Association vit donc son activité notablement réduite.

Sa gloire avait déjà faibli, quand Felix Meyer décéda le 3 janvier 1925. Peu d'amis assistaient à ses obsèques, où le Directeur au Ministère Kiep, le futur chef de presse de Stresemann à Genève et à Locarno, prononça son éloge funèbre en termes émouvants.

En dehors de son Association, Felix Meyer avait rencontré peu de reconnaissance. Jamais aucun gouvernement ne l'avait envoyé officiellement à des Congrès. Jamais aucune Université ne lui avait décerné le titre de docteur *honoris causa*. Sa seule « décoration » avait été son élection à l'Institut de Droit International, d'abord, en 1911, comme associé, puis, en 1921, comme membre.

La génération allemande d'aujourd'hui ne connaît plus le nom, ni de Felix Meyer, ni de l'Association, qu'il avait créée. Felix Meyer était juif, et c'est là une raison suffisante, pour que ses écrits n'aient plus cours dans l'Allemagne d'aujourd'hui. Tel a été souvent le sort des promoteurs d'idées généreuses, de n'être reconnus dans leur valeur véritable que par la postérité. Espérons que les générations qui vont venir se rappelleront avec reconnaissance le nom de cet homme, l'un de ceux, peu nombreux, qui, dès avant la guerre mondiale, avaient propagé en Allemagne l'idée de la comparaison et de l'alignement des droits, et qui a été le premier à créer, en territoire allemand, une association pour la culture de la science du droit comparé.

LES TACHES ET LES TRAVAUX DE L'AKADEMIE FÜR DEUTSCHES RECHT

Par Heinrich LANGE,

*Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Breslau,
Membre de l'Akademie für Deutsches Recht.*

Traduit par Paul ROUBIER,

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

et H. MANKIEWICZ,

Secrétaire général de l'Institut de Droit comparé de Lyon.

L'Akademie für Deutsches Recht fut fondée en juin 1933, par l'actuel Ministre du Reich, le Docteur Frank. Elle fut solennellement constituée en octobre 1933, lors du Premier Congrès des Juristes allemands. Par la loi du Reich du 11 juin 1934, elle a acquis la qualité de corporation de droit public. Son siège est à Munich, la capitale du mouvement national-socialiste ; sa direction scientifique et son administration se trouvent à Berlin.

L'Akademie für Deutsches Recht se distingue de corporations analogues par ses tâches et sa structure. Contrairement aux académies scientifiques traditionnelles, elle s'adonne seulement au droit, mais au droit tout entier. Elle consacre ses travaux, non seulement à l'histoire du droit, mais aussi, et surtout, à l'étude du droit et à la formation du droit. En conséquence, ses membres se recrutent aussi bien dans les milieux savants, que parmi les représentants les plus en vue de la vie politique et économique, ainsi que de la pratique juridique. Ces hommes, s'unissant au sein de l'Académie, servent, par leur collaboration féconde, le droit allemand.

L'Akademie für Deutsches Recht est donc essentiellement le représentant par excellence de la vie juridique du Reich allemand. En cette qualité, elle organise des Congrès représentatifs où, devant les personnalités les plus compétentes de la vie politique et juridique allemande. Allemands et étrangers exposent les problèmes politiques et scientifiques essentiels de l'heure actuelle. Ce sont précisément ces Congrès qui servent à approfondir les relations scientifiques avec l'étranger, et à encourager un échange d'idées fécond avec l'ensemble du monde scientifique. Outre les assemblées plénières de l'Académie qui se tiennent d'ordinaire à Berlin, les Congrès annuels à Munich donnent le cadre représentatif pour la poursuite de cette tâche. L'Académie organise encore des conférences plus restreintes qui,

elles aussi, tendent à vivifier l'échange d'idées et à approfondir les relations.

Si importantes que soient ces fonctions représentatives, elles ne sont que le cadre des travaux sérieux que l'Académie poursuit dans le domaine scientifique, et dans celui de la politique du droit.

Le Reich allemand cherche actuellement à réaliser, dans tous les domaines de la vie, les idées nouvelles dont il s'inspire. L'Académie a donc une fonction importante quant au renouveau du droit allemand. Elle n'est pas un corps législatif. Sa mission est d'assister le législateur par ses conseils, d'élaborer des projets de loi et d'en provoquer, et, enfin, de donner son avis sur les projets de loi qui lui sont soumis. Pour remplir cette mission, elle doit s'adjoindre des représentants qualifiés de la vie économique et juridique, et mettre leurs expériences et connaissances au profit de la réforme du droit allemand. Ainsi, l'Académie est à même de constituer des corps d'experts, qui, par leur expérience et leur contact étroit avec les conceptions du peuple, sont capables de stimuler et d'aider les travaux qui incombent aux autorités de l'Etat et du Parti chargées de la préparation de nouvelles lois. C'est avec joie et satisfaction que l'Académie fait état de la confiante collaboration qui l'unit avec ces autorités.

Le travail de l'Académie se poursuit dans des commissions, chacune s'occupant d'un domaine particulier plus ou moins vaste du droit, groupées en super-commissions ou divisées en sous-commissions. Selon les besoins, et dans la mesure de leur capacité de travail, ces commissions préparent des projets de loi, élaborent des directives pour la législation à venir et donnent leur avis sur des projets de loi établis par d'autres autorités. Les commissions sont dirigées par des membres de l'Académie, qui cependant ne sont pas les seuls membres des commissions. En effet, le nombre de ses membres étant limité par sa Constitution, l'Académie attache à ses commissions des éminents savants, des hommes de la pratique méritants, et des experts scientifiques, de manière à assurer un examen aussi complet que possible des problèmes qui lui sont soumis.

Le nombre des commissions en activité varie constamment. Certaines commissions ont déjà achevé leur travail ; d'autres, destinées à d'autres recherches, se constituent. Il y a des commissions de droit public et des commissions de droit privé. En été 1937, leur nombre était d'environ 50.

Les résultats des travaux des commissions sont communiqués, soit, sous forme de mémoires confidentiels, aux autorités intéressées, soit, sous forme d'articles, au public pour en susciter la critique. Par ailleurs, les autorités intéressées de l'Etat, du Parti et de l'Economie sont constamment tenues au courant des travaux par les « rapports sur le travail de l'Académie » (*Arbeitsberichte*).

Comme à ses débuts l'Académie voyait sa principale mission dans la mise à profit des meilleures forces de la vie juridique et économique allemande, elle était obligée de s'adjoindre dans une large mesure, outre des hommes de la pratique, des professeurs allemands de droit et d'économie politique. Les Présidents des commissions sont tantôt des hommes de la pratique, tantôt des universitaires, et l'Académie est heureuse d'avoir ainsi pu réaliser une liaison étroite entre la théorie et la pratique.

Dans les premières années de son existence, l'Académie s'occupait surtout des problèmes les plus urgents de la rénovation du droit allemand.

Mais, depuis, elle a pu, dans une mesure toujours croissante, s'adonner à la deuxième de ses grandes fonctions qu'est la prise en tutelle (*Betreuung*) de la science juridique allemande. En 1936, le Président de l'Académie, le Ministre du Reich Docteur Franck, a créé un cadre approprié à ces grands buts. Il a divisé l'Académie en deux sections, l'une consacrée à l'étude, l'autre travaillant à la formation du droit. Depuis, les membres de l'Académie font partie soit d'un Sénat d'honneur, soit de l'une ou de l'autre des deux sections.

La section pour la formation du droit comprend les commissions déjà existantes et des commissions à créer. Appartiennent à cette section des représentants des Ministères et de la pratique juridique et économique.

La section pour l'étude du droit réunit dans son sein les représentants universitaires des sciences juridique et économique. Elle a pour fonction d'être un foyer et une place de culture de la science universitaire allemande. Evidemment, ce n'est qu'un nombre restreint de professeurs qui peuvent être membres de l'Académie, et, dès lors, de la section pour l'étude du droit. Mais ils ont reçu la mission d'y attirer toutes les forces qualifiées et d'aider notamment les jeunes chercheurs.

La section pour l'étude du droit se divise en trois classes, le domaine réservé à la première étant la philosophie et l'histoire du droit, celui de la deuxième le droit public et celui de la troisième classe le droit privé. La constitution solennelle de la section a eu lieu le 19 juin 1937 à Berlin. Ses classes sont dirigées par des *Obmänner*, choisis parmi les maîtres les plus éminents en la matière et alternant dans la direction de la section. Ils sont assistés par des secrétaires pris parmi les jeunes professeurs de droit.

L'Académie s'étant toujours assignée le but de créer une liaison aussi étroite que possible entre la formation et l'étude du droit, les deux sections sont appelées, non pas à s'isoler l'une de l'autre, mais à établir entre elles une collaboration confiante. La réalisation de cette tâche est facilitée du fait que de nombreux professeurs, en leur qualité de membres ou de présidents de commissions, servent d'agents de liaison entre les deux sections, et que le Président de l'Académie nomme un directeur des travaux scientifique et de politique juridique, chargé de mettre toutes les forces au profit de ce grand idéal.

C'est avec une joie particulière que les professeurs de droit allemands ont mis leurs forces à la disposition de l'Académie. Ainsi, le Président de l'Académie a pu, dès 1936, faire appel à des représentants qualifiés du droit civil, du droit commercial et de la procédure — qu'ils fussent théoriciens ou praticiens — en leur demandant de traiter, dans le cadre d'un plan d'ensemble, un sujet particulier pris dans le domaine de leur spécialité et correspondant à leurs préférences, dont l'étude doit se terminer par un projet de loi sur la question. L'*Akademie für Deutsches Recht* est convaincue d'apporter, par l'assemblage de ces travaux, une contribution précieuse au renouveau du droit civil allemand. Elle les publiera dans la Série d'Etudes de l'Académie (*Schriftenreihe des Akademie*) qui en réunit déjà quelques-uns des meilleurs. A l'avenir ce seront les classes des sections qui seront en premier lieu appelées à proposer des sujets de travaux en commun. On envisage notamment l'étude systématique de l'histoire du droit allemand — travail auquel on attachera toutes les forces qualifiées.

Conformément à l'exemple donné par d'autres institutions analogues, les classes accepteront, dans leurs sessions, des communications et des rapports sur les travaux de leurs membres et hôtes. Elles examineront des questions importantes et se consacreront à l'encouragement des jeunes savants et à la culture des relations scientifiques en Allemagne et avec l'étranger.

Enfin il faut noter que l'Akademie für Deutsches Recht bénéficie de la confiance particulière du public ; c'est ce que prouvent les nombreuses lettres — venant de toutes les couches du peuple — qui lui permettent par ailleurs de s'instruire exactement sur les conceptions ayant cours dans le public.

Par ses publications (*Schriftenreihe, Arbeitsberichte, Jahrbuch et Zeitschrift*), l'Académie poursuit un double but : communiquer au public des travaux scientifiques de premier ordre et provoquer un échange d'idées sur les problèmes de la vie juridique particulièrement actuels.

L'Akademie für Deutsches Recht se met ainsi au service du droit et du peuple allemands ; car elle est convaincue que chaque peuple doit s'employer de toutes ses forces à rechercher et à former le droit qui est conforme à sa nature. Mais c'est justement à raison de ces principes qu'elle est profondément pénétrée de cette vérité que le respect de sa propre nature entraîne inéluctablement le respect de la nature d'autrui. C'est pourquoi elle accepte avec la plus sincère reconnaissance toutes les possibilités d'entrer en échange d'idées fécond avec les représentants de droits étrangers, afin de promouvoir, ainsi, la compréhension réciproque, et de contribuer, pour sa part, à la cause de la Paix qui est l'idéal suprême de toutes les nations attachées au droit.

LE KAISER-WILHELM-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT A BERLIN

Par Eduard WAHL

Professeur de Droit à l'Université de Göttingen

Traduit par Paul ROUBIER

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

et H. MANKIEWICZ,

Secrétaire général de l'Institut de Droit Comparé de Lyon

I

Quand, dans un Mémoire adressé au Ministère en 1898 par la *Königliche Akademie der Wissenschaften*, le célèbre historien des origines du christianisme, Harnack, réclama la Constitution de « Grandes entreprises scientifiques », ce qui était le premier pas vers la fondation d'une *Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften* (Société Kaiser-Wilhelm pour l'encouragement des sciences), nombreux étaient certes les savants qui considérèrent le titre même de l'« entreprise » comme un péché contre l'esprit sacré de la science, parce qu'ils redoutaient que l'apparat extérieur ne fît disparaître ou du moins n'avilit la personnalité scientifique. Mais cette crainte s'est avérée injustifiée. En effet, en même temps que, par leur production scientifique, elles fournissent un apport sérieux aux résultats du travail des chercheurs individuels, les grandes entreprises scientifiques que sont les Instituts de la *Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft* sont d'une grande valeur pour les personnes qui y travaillent. Il va sans dire qu'il en est ainsi en ce qui concerne le directeur de l'Institut. Il sent croître ses propres forces quand il est entouré d'une équipe de jeunes collaborateurs qui l'assistent et lui permettent de réaliser des projets dont l'exécution serait restée impossible. Mais aussi les collaborateurs, qu'ils soient des assistants ou des rapporteurs (*Referenten*), tirent un large profit humain de leur travail à l'Institut. Quand, en 1929, la *Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft* inaugura à Dahlem la *Harnack-Haus*, destinée à recevoir les savants étrangers venant travailler dans ses Instituts, elle entendit par là aussi donner à ces savants la possibilité de participer à la fécondation réciproque, qui est l'expérience la plus belle que peut procurer la recherche scientifique en commun. C'est ce côté personnel d'ailleurs qui, dans

les discours d'inauguration, a été le plus souvent et le plus nettement mis en relief. Un auteur compara même les « communautés de recherche » propres aux Instituts de la *Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft* avec les Cloîtres et le rôle que ceux-ci avaient joué au Moyen Age. Et Harnack lui-même rappela que la méthode — qui est l'A et l'Ω de la recherche scientifique — s'apprend le mieux par la collaboration personnelle avec un chercheur de premier plan.

En effet, cette collaboration donne au jeune savant une formation qu'il ne saurait acquérir ni dans les cours, ni dans les Séminaires. Seul celui qui connaît le laboratoire du Maître et a assisté à la genèse de ses œuvres, qui a travaillé sous sa direction et a vu les améliorations apportées à son propre travail par la main du Maître — celui-là seul participe à l'enseignement suprême. En effet, les sciences naturelles, et notamment la médecine, ont toujours pratiqué ce système, en ce qui concerne le côté technique de l'instruction qu'elles donnent dans des cliniques et instituts universitaires. Mais aussi dans l'enseignement des sciences morales (*Geisteswissenschaften*), l'exemple est le meilleur instrument de formation. Celui qui ne connaît pas la peine et le labeur que les grands maîtres ont consacré à la frappe de chacune de leurs thèses, selon son tempérament, ou bien sera découragé par la splendeur de leur style, ou bien croira toujours que le premier jet est le meilleur et le publiera prématurément. Il faut aussi avoir assisté à leurs recherches pour mesurer la sévérité de la lutte intérieure, précédant la proclamation d'un résultat comme acquis, pour sentir le devoir de peser le pour et le contre avant de rendre un résultat public. Comme moi-même, qui y ai collaboré pendant huit ans, les collaborateurs du *Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* ont appris, par leur travail en commun avec le Chef de l'Institut, quelle part de responsabilité comporte la proclamation de toute thèse scientifique, et combien de fois il faut retourner tout problème juridique avant qu'on puisse dire en avoir trouvé la solution. Ils y ont été imbus du véritable esprit scientifique qui se caractérise par le scrupule du détail et par l'effort pour atteindre les connaissances suprêmes.

Evidemment, on ne saurait nier le fait que la grande entreprise scientifique — puisqu'elle entend donner autre chose et faire mieux que le chercheur isolé — doit être gouvernée par le principe de la division du travail, et que, dès lors, elle est le foyer de certaines tensions. En effet, le jeune collaborateur du chef doit être particulièrement qualifié — c'est-à-dire avoir une personnalité — et, par conséquent, il lui est dur de ne travailler qu'en pièce détachée. Dans les sciences de la nature d'ailleurs — où le jeune chercheur fait l'expérience qu'on lui demande sous sa propre responsabilité, et où, dès lors, le résultat de sa recherche présente une valeur propre — la mise en valeur du travail du collaborateur et son utilisation dans l'œuvre commune sont mieux assurées qu'elles ne le sont dans les sciences morales. D'autre part, il ne faut pas oublier que le travail le plus important est fourni par celui qui compose les pièces isolées. De pareilles tensions se sont fait jour dans l'*Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*. Mais, grâce à la direction souveraine de son chef et de ses conseillers scientifiques, elles ont vite disparu et ont fait place à d'importants et féconds travaux en commun. Mais, par là, nous abordons déjà l'histoire de cet Institut et le rapport sur son activité.

II

La *Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften* — qui fut déclarée constituée par l'empereur Guillaume II lui-même lors du centenaire de l'Université de Berlin — avait pour mission de compléter la vie scientifique des Universités allemandes par l'établissement d'Instituts de pure recherche scientifique. A vrai dire, conformément aux idées propagées par Wilhelm von Humboldt, les universités allemandes se sont de tout temps consacrées à la fois à l'enseignement et à la recherche scientifique. Aussi la création d'instituts de pure recherche scientifique — correspondant également à un plan de Humboldt — n'a-t-elle été en réalité qu'un perfectionnement rendu nécessaire par les besoins modernes. Le champ principal de l'activité des nouveaux Instituts était surtout celui des sciences de la nature dont l'éclosion intéressait largement l'industrie allemande. C'est en effet l'industrie qui, par des dons volontaires, a fourni les fonds nécessaires pour la constitution de la Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft. Toutefois, Harnack, qui était théologien, avait plutôt en vue le progrès des sciences morales quand il lança, dans son Mémoire de 1898, l'idée d'une « Grande Fondation pour l'encouragement des sciences ». Or, avant la guerre, cette *Gesellschaft* n'avait qu'un seul Institut travaillant dans le domaine des sciences morales. C'était l'*Institut für Kunst- und Kulturwissenschaft*, à Rome, communément connu sous le nom de *Bibliotheca Hertziana*. Ce ne fut qu'en 1926 que fut créé l'*Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* qui s'installa dans l'étage supérieur de l'ancien Château royal à Berlin. Quelques mois plus tard fut inauguré, dans les salles avoisinantes, l'*Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*.

Les raisons qui avaient contribué à développer l'intérêt pour le droit comparé étaient multiples. Il y avait d'abord les traités de paix qui parlaient de « sanctions » et de « réparations » — termes qui, quoiqu'empruntés à un monde juridique étranger, ont passé dans le langage allemand par suite de la misère des années de l'après-guerre. Puis, l'activité des tribunaux d'arbitrage mixtes avait fait comprendre qu'il fallait suivre les droits étrangers de plus près qu'on ne l'avait fait dans l'Allemagne d'avant-guerre. A ces motifs plutôt « extérieurs » s'étaient jointes des causes plus profondes. L'expérience immense de la guerre et des années qui l'ont suivie a posé des problèmes de politique juridique demandant d'urgence des solutions. Puis, la recherche scientifique elle-même — qui, avant la guerre, vivant, en cela, sous l'influence de l'école historique, s'était plus particulièrement occupée du passé — a été amenée, par cette même expérience, à regarder davantage le temps présent et les droits vivants des autres pays. Enfin la lutte de la nation pour sa propre sauvegarde (*Selbsterhaltung*) assigna à la science juridique des tâches toutes nouvelles. L'Allemagne, dépouillée de ce qu'elle avait, devait consacrer tous ses efforts pour entrer de nouveau comme concurrente dans le marché international. Elle subissait les graves crises de l'inflation et de l'endettement à l'étranger qui provoquaient des changements aussi bien de la structure de l'économie que de celle de la population. Tous ces événements ne pouvaient pas ne pas toucher profondément la recherche scientifique. Qu'on pense seulement au droit du travail, au droit de la protec-

tion des locataires, au rôle croissant joué par les « Konzerns » et « Kartells », au droit de la revalorisation consécutif à l'inflation, aux moratoires, et aux « compensations » qui ont suivi la déflation. Bref, il n'y a pour ainsi dire aucun domaine du droit privé qui n'ait été atteint par l'évolution de la vie dans l'après-guerre.

Finalement signalons encore un fait qui, peut-être, est même le plus important. C'est que l'écroulement allemand avait ébranlé la situation du positivisme juridique. Partout on posait le problème des bases suprapositives des droits. Alors il était évident qu'on essayait d'élargir la base des connaissances susceptibles de faciliter la solution de ces problèmes, en étudiant la structure des droits étrangers pour mieux se rendre compte de la nature même du droit et de ses prémisses.

La *Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft* — qui, après l'inflation, avait reçu de nouveaux fonds de l'économie allemande — était alors un organisme qui, de par sa structure même, pouvait, à ce propos, rendre des services particulièrement précieux. En effet, déjà l'achat de la littérature juridique, rien que pour les pays les plus importants, est une entreprise irréalisable pour un séminaire ou une bibliothèque universitaire. Et alors même que, par suite de circonstances particulièrement favorables, ils arriveraient à financer l'acquisition de la documentation, ils seraient incapables d'en tirer tout le profit. Or, l'*Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* de Berlin a réussi à réunir la littérature juridique étrangère d'une manière très complète, et c'est là une des raisons pour lesquelles il reçoit de plus en plus de visites de savants venant de l'étranger. La Bibliothèque de l'Institut possède, en effet, plusieurs centaines de bulletins de lois, de recueils d'arrêts et de journaux juridiques étrangers. Actuellement, après 11 ans d'existence, elle comprend 60.000 volumes. Elle possède un complément utile dans la Bibliothèque-sœur de l'*Institut für internationales öffentliches Recht und Völkerrecht* qui a tous les recueils de jurisprudence nord-américains — formant à eux seuls quelques milliers de volumes —, ainsi que les instruments d'ordre lexicographiques permettant de s'en servir utilement. C'est probablement la collection la plus complète de ce genre en Europe. Quant à l'*Institut für Privatrecht*, son trésor le plus précieux est l'édition intégrale des *Year-Books* anglais, même des plus anciens. Evidemment l'Institut ne peut pas s'occuper, avec la même intensité, de tous les droits étrangers. Ainsi il a abandonné le droit de la Russie soviétique et des Etats environnants à l'*Institut für Osteuropäisches Recht* de l'Université de Breslau. Mais il a gardé pour lui-même le droit des *Dominions* et des colonies britanniques, ainsi que celui de l'Amérique du Sud, sections qui, au cours de ces dernières années, ont pu notablement compléter leurs éléments de documentation.

La création et l'organisation de l'Institut furent confiées, par la *Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft*, au Professeur Ernst Rabel qui fut ainsi son premier directeur. Rabel s'était, en effet, au cours de sa carrière, particulièrement familiarisé avec les problèmes du droit comparé. Né à Vienne, il avait fait ses études juridiques dans sa ville natale. Après son « habilitation », il devint professeur dans plusieurs universités allemandes, mais interrompit son enseignement en Allemagne pour occuper la chaire de droit romain à l'Université de Bâle. Pendant ce temps, il remplit aussi les fonctions de conseiller à la Cour d'Appel de cette ville. Après la guerre,

Rabel avait été nommé membre allemand du tribunal mixte d'arbitrage germano-italien. A cette époque, il avait également fondé l'*Institut für Rechtsvergleichung* de l'Université de Munich, où il enseigna comme professeur. Il était donc tout particulièrement qualifié pour le nouveau poste de directeur de l'*Institut für ausländisches und internationale Privatrecht*, étant donné non seulement qu'il domine souverainement plusieurs droits vivants, mais que, par ses études approfondies de droit romain, il a une compréhension particulièrement fine des rapports réciproques entre les divers systèmes juridiques. Il fut assisté dans ses fonctions de directeur par trois conseillers scientifiques : Martin Wolf (jusqu'en 1934), Heinrich Titze, et Ernst Heymann qui, connaissant à fond le droit anglais et savant d'une rare universalité, vient de prendre la direction de l'Institut.

Le problème de la division du travail, dont nous avons déjà parlé, fut facilement résolu parce que tout invita à le répartir par pays. Pour les pays les plus importants on nomma des rapporteurs (*Referenten*) qui sont de jeunes collaborateurs choisis parmi les *Dozenten*, *Assessoren* et *Referendaren* (chargés de cours, jeunes magistrats, licenciés). Ils ont pour fonction de suivre, à travers les livres, revues et recueils de jurisprudence, l'évolution juridique du pays dont l'observation leur est confiée. Ils notent, pour l'*Archiv* de l'Institut les événements les plus importants qui se produisent dans ces pays, et font des propositions d'achat de livres pour que la Bibliothèque soit tenue à jour. Quand on prépare des travaux de droit comparé en commun, chacun d'eux doit fournir un rapport sur la situation du problème dans le pays qu'il observe, et préparer ainsi la documentation pour la comparaison. En ce qui concerne les travaux sur le droit de la vente, une fois les rapports par pays établis, ces collaborateurs ont été encore chargés d'étudier chacun un problème déterminé de la vente et d'écrire un premier projet du texte définitif.

Parmi les publications de l'Institut il faut citer en première ligne sa Revue, la *Zeitschrift für ausländisches und internationale Privatrecht*. Elle est l'organe central allemand pour les questions touchant au droit civil étranger et international. Elle a absorbé la *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht des In- und Auslands*, fondée avec le concours de Joseph Kohler, la revue *Auslandsrecht*, inséparable du nom de Josef Partsch, et enfin les *Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*, éditées par Felix Meyer ⁽¹⁾. Cette revue, dont la collection forme chaque année un volume de près de 1.000 pages, traite les sujets les plus divers. Elle contient des observations, des communications et notamment aussi des projets pratiques, scientifiques et législatifs. En effet, « le droit comparé n'a pas encore complètement échappé au danger d'un dilettantisme plein d'esprit ». C'est donc en vue d'un travail plus scientifique que la revue de l'Institut publie, outre des articles de fonds, révisions et petits communiqués, des vues d'ensemble de l'évolution que la législation, la jurisprudence et la doctrine ont prise dans les Etats les plus représentatifs — rapports qui sont écrits tantôt par les collaborateurs de l'Institut, tantôt par les juristes les plus qualifiés des pays respec-

(1) V. à ce propos dans ce Recueil la contribution de Wehberg, *Internationale Vereinigung für Vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*. Note de l'éditeur.

tifs. Ce n'est qu'à titre tout à fait exceptionnel que la *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* reproduit le texte d'arrêts étrangers. Mais ses suppléments (*Beihefte*) constituent une collection complète des décisions rendues par les tribunaux allemands en matière de droit international privé. Les dix volumes de la revue qui ont jusqu'ici paru apportent, sur toutes les questions rentrant dans le champ d'observation de ce périodique, des renseignements dignes de foi, ou, tout au moins, des références susceptibles d'aiguiller le travail du chercheur scientifique.

Outre sa revue, l'Institut publie une série d'études parmi lesquelles paraissent notamment les travaux de plus grande envergure faits par les rapporteurs de l'Institut. Nous citons à titre d'exemple parmi les publications traitant du droit anglo-saxon les brochures de Rheinstein, *Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht* (1932), Kessler, *Die Fahrlässigkeit im nordamerikanischen Deliktsrecht* (1932), Schlinck, *Die Ultra-Vires-Lehre im englischen Privatrecht* (1935), Eckstein, *Das englische Konkursrecht* (1935), Kegel, *Studien zur Aufrechnung* (sous presse). Parmi les travaux relatifs aux droits latins nous nommerons Wahl, *Vertragsansprüche Dritter im französischen Recht* (1935) ; parmi ceux consacrés au droit international privé, Raiser, *Die Wirkungen der Wechselerklärungen im internationalen Privatrecht* (1931), Duden, *Der Rechtserwerb vom Nichtberechtigten im internationalen Privatrecht* (1934) et Wengler, *Beiträge zum Problem der internationalen Doppelbesteuerung* (1935).

Enfin, le *Kaiser-Wilhelm-Institut* a apporté son concours aux grandes publications allemandes de droit comparé. C'est ainsi qu'il a collaboré, par exemple, au *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslands* (cinq volumes parus depuis 1929), dont les éditeurs sont en partie les mêmes que ceux de la revue de l'Institut (Franz Schlegelberger, Heinrich Titze et, autrefois, Martin Wolff). Il en est de même pour la collection *Die Zivilgesetze der Gegenwart* où l'Institut figure comme co-éditeur des derniers volumes.

Outre cette activité littéraire visant surtout le recollement et la préparation de la documentation, l'Institut poursuit une activité propre de recherche et de critique scientifiques. Mais ces projets, établis par l'ancien directeur de l'Institut, ne sont à l'heure actuelle que partiellement réalisés. Ils visent notamment l'étude et la comparaison critiques des divers droits nationaux, en vue de la publication d'une étude comparative des droits des obligations du monde entier. Toutefois, dans ce domaine de son activité, l'Institut n'a pu publier jusqu'ici, outre les études isolées déjà signalées, qu'un premier volume consacré au droit de la vente et plus particulièrement à la conclusion du contrat de vente et aux obligations du vendeur. Ce volume de 500 pages — paru en 1936 comme « supplément » (*Beiheft*) de la *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* — doit sa naissance aux travaux que poursuit, sur l'initiative de l'ancien directeur du *Kaiser-Wilhelm-Institut*, M. Rabel, l'*Institut International pour l'unification du droit privé* à Rome — travaux qui visent l'élaboration d'un droit mondial de la vente. Aussi la publication de l'Institut de Berlin constitue-t-elle en quelque sorte un commentaire et une revue critique des décisions prises par l'Institut de Rome. Elle discute, en les frottant l'une à l'autre, les pensées juridiques continentale et anglo-saxonne, dont l'alliage

peut souvent s'opérer sur la base des droits nordiques. En se bornant à la vente *internationale*, la publication de l'Institut de droit privé de Berlin montre sur quelle voie on pourrait amorcer un droit mondial de la vente. Or, puisqu'on a examiné, dans la mesure du possible, les expériences de tous les pays et qu'on a ainsi donné à ce travail une base aussi large que possible, le projet d'un droit mondial de la vente internationale présenté par l'Institut de Berlin mérite une attention toute particulière. En effet, alors même que l'unification du droit de la vente d'après les idées exposées dans cette publication ne serait pas immédiatement réalisable, le résultat de nos recherches peut rendre des services appréciables pour les codifications du droit de la vente qui sont à l'étude dans de nombreux Etats.

Le *Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* exerce aussi une activité, qui n'apparaît pas le plus souvent à travers ses publications, mais cependant non moins vaste et importante, en donnant des consultations juridiques.

Ces consultations portent en grande partie sur des problèmes *de lege ferenda*. L'Institut rassemble alors la documentation comparative et la soumet aux autorités législatives compétentes. C'est ainsi qu'il a fait pour le Ministre de la Justice du Reich des rapports sur le placement autorisé du patrimoine des mineurs et personnes en tutelle (*Mündelsicherheit*) et sur le droit des sociétés anonymes. Le travail comparatif des diverses lois et des projets de lois sur les sociétés anonymes qui a été fait à cette occasion par l'ancien rapporteur de l'Institut, Walter Hallstein — *Die Aktienrechte der Gegenwart. Gesetze und Entwürfe in rechtsvergleichender Darstellung. Herausgegeben vom Reichsjustizministerium und vom Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, bearbeitet von Dr. Walter Hallstein, ord. Professor an der Universität Rostock. 1931* — a été hautement apprécié également par des Ministères de la Justice étrangers. Dans le même ordre d'idées, l'Institut participe aux travaux de l'*Akademie für Deutsches Recht*, l'un de ses membres Ernst von Caemmerer remplissant, dans les diverses Commissions de cette Académie, les fonctions de rapporteur sur les solutions données à l'étranger aux problèmes discutés par ces organismes.

Mais l'Institut donne aussi des consultations juridiques sur le droit étranger dans les litiges pendants devant les tribunaux, et prête également son concours aux organisations centrales (*Spitzenverbände*) de l'Economie. C'est ainsi que l'Institut, qui depuis sa création a donné plusieurs centaines de consultations dans des cas concrets, a pu constituer, sur les problèmes les plus divers, une documentation puisée dans la vie courante et, dès lors, particulièrement précieuse pour son travail de recherche scientifique.

Une idée particulièrement heureuse des fondateurs de l'Institut a été de le charger, dès le début, de l'observation non seulement du droit étranger, mais aussi du droit international privé. A vrai dire, l'Institut n'aurait jamais pu donner les consultations juridiques dont on vient de parler, s'il ne s'était occupé, d'une manière approfondie, du droit privé international. Et en effet, le droit comparé et le droit privé international se complètent réciproquement. On rencontre de plus en plus fréquemment chez les juristes la conviction que, pour créer un droit des conflits des lois, il ne suffit pas de regarder les possibilités de conflits de haut. Mais un autre postulat, moins souvent mis en relief, mais, à mon avis d'une aussi grande importance se dégage de la réflexion suivante : On ne connaît et on ne comprend la pensée

juridique particulière aux divers pays en matière de conflits des lois que si l'on connaît tout l'ensemble de leur système juridique. Il est vrai, la théorie des conflits de lois s'est servie de tout temps de la méthode comparative. Mais ce qu'elle comparait, ce n'étaient que les règles applicables à ces conflits. Or, la comparaison qui se borne à examiner ces normes, risque facilement d'aboutir à des études de logique pure, et, dès lors, relativement stériles. On ne saurait parer à ce danger qu'en fondant la comparaison sur une base plus concrète. Il en est ainsi tout particulièrement en ce qui concerne la discussion sur les méthodes continentale et anglo-saxonne — discussion autour de laquelle tourne également la théorie des conflits des lois. On ne saurait avancer dans ce domaine qu'en se rappelant que les deux systèmes, continental et anglo-saxon, se trouvent à des phases différentes de l'évolution juridique — constatation à laquelle on n'arrive que si l'on fait rentrer, dans ce champ de son observation, *tous* les phénomènes des droits nationaux.

SECTION II

L'ANGLETERRE

LEE, *L'Etude du Droit Comparé en Grande-Bretagne.*

WORTLEY, *Quelques réflexions sur la recherche scientifique.*

(Ces contributions publiées ci-dessus, Première Partie, Titre III, Chapitre III, Section I, §§ 29 et 30).

GUTTERIDGE, *La valeur du Droit Comparé.*

(Cette contribution publiée ci-dessus, Première Partie, Titre III, Chapitre Premier, § 24).

SECTION III

LA BELGIQUE

VAUTHIER-LANDRIEN, *L'Institut Belge de Droit Comparé.*

MAHAIM, *L'Institut de Sociologie Solvay.*

L'INSTITUT BELGE DE DROIT COMPARÉ

Par

Marcel VAUTHIER,
*Professeur à l'Université
de Bruxelles
Membre du Conseil
de l'Institut Belge
de Droit Comparé*

et

Félix LANDRIEN,
*Avocat à la Cour d'Appel
de Bruxelles
Secrétaire Général
de l'Institut Belge
de Droit Comparé*

L'Institut belge de droit comparé a tenu à s'associer à l'hommage que le monde scientifique rend à M. Edouard Lambert. L'admirable effort que celui-ci a fourni pendant une noble existence, dans le but d'atteindre un plus haut idéal de justice, grâce à une plus grande diffusion des droits nationaux au delà de leurs frontières politiques, et même grâce à l'unification des règles juridiques, devait être suivi en Belgique avec un intérêt passionné. La formation de la Belgique, sa position géographique, la nature de ses relations extérieures, rendent, en effet, ce pays particulièrement sensible aux courants étrangers. Les influences juridiques, notamment, y laissent des traces, aisément explicables dans un pays d'exportation et de transit. Il semble que le caractère du peuple belge se soit au reste fort bien adapté aux conditions de son existence et ait acquis les qualités de réceptivité favorables aux progrès qui sont inspirés par l'imitation de l'étranger. On trouve, en Belgique, peu de traditionnalisme. L'attachement aux formes anciennes de l'existence y est peu développé, tandis que les techniques nouvelles sont adoptées sans peine, même dans les campagnes les plus reculées. Le goût prononcé des Belges pour leur indépendance individuelle — ce sont les épisodes de leur histoire qui s'y rapportent dont ils sont le plus fiers — crée chez eux un « climat » où toutes les idées s'épanouissent avec vigueur pourvu qu'elles soient nouvelles. Libre échangiste en matière économique, par nécessité, la Belgique l'est par préférence dans le domaine des idées.

Il n'y a donc rien de surprenant à ce que les milieux juridiques, bien qu'ils jouissent, en Belgique comme ailleurs, de la réputation d'être plus hostiles aux innovations, plus conservateurs de formules périmées, que d'autres, aient donné naissance à un mouvement en faveur de l'étude régulière et systématique des législations étrangères. La présence, à la fondation de l'Institut belge de droit comparé, en 1908, de hautes personna-

lités de la magistrature, du barreau et de la politique, est symptomatique à cet égard. Le mouvement en faveur de l'étude du droit étranger n'a pas un caractère académique. Il est essentiellement pratique ; il est destiné à enrichir le fonds où le praticien du droit va puiser son sentiment de la justice et de l'équité, en vue de la solution des conflits toujours nouveaux qui lui sont soumis.

C'est ainsi que, il y a plus d'un quart de siècle déjà, dans le préambule de la première livraison de la revue de l'Institut belge, on peut lire ces phrases dans lesquelles ses membres actuels trouvent toujours l'expression de leur idéal : « La science du droit comparé est une science moderne, dont l'importance ne peut que grandir à mesure que les distances se raccourcissent et que les peuples se rapprochent. Mais l'étude du droit comparé n'est pas un simple rapprochement de textes de lois étrangères, c'est une science philosophique et sociale, le législateur ne peut l'ignorer. Ainsi, au milieu de la diversité, on rencontre des principes fondamentaux communs aux législations des principaux pays... Celui qui ne voit dans le droit qu'une règle absolue, quasi immuable, envisage presque nécessairement les lois nouvelles comme le résultat d'une erreur ou d'un caprice du législateur. Celui, au contraire, qui étudie une institution juridique dans ses origines, la suit dans son développement, l'éclaire par le droit comparé, s'aperçoit bientôt de ce fait fondamental qui domine toute la sociologie : la loi de l'évolution ».

Œuvre des praticiens du droit, l'Institut belge devait s'attacher plus à la diffusion des principes du droit étranger qu'à des constructions systématiques. Ce n'est pas que cet aspect de la science fût étranger aux préoccupations de ses dirigeants ; mais il vaut mieux qu'une œuvre créatrice de grande envergure, apanage de la science pure, soit réservée aux savants, qui se consacrent à l'enseignement et aux recherches et sont, dès lors, dégagés des besognes fastidieuses qu'exige l'application quotidienne du droit.

La haute figure de la Science à laquelle nous songeons en écrivant ces lignes, M. Edouard Lambert la réalise entièrement. N'a-t-il pas été l'animateur dont la parole et les écrits ont orienté les juristes vers la connaissance des réalités profondes, des vérités psychologiques et sociales qui se dissimulent dans le droit ? Nous ne pouvons oublier, pour notre part, le magnifique enseignement que furent les leçons qu'il donna, à l'Université de Bruxelles, il y a une quinzaine d'années, sur le droit du travail. A cette occasion, les membres de l'Institut belge eurent le privilège de recevoir le Maître et de lui témoigner leur admiration.

Il n'est pas indispensable, pour le progrès du droit, de multiplier les créations systématiques. Quelques œuvres suffisent. Dans ce domaine de la science, plus encore que dans d'autres, peut-être, la qualité est-elle infiniment plus précieuse que l'abondance. C'est l'esprit de l'œuvre, donc de l'homme, qui lui donne une force impulsive.

Mais à côté des grandes évocations de systèmes, d'autres travaux sont indispensables pour établir le contact entre les principes généraux et les réalités de l'application. Il y a place, dans la science, pour des travaux moins ambitieux, de moindre envergure, touchant à des sujets

plus particuliers, et qui ont pourtant leurs mérites. C'est une participation de cette importance que s'efforce d'apporter à la connaissance du droit la revue de l'Institut belge. Elle tend, avant tout, à « renseigner » de la façon la plus exacte possible, sur le plus grand nombre de questions compatible avec ses moyens, et concernant les nations les plus diverses. Cette tendance, on la trouvait dans les premières livraisons de 1908-1909, où voisinaient des études sur le testament en droit anglais ; la loi allemande sur le chèque ; le régime hypothécaire aux Etats-Unis ; la constitution et les lois organiques au Japon. On la trouve encore dans les livraisons des dernières années, où des articles traitant de sujets très variés paraissent à côté d'une documentation abondante, sur les législations qui viennent de voir le jour.

Bien que son œuvre soit modeste, l'Institut belge de droit comparé s'honore de servir une science qui a pour elle l'avenir et de suivre une carrière qu'illustre une personnalité aussi attachante que celle de M. Edouard Lambert.

L'INSTITUT DE SOCIOLOGIE SOLVAY

Par Ernest MAHAIM

*Professeur à la Faculté de Droit de Liège,
Directeur honoraire de l'Institut Solvay.*

Ernest Solvay est un inventeur de génie qui trouva, en 1861, un procédé industriel de production de la soude, invention qui se révéla féconde au point de faire, de son auteur, vers 1900, le « roi de la soude » régnant sur des établissements industriels répandus dans le monde entier et à la tête d'une très grande fortune.

Ernest Solvay était un penseur. Son esprit, toujours au travail, était attiré par des problèmes de physique qui le menaient vers une philosophie de l'Univers. Il était préoccupé de la recherche d'une « synthèse » scientifique.

Dix ans après avoir fondé un institut de physiologie, il songea à fonder un institut de sociologie parce qu'il pensait à « rattacher fondamentalement les facteurs économiques prépondérants dans l'évolution des peuples, aux facteurs physiologiques et physiques qui régissent l'homme et la nature ».

Il avait déjà, quelques années auparavant, chargé un comité de savants, dont Hector Denis, Guillaume de Greef, Emile Vandervelde faisaient partie, de faire des recherches dans le sens de certaines idées maîtresses de son plan social : il s'agissait, entre autres, de ce qu'il avait appelé le *comptabilisme*.

C'est en 1900 qu'il fit la connaissance d'Emile Waxweiler. Celui-ci était alors fonctionnaire du Ministère du Travail et il venait de participer avec éclat à la direction du recensement industriel de 1896 qui, après celui de Quetelet (en 1846) est considéré comme un chef-d'œuvre de statistique administrative. M. Solvay, avec sa grande expérience des hommes, reconnut du premier coup en lui l'intelligence souveraine et le caractère résolu qui convenaient à ses desseins. Waxweiler, détaché du Ministère, fut chargé, par M. Solvay, de fonder un institut nouveau, consacré à l'étude des problèmes sociaux.

Par une convention passée avec la ville de Bruxelles, le 3 juin 1901, celle-ci concède, à M. Solvay, le terrain nécessaire à l'érection de l'Institut, à la condition qu'à l'expiration d'une période de vingt-cinq ans, l'Institut, son mobilier et son outillage scientifique appartiennent à la ville de Bruxelles.

Le fondateur avait assigné pour but à l'Institut de poursuivre les études auxquelles il s'était appliqué « et de fournir, à tous les chercheurs, le moyen de contribuer au progrès des sciences sociales ». C'est ainsi que l'Institut est devenu un laboratoire ouvert à tous les chercheurs qualifiés pour entreprendre des études sérieuses.

En quoi consiste ce laboratoire ?

Essentiellement en une bibliothèque spécialisée, où le public parasite des bibliothèques publiques est écarté, et agencée en sorte que l'homme d'études ne rencontre ni empêchements matériels ni intermédiaires administratifs. Aussi la bibliothèque n'a pas de bibliothécaire : deux catalogues, l'un par noms d'auteurs, l'autre par ordre de matières, fournissent clairement les indications suffisantes pour que le lecteur puisse trouver lui-même dans les rayons les livres qu'il cherche.

L'entrée dans la grande salle de lecture laisse une impression de calme, de sérénité. Point de livres couchés les uns sur les autres ou adossés en des poses obliques ; point de couleurs disparates attirant le regard. Les livres sont placés dans des emboîtages de hauteur uniforme, de couleur bleue si l'ouvrage est écrit en français, verte en allemand, brune en anglais ou en d'autres langues. Ils portent sur le plat un feuillet sur lequel l'emprunteur écrit son nom, date de l'emprunt et la date de la remise en place. Aucun livre ne peut sortir de l'Institut ; les lecteurs ne les emportent que jusqu'à la place qui leur est réservée. Celle-ci peut être un pupitre dans la salle de lecture, ou l'une des douze petites cellules qui entourent la grande salle — asiles de silence et de calme, où le chercheur est chez lui et peut travailler dans les meilleures conditions pour le travail de l'esprit. Waxweiler gardait rancune aux anciennes bibliothèques où les fonctionnaires paraissaient préposés à servir d'obstacles plutôt que d'aides aux lecteurs. De là, son idée de mettre tous les livres directement à la disposition des lecteurs. De là aussi cette préoccupation de permettre que l'on puisse aller consulter l'ouvrage désiré même dans l'atelier du relieur attaché à l'Institut. La réponse : « l'ouvrage est à la reliure » ne devait jamais être considérée comme une fin de non-recevoir.

Quant aux quelques deux cent cinquante revues et journaux reçus par l'Institut, les derniers numéros sont déposés à la salle de lecture et les collections se trouvent dans les rayons du vaste sous-sol où l'on peut les consulter comme les numéros courants et où des tables sont encore disposées pour ce travail.

La salle des catalogues sert de salle de conférences ; elle est de dimensions restreintes, mais suffisantes pour les réunions de collaborateurs, de professeurs et d'étudiants qui la fréquentent. Elle est outillée pour des projections lumineuses. Quand il est nécessaire d'organiser des séances pour un auditoire nombreux, la salle de lecture se transforme aisément et peut contenir plusieurs centaines d'auditeurs.

L'Institut est resté, à quelques détails près, ce qu'il était au début. Mais l'augmentation continue des collections et des acquisitions de livres, pose de façon de plus en plus pressante le problème de l'encombrement. Il est résolu de loin en loin, par des dons que l'Institut fait à la bibliothèque de l'Université de Bruxelles. C'est ainsi qu'une ample collection de sources historiques est passée de l'Institut au Séminaire d'histoire de l'Université, où elle est mieux à sa place et mieux utilisée.

Magnifique instrument de travail, l'Institut était, à l'époque de sa fondation, unique au monde en ce sens qu'à cette époque, aucun institut scientifique n'était consacré à la recherche sociologique pure. Nulle part, on ne trouvait de dispositions plus généreuses pour l'accueil libéral des savants.

Cette hospitalité généreuse doit être portée à l'actif de l'Institut. Toutes les recherches scientifiques qui s'y sont poursuivies n'ont pas donné lieu à des publications, loin de là. La disposition du règlement qui fait aux auteurs de recherches l'obligation morale d'en réserver la publication à l'Institut n'a jamais été sanctionnée. Dans ces cellules de travail, dans ces réunions de groupes, combien d'efforts de pensée ont été initiés et soutenus, dans ce bâtiment tutélaire, que d'esprits ont trouvé les matériaux d'œuvres variées qui se sont dispersées au loin !

Mais, les publications faites sous les auspices et avec les ressources de l'Institut constituent déjà, à elles seules, un monument imposant.

Jusqu'en 1914, les travaux de l'Institut ont été édités en trois séries de publications.

La première, les *Notes et Mémoires*, présente des recherches originales, souvent mais pas exclusivement d'ordre théorique. Onze fascicules y ont paru. En tête se trouve une note importante de Solvay sur des *Formules d'introduction à l'énergétique*, qui révèlent le fond de sa pensée philosophique. C'est là que l'on peut le mieux saisir le lien qu'il établit entre l'homme et la société ; c'est là que l'on trouve l'unité de sa conception. Partant de sa définition énergétique de l'individu, il émet cette hypothèse, qui lui paraît évidente, que la société humaine doit pouvoir elle-même être définie en une somme de réactions tendant au rendement maximum en énergie. Cette note reste comme l'exposé le plus explicite de la méthode et de la manière de penser de Solvay. C'est en même temps le témoignage de l'intérêt respectueux que l'Institut a toujours témoigné à la pensée du Fondateur.

Le second fascicule a l'importance d'un manifeste : c'est l'*Esquisse d'une Sociologie*, de Waxweiler. Il date de 1906, et on peut dire qu'il est le résultat d'un effort intellectuel extraordinaire. A coup sûr, le jeune directeur de l'Institut a voulu, dès le début des publications, donner au monde la preuve qu'il était né une école nouvelle en sociologie. Son *Esquisse* n'a pas d'analogue et est une œuvre originale. Sans doute, il modifiera quelque peu plus tard sa conception. A cette époque, il est encore dominé par le point de vue biologique. Il conçoit la sociologie comme une éthologie, c'est-à-dire une science de l'être dans ses rapports avec son milieu. Plus tard, il se rapprochera davantage de la psychologie, mais il y a déjà, dans ce livre fondamental, tous les principes de méthode qui vont le guider si brillamment dans ses travaux futurs. On est impressionné notamment par sa préoccupation constante de serrer de près la réalité, le concret, l'individuel.

Raphaël Petrucci a donné, dans cette collection, deux ouvrages qui ont attiré l'attention. Il s'agissait de sociologie comparée : l'un voulait retrouver les *Origines naturelles de la propriété*, l'autre soutenait la *Non-comparabilité des sociétés animales*.

M. Wodon a publié de précieuses *Notes critiques sur quelques erreurs de méthode dans l'étude de l'homme primitif*, étude qui était, à cette époque, l'objet de travaux sans véritable portée sociologique.

Le Dr. Houze qui fut tout un temps l'un des conseillers les plus écoutés de Waxweiler, s'est plu à faire une étude critique de l'*Aryen et de l'An-*

throposociologie, étude décisive qui mettait à néant tant d'idées fausses en matière d'archéologie et de préhistoire, et qui est encore d'actualité.

Dans le fascicule intitulé : *Mesure des Capacités intellectuelle et énergétique*, Ch. Henry essayait d'apporter aux études d'Ernest Solvay l'adjuvant d'un appareil de mesure intéressant, empruntant les méthodes de la statistique mathématique.

L'ouvrage d'un professeur de nationalité hongroise, M. E. Somlo, publié en allemand, sur la *Circulation des biens dans la société primitive*, témoigne à la fois de la variété et de l'objectivité des travaux de l'Institut. Il s'agit là du redressement de certaines théories de Karl Bucher sur l'économie des primitifs.

Trois enquêtes font encore partie de cette collection. C'est d'abord une célèbre *Enquête sur le régime alimentaire de 1.065 ouvriers belges*, entreprise par Waxweiler et le Dr. Slosse qui est encore citée et utilisée aujourd'hui comme un modèle du genre, et qui révéla tant de faits ignorés de la situation de notre classe ouvrière.

C'est ensuite les *Recherches* de M. Varendonck sur les *Sociétés d'Enfants*, qui mettaient à jour toute une part inconnue de la psychologie infantile et de son influence sur les phénomènes sociaux.

La dernière est l'enquête de l'auteur de ces lignes sur les *Abonnements d'ouvriers*, qui n'eût certainement jamais vu le jour sans la générosité de l'Institut.

La seconde collection de publications porte le titre d'*Etudes Sociales*. Ce sont des volumes in-8 qui présentent l'étude de phénomènes sociaux importants non seulement au point de vue théorique, mais aussi au point de vue pratique.

Nous signalerons en première ligne l'un des ouvrages d'Adolphe Prins où il a déposé le meilleur de son génie constructif : *L'esprit du Gouvernement démocratique*.

M. de Leener, qui partage avec M. Warnotte le privilège d'avoir appartenu à l'Institut depuis son origine, a fait paraître dans cette collection, une importante étude sur *l'Organisation syndicale des chefs d'industrie*. ouvrage, on peut le dire, en avance sur son temps.

M. Ansiaux poursuivait ici la série de ses travaux sur la question monétaire par un volume sur *Les Principes de la politique régulatrice des changes*, prélude à tant de travaux qui ont fait de lui le spécialiste autorisé que l'on connaît.

La question des *Régies Communales* a été étudiée par M. Brees d'une façon approfondie; son livre, qui est du droit administratif en même temps que de l'économie politique, a conservé, chose remarquable, une valeur actuelle.

M. Ingenbleek débutait dans la science financière par une belle étude intitulée : *Impôts directs ou indirects sur le revenu*, qui le préparait admirablement à de hautes fonctions.

C'est dans cette collection encore que, sous la signature du regretté M. Lewinski, parut un ouvrage révélateur sur *l'Evolution industrielle de la Belgique* qui, reprenant toute l'histoire de notre industrie depuis le XVIII^e siècle, en donnait les caractères et en traçait l'évolution.

Une enquête sur les *ouvriers agricoles*, de M. Bouche, termine cette collection en l'enrichissant de faits généralement mal connus.

Avec la troisième collection, qui s'appelle les *Actualités Sociales*, nous abordons un autre genre d'ouvrages. « Nous n'avons pas cru, écrivait Waxweiler, qu'il fut possible de limiter l'activité de l'Institut de Sociologie à la pure investigation scientifique. Le domaine des recherches sociales est trop humain pour que l'on puisse, en le parcourant, se désintéresser des applications auxquelles sollicitent à la fois l'instinct personnel du mieux et la solidarité des aspirations, des intérêts ou des souffrances d'autrui. »

De là une série de petits volumes in-16° traitant des problèmes les plus divers qui, à un moment donné, sollicitaient l'attention publique. Vingt volumes ont été ainsi édités en moins de dix ans. On y trouve, tout d'abord, un résumé des idées d'Ernest Solvay sur le productivisme et le comptabilisme, sous le titre de *Principes d'Orientation Sociale*. Puis, des questions économiques, comme : *Que faut-il faire de nos industries à domicile ?* par M. Ansiaux ; *Le charbon dans le Nord de la Belgique*, par MM. de Leener, Wodon et Waxweiler ; le *Procès du Libre-Echange en Angleterre*, par M. Crick ; *Ce qui manque au commerce belge d'exportation*, par M. de Leener, ainsi que la *Politique des Transports en Belgique* ; *Une expérience industrielle de réduction de la journée de travail*, par M. Fromant.

Des questions d'ergologie comme : *L'augmentation du rendement de la machine humaine*, du Dr Querton ; *Entraînement et fatigue au point de vue militaire*, par Mlle Joteyko. Des questions d'organisation sociale : *l'Assurance et l'assistance mutuelles au point de vue médical*, par le Dr Querton ; *Ce que l'armée peut être pour la nation*, par M. Fastrez ; *La lutte contre la dégénérescence en Angleterre*, par les Drs Ensich et Boulenger.

Des questions de droit : *Les sociétés anonymes, abus et remèdes*, par M. Théate ; la *Personnification civile des associations*, par MM. Prins, Marcq, Vauthier et Errera ; la *Défense sociale et les transformations du droit pénal*, par M. Prins.

Des questions coloniales : *Le commerce et l'agriculture au Katanga*, deux volumes contenant les résultats d'une mission confiée à M. de Leener par l'Institut.

Le petit volume intitulé : *La politique de réforme sociale en Angleterre*, mérite peut-être une mention à part : c'est le résumé de conférences qui furent faites à l'Institut par quatre membres du Parlement anglais appartenant à l'*Eighty Club* et qui avaient été invités par M. Solvay en vue de faire connaître l'orientation du parti libéral anglais en matière sociale.

On le voit, l'Institut ne se contentait pas d'accumuler les informations, les connaissances, les documents ; il entendait, par la variété de ses travaux et la diversité des points de vue, faire profiter le public de ses recherches.

En 1910, une nouvelle publication vint s'ajouter à celles que nous avons énumérées : c'est un *Bulletin Mensuel* qui, au bout de quelques mois, s'appelle les *Archives Sociologiques*. Dans une préface, extrêmement remarquable, Waxweiler en trace le programme. Il s'agit essentiellement de donner, sous l'impulsion des circonstances, des lectures, des travaux journaliers, les résultats de l'adoption du point de vue sociologique. On veut saisir, non plus tant les formes des institutions sociales que les fonctions qui leur donnent naissance ; on veut expliquer les choses par leur genèse, « sans essayer de substituer aux faits tels qu'ils se présentent un arrangement artificiel et arbitraire venu des suggestions de la logique ou de l'imagination ».

Ce programme a été exécuté. Chaque numéro du périodique contient des articles de fond où l'on reconnaît l'inspiration du Directeur, et où ce point de vue est développé, à l'occasion des objets les plus divers.

Mais chaque numéro contient encore autre chose, que je tiens à signaler comme un des plus précieux travaux qui aient été entrepris à l'Institut : c'est la *Chronique du mouvement scientifique* qui a pour auteur M. Daniel Warnotte. Depuis 1910, dans le *Bulletin* et les *Archives* et, après guerre, dans la *Revue* actuelle de l'Institut, M. Warnotte rend compte de toutes les publications dignes d'être mentionnées dans le domaine entier des sciences sociales, c'est-à-dire : les sciences bio-psychologiques, l'ethnologie, les sciences historiques, la science des religions, la science du langage, l'économie politique et sociale, la démographie, le droit, la politique, la littérature et l'art, la philosophie, la sociologie proprement dite, le tout au point de vue du sociologue. J'atteste que, dans aucun pays, en aucune langue, semblable travail n'est fait, avec cette constance, cette précision, ce sens de la découverte, et que notre collègue rend des services inestimables à un grand nombre d'hommes de science. Il m'est agréable de dire ici que son travail est journellement apprécié et admiré à l'étranger.

Les *Archives sociologiques* sont en grande partie l'œuvre de Waxweiler. C'est là qu'il faut chercher le développement de sa pensée et en constater l'ascension continue. On y voit aussi toute l'activité de l'Institut, qui devenait peu à peu le foyer auquel de nombreux chercheurs venaient et aimaient à se rencontrer. On avait formé des *groupes d'études* qui se réunissaient périodiquement et discutaient, dans l'atmosphère de paix et de sérénité qui convient à la recherche de la vérité.

On avait institué l'*Intermédiaire Sociologique*, office international de documentation et d'information pour les sciences sociales, dont la direction est encore confiée à M. Warnotte. « Il a pour objet d'établir des rapports entre les personnalités, les sociétés, les institutions, en leur permettant de coopérer à une œuvre commune de documentation et d'aide scientifique mutuelle ». A cet effet, plusieurs centaines de savants ont été pressentis et sollicités d'indiquer à l'avance les questions et les matières sur lesquelles ils consentaient à donner des renseignements, et quand une demande à laquelle nous n'avons pas nous-mêmes la réponse nous est adressée, nous l'envoyons au correspondant compétent qui ne manque jamais de nous fournir la réponse désirée.

Telle était l'activité générale de l'Institut quand, brusquement, survient la catastrophe : la guerre est déchaînée. Waxweiler suit le Roi et le Gouvernement à l'étranger. Il met à leur service les ressources de ses connaissances et de son énergie. On sait comment il sert le pays par deux livres admirables : *La Belgique neutre et loyale* et *Le procès de la neutralité belge*, et par une campagne de conférences dont le souvenir n'est pas perdu en Suisse. Il était occupé à servir encore le Gouvernement dans les négociations économiques avec la France, quand il fut brutalement tué, à Londres, par un accident d'automobile. Il avait quarante-neuf ans. Jamais on ne déploiera assez la perte que le pays et la science ont faite en le perdant.

Pendant l'occupation allemande, l'Institut n'eût point à souffrir de dommages matériels. Il resta ouvert jusqu'au moment où il fut réquisitionné pour servir de salle de lecture aux militaires qui suivaient les cours organisés par l'autorité allemande à l'Ecole de commerce.

Quand la liberté lui fut rendue, en mai 1918, l'Institut continua à être le rendez-vous des groupes de collaborateurs qui avaient commencé, sous la direction conjointe de M. Barnich et Ansiaux, à faire des études en vue de la reconstitution nationale.

Il en résulta, en 1919 et en 1920 la publication de neuf volumes, qui eurent pour objet : *l'Impôt sur les bénéfices de guerre, la question des loyers, l'action de l'Etat contre l'alcoolisme, la Réforme du Sénat*, due à M. Smets; *l'autonomie des Chemins de fer de l'Etat belge, l'impôt successoral, la réforme du régime douanier des produits alimentaires, le retour à la légalité et l'organisation régionale des services publics*.

En 1920, M. Hostelet succéda à M. Ansiaux à la direction de l'Institut à côté de M. Barnich.

En juillet, la *Revue de l'Institut de Sociologie* prit la place des *Archives sociologiques* et parut d'abord tous les deux mois; aujourd'hui elle a dû restreindre sa périodicité et ne paraître qu'une fois par trimestre.

Deux ouvrages spéciaux furent publiés en 1921 : le *Mouvement coopératif en Russie*, par G. Bekker, et une importante étude d'ethnographie congolaise, intitulée *Azande*, due à un jeune explorateur, M. de Calonne-Beaufaict, qui mourut prématurément et dont l'œuvre posthume fut mise au point par le colonel Alex. Bertrand.

C'est le 26 mai 1922 que M. Ernest Solvay s'éteignit, dans la gloire d'une vie exemplaire, où l'action se mêle à la pensée vers le bien et vers le vrai, où le cœur est aussi grand que le caractère. Il lui avait été donné aussi de servir son pays aux heures d'angoisse. On n'oubliera jamais qu'il fut le fondateur et le président d'honneur du Comité National de Secours et d'Alimentation qui sauva la population de la famine.

Le sort de l'Institut de Sociologie était aux mains de ses héritiers. Ils ont voulu, par une générosité respectueuse des volontés de leur auteur, en assurer l'avenir en le remettant à l'Université Libre de Bruxelles, dont la pérennité garantit celle de l'Institut. Celui-ci, désormais, est partie intégrante du grand établissement d'enseignement supérieur qui fait honneur à la capitale.

L'Université de Bruxelles et la famille Solvay ont été d'accord pour appeler à la direction de l'Institut le signataire de ces pages, qui n'était pas un sociologue de carrière mais qui avait cultivé, depuis plus de quarante ans, le domaine d'un bon nombre de sciences sociales. Son grand souci a été de promouvoir l'institution dans les voies où elle s'est développée.

Il a tout d'abord tenté d'exécuter une œuvre collective : *La Belgique restaurée* (1926) a décrit le redressement du pays, sous un point de vue sociologique, par la réunion d'œuvres des collaborateurs de l'Institut. M. Olbrechts y a étudié *la population*, M. Smets, *les Régions dévastées*; M. de Leener, *l'agriculture, l'industrie et le commerce*; M. Gottschalk, *le travail*; M. Chlepner, *les finances*; M. Hostelet, *la colonie*, tandis que le directeur traitait de *la fortune et du bien-être*.

Malheureusement, les circonstances n'ont pas permis le renouvellement de cette réussite.

Les collaborateurs n'en ont pas moins continué à publier des travaux personnels. M. Chlepner a entrepris une *Histoire de la Banque en Belgique* qui n'avait jamais été étudiée d'une façon scientifique dans le pays. H. Ferbert Speyer a donné, sous le titre de *la Réforme de l'Etat*, en 1926, une con-

tribution intéressante, à une question de la plus haute actualité. Il en a ajouté une autre en 1935, sous le titre : *Corporatisme ou Parlementarisme réformé ?* M. de Leener a étudié la *primauté de l'individu* et *Les Chemins de fer en Belgique*. M. Gottschaix, *les conditions du travail dans le territoire de la Sarre*, et Mlle Hélène Antonopoulo *les Commissions paritaires d'industrie*. M. Dupréel a écrit en 1928 : *Deux essais sur le Progrès* qui ont été fort remarquables.

En 1921, l'Institut a créé un nouveau service d'enquêtes sociales qui, placé sous la direction de M. G. Jacquemyns, a déjà fait des investigations des plus intéressantes. Une enquête sur les *Conditions de vie des chômeurs assurés* a donné cinq fascicules pour les diverses régions du pays, et a été l'occasion d'une grande étude de M. le Professeur Bigwood sur *l'alimentation rationnelle et les besoins énergétiques d'une population ouvrière* (1934).

Mlle Aimée Racine a étudié *Les Enfants traduits en justice* d'après trois cents dossiers du tribunal des enfants de Bruxelles et en a tiré un volume qui n'a pas son analogue dans la littérature du droit pénal.

A la suite d'une mission en Italie, M. Jacquemyns a publié un volume sur *La Politique rurale de l'Italie fasciste* (1936).

En 1935, M. Georges Smets, professeur à l'Université de Bruxelles, a remplacé à la direction de l'Institut, M. Ernest Mahaim, appelé à l'honoraire.

Les groupes d'études continuent à se réunir périodiquement et réunissent des collaborateurs de l'Institut avec des professeurs de l'Université et des chercheurs spécialisés.

La *Revue de l'Institut* donne quatre fois par ans, trois articles de fond, des notes sociologiques et la précieuse chronique du mouvement scientifique par M. Warnotte.

L'*Intermédiaire sociologique* fournit, chaque année, une centaine d'études de bibliographie ou des renseignements divers aux savants qui lui posent des questions.

Chaque année, l'Institut organise une *Semaine Sociale Universitaire* où des étudiants, des anciens étudiants et des professeurs — environ 150 à 200 — reprenant une tradition due à l'initiative d'Emile Waxweiler, essayent de se rendre compte, d'une manière concrète, par la connaissance des hommes et des institutions, par des excursions et des visites préparées, d'un certain nombre de phénomènes sociaux actuels ou intéressants. Waxweiler avait consacré la première, en 1912, à la question des langues en Belgique, puis il l'avait fait porter sur la nécessité d'une haute éducation technique et économique de l'ouvrier belge. Vint l'interruption due à la guerre et les Semaines sociales reprennent : sur l'organisation professionnelle des employeurs et des ouvriers, sur le Régime parlementaire en Belgique, sur le productivisme, sur les transformations de la Campine, sur l'organisation d'une grande ville (Bruxelles), sur les classes sociales, sur l'étranger en Belgique, sur le Congo, sur le Grand-Duché de Luxembourg, sur les Classes moyennes et la crise, sur l'Information, sur l'Alimentation, et la prochaine, celle de 1937, portera sur les Loisirs et les divertissements. Cette énumération de sujets qui paraissent disparates, donne une fausse idée de l'intérêt

scientifique des Semaines, qui sont dominées par une même préoccupation et une même direction : faire réfléchir du point de vue *sociologique*.

Telle est l'activité de l'Institut de Sociologie Solvay. Elle poursuit dans la paix et la sérénité d'une œuvre impérissable, la réalité d'un centre d'attraction pour les esprits avides de savoir et de vérité.

SECTION IV

LA FRANCE

GOULE, *La Société de Législation Comparée.*

BOUGLE, *Le Centre de Documentation Sociale de Paris.*

Mme BASDEVANT-BASTID, *L'Institut de Droit Comparé de Lyon.*

(Cette dernière contribution publiée ci-dessus dans l'Introduction,
Titre I^{er}, Chapitre III, § 1).

LA SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE (PARIS)

Par Paul GOULE

Secrétaire général de la Société de Législation Comparée, Paris

La Société de Législation comparée s'est fondée en 1869. M. Alexandre Ribot, ancien président du Conseil, raconte comment il est allé avec Paul Jozon, trouver Laboulaye, professeur de législation comparée au Collège de France, pour constituer la nouvelle Association ⁽¹⁾. « Bientôt, dit-il, cette Société peut compter parmi ses membres tout ce qu'il y a de plus considérable dans l'enseignement du droit, dans la magistrature, dans le barreau et dans le Conseil d'Etat. » La liste des fondateurs a paru dans le bulletin de la Société la première année. Parmi les avocats on y lit les grands noms de Gambetta, Jules Ferry, Arago, du Buit, Durier. Parmi les professeurs à la Faculté de Droit, nous retrouvons les grands maîtres dont nous avons suivi l'enseignement, soit dans leurs cours, soit dans leurs livres, Accarias, Batbie, Beudant, Bufnoir, Gérardin, Colmet de Santerre, Demante, réunis une fois de plus, Glasson, Boissonnade, Valette, Duvergier, etc. Parmi les magistrats, Faustin Hélie, de Boislile, Edmond Bertrand, Larombière, Georges Picot, de Franqueville, Tanon. D'autres hautes personnalités comme le Duc de Broglie, Léon Say, Paul Levy-Bernheim, Jules Simon, formaient un quatrième groupe non moins imposant que les autres. Mais quel danger de citer des noms ! les omissions risquent d'être nombreuses. Que d'autres devraient prendre place ici, il nous est cependant impossible de les rappeler tous. Il faut relire avec émotion et recueillement cette liste qui n'a plus, hélas ! un seul survivant. 260 noms la composent ⁽²⁾. Ce sont surtout des Parisiens, 12 membres représentent les départements. Il n'y a pas encore de membres étrangers : mais leur adhésion est imminente.

Quel était le but de la Société ? C'est encore M. Ribot qui nous le dira : « A cette époque, on commençait à se rendre compte que le droit devait sortir des limites un peu étroites des législations particulières. La-

(1) Les transformations du droit dans les principaux pays depuis 50 ans (1869-1919) livre du cinquantenaire de la Société de législation comparée. Discours de M. Alexandre Ribot, t. I, p. 113.

(2) *Bulletin de la Société*, t. I, 1869-1872, p. 14. Il faut ajouter à ces noms en cours d'année, ceux de Lyon-Caen, Renault et Demolombe, qui devaient rendre à la Société tant de services éminents.

boulaye estimait que la législation ne devait plus être une œuvre locale, mais une œuvre à laquelle l'expérience du monde entier devait collaborer. »

Dès le début, les séances sont consacrées à recueillir des documents. La première préoccupation des membres est l'étude de la lettre de change, qui reste toujours d'une si brûlante actualité. La commission nommée fait traduire les différents textes étrangers ⁽³⁾. On voit que tout de suite la Société s'est préoccupée de s'assurer le concours de correspondants en Belgique, Hollande, Angleterre, Italie, Prusse et Etats Scandinaves. Combien de pays se sont ajoutés depuis. Il fallait aussi constituer une bibliothèque, avoir pour chaque pays un recueil des lois ou coutumes générales, s'abonner aux Bulletins des lois, ou aux journaux officiels, enfin se procurer les ouvrages juridiques qui font autorité. Nous ne saurions trop insister sur ce plan méthodique vigoureux d'où sortirent les premiers travaux et qui s'impose toujours encore maintenant.

*
**

Les séances de 1869 révèlent le retentissement dans le monde entier des projets des fondateurs : Luzzati, Westlake, Asser, Rolin Jacquemyns, Rivier, envoient leurs adhésions ; les ouvrages adressés de l'étranger affluent, les secrétaires en rendent compte en séance.

Il n'est pas moins intéressant de lire quel était le budget de la Société à la séance du 13 janvier 1870. M. Ribot, trésorier, indique dans son rapport que les dépenses s'élèvent à 4.030 francs contre 5.520 francs de recettes laissant au 31 décembre 1869 un solde de 1.489 fr. 28. Que dirait aujourd'hui notre Trésorier s'il était en possession d'une somme aussi minime. M. Ribot, qui fut depuis plusieurs fois ministre des finances à des heures particulièrement difficiles, se rendait compte de la nécessité pour une société d'un budget en équilibre.

*
**

La guerre de 1870-1871 vint interrompre les travaux de la Société. Ils s'arrêtent au 16 juin 1870, mais aussitôt la guerre finie, ils reprennent avec plus d'ardeur, plus d'enthousiasme que jamais. Dès le 28 novembre 1871, M. Laboulaye, président la séance, proclame que la Société a un rôle à jouer dans l'œuvre de réparation. « Nos malheurs viennent de notre ignorance de la loi et de la justice. Il faut faire respecter la justice par le législateur, la loi par les citoyens. »

*
**

C'est alors que vint à la Société l'idée de publier un Annuaire législatif, contenant, avec des notes et des commentaires, la traduction en français des principales lois d'intérêt général promulguées à l'étranger. Il paraît, nous confie M. Ribot, que cette idée rencontra quelque résistance dans le conseil de direction. « On exprima la crainte qu'il fût malaisé de

(3) *Bulletin*, p. 23.

trouver des traducteurs en nombre suffisant pour une œuvre de cette envergure et que si on réussissait à les grouper, leur zèle ne se ralentît au bout de quelques années... L'événement a donné tort à ces prévisions un peu pessimistes, mais n'est-ce pas une merveille qu'on ait pu maintenir compact ce petit bataillon de travailleurs désintéressés ? » (4). Le premier volume parut en 1872.

Aujourd'hui, la collection de l'Annuaire de législation étrangère en comprend une soixantaine d'autres, complétés par deux tables de trente années. L'expérience des recherches de bibliothèques nous a convaincu que c'est tout d'abord à ces volumes qu'il faut recourir quand il s'agit de s'enquérir de l'état du droit étranger sur une matière déterminée. Un *Annuaire de législation française*, qui a pris naissance quelques années plus tard, s'étend sur 50 années (5). Nous ne devons pas oublier que dans la Bibliothèque de la Société on trouve plus de 30.000 volumes, recueils de toutes législations, aussi études sur le droit de tous les pays, et d'importants fichiers constituant la mise à jour des catalogues et donnant également des renseignements sur les livres d'autres bibliothèques avec lesquelles la Société a conservé une liaison permanente.

Il est à remarquer — et la Société s'en est toujours rendu compte — qu'elle ne pouvait à elle seule assurer l'exécution de la très lourde tâche que lui avaient assignée ses promoteurs. C'est ainsi que très peu de temps après sa fondation, le secrétaire général au Ministère de la Justice obtenait de M. Dufaure, garde des sceaux, la création d'un Bureau de législation étrangère, et le ministre offrait à la Société le concours de son ministère, notamment pour faire venir de l'étranger les documents dont elle avait besoin. A la Société ces excellentes intentions étaient accueillies avec gratitude et enthousiasme. Ses membres collaboraient à la traduction des codes et de certaines lois étrangères que les ressources de la Société ne lui permettaient pas d'entreprendre.

Entre les deux organismes, Société de législation comparée et Comité de législation étrangère, les liens étaient des plus étroits comme entre les enfants d'un même père. Les membres du Comité appartenaient pour la plupart à la Société ; les traducteurs et auteurs étaient désignés par la Société, parmi nos membres. On peut lire leurs noms dans cette belle collection unique au monde des codes étrangers, d'une impression si soignée, où le texte s'accompagne de notes d'une grande richesse de documentation et où l'œuvre des traducteurs a été l'objet d'une revision si complète. Je ne peux pas ici ne pas rendre un éclatant hommage à celui qui dirigea avec tant d'autorité, les travaux de l'Office, Joseph Dubois, décédé il y a quelques jours : nous savons avec quelle persévérance, quel souci de l'expression à la fois exacte et élégante, il revoyait les traductions qui lui étaient remises, et ce que nous lui devons tous pour ses corrections si heureuses et pour ses conseils toujours si justes et prodigués avec autant de dévouement que de cordialité. Il nous est impossible de ne pas associer au souvenir de Joseph Dubois, les deux derniers présidents

(4) *Libre du Cinquantenaire*, p. 115.

(5) Nous verrons plus loin les autres publications entreprises par la Société.

du Comité, MM. Falcimaigne et Grunebaum Ballin, qui ont cumulé cette présidence avec celle de la Société pour le plus grand profit des deux organismes. Les liens entre eux se sont affirmés avec un éclat tout particulier dans des séances communes à l'Office et à la Société tenues dans les splendides salons du Ministère de la Justice, séances honorées de la présence d'ambassadeurs ou ministres étrangers et d'autres personnalités éminentes de pays amis.

C'est qu'il faut le dire, avec les très faibles ressources dont elle dispose, la Société de législation comparée ne saurait à elle seule exécuter d'une façon suffisante le programme vaste et ambitieux qui lui a été assigné dès le début. Elle n'aurait pas à faire paraître un volume par an, mais plusieurs dizaines ⁽⁶⁾, une centaine peut-être et encore, pour être complète ; elle ne peut présenter en raccourci qu'un résumé synthétique de l'œuvre des différents pays. Il fallait qu'à côté d'elle d'autres organismes particulièrement spécialisés viennent donner les traductions des textes intéressant la matière à laquelle ils se sont consacrés. Citons notamment pour la propriété intellectuelle, le Droit d'auteur, la *Propriété industrielle* (de Berne) ; pour la législation financière, le *Bulletin de statistique et de législation comparée* édité par le Ministère des Finances ; pour la législation foncière, l'*Annuaire international de législation agricole*, de Rome ; pour le Droit public, l'*Annuaire de l'Institut international de Droit public* ; pour le Droit du travail, la *Série législative du Bureau International du Travail* ; pour la nationalité, les conflits de lois et la condition des étrangers, le *Clunet*, la nouvelle *Revue de Droit international privé*, la *Revue critique de Droit international* ; pour le Droit international public, les *Revue*s qui traitent de cette science ; pour le Droit aérien, et la télégraphie sans fil, les *Revue*s et autres publications consacrées à ces problèmes nouveaux. La Société doit aussi signaler les bulletins d'ordre plus général, comme le *Bulletin analytique des principaux documents parlementaires étrangers*, et les travaux des Sociétés et Instituts de législations comparées étrangères, anglaise, allemande, italienne, belge, avec lesquelles elle entretient les relations les plus cordiales. Il est impossible dans cette énumération de ne pas en omettre ; que les intéressés nous en excusent.

Comment ne pas faire une place à part à l'*American Journal of international law*, édité par le Carnegie Endowment, et ne pas exprimer à cette occasion toute la reconnaissance que la Société doit à cette fondation pour ses libérales subventions et ses dons de livres ?

La Société a vu avec grande satisfaction se constituer des Instituts de Droit comparé à Lyon, Toulouse et Paris, et une Académie internationale de Droit comparé à La Haye. Elle a tenu avec l'Institut de Paris des séances communes pour le plus grand profit des deux organismes.

*
**

Si la Société a pour *principal* objet de faire connaître l'existence et le contenu des lois étrangères, et l'on ne saurait trop insister sur l'utilité

(6) Outre les Codes, il n'est pas rare qu'une seule loi remplisse un volume ; la loi anglaise sur les sociétés, constituant une de nos publications spéciales.

considérable de cette tâche, sur cet objectif essentiel dont elle ne doit se laisser détourner sous aucun prétexte, sa mission est plus complexe. Elle est Société, non de législation étrangère, mais de législation *comparée*. Ce caractère comparatif est mis en lumière par l'article II de ses statuts : « Elle a pour objet l'étude des lois des différents pays, et la recherche des moyens pratiques d'améliorer les diverses branches de la législation ». C'est-à-dire qu'après avoir fait connaître les textes de Droit étranger, il lui faut les étudier en les *comparant* avec ceux du Droit français et des autres pays.

Elle a souvent été ainsi amenée à entreprendre des études d'ensemble sur des questions particulières, en s'occupant tantôt du régime des cultes, tantôt du statut des fonctionnaires, tantôt des modifications à apporter à la loi de 1838 sur les aliénés. Enfin lors de la célébration de son cinquantième, elle a publié deux volumes sur les transformations du droit dans les principaux pays depuis 50 ans. Le *Bulletin trimestriel de la Société* contient un grand nombre de communications faites aux Assemblées générales de la Société, dans les réunions de sections (7) ou préparées par celles-ci, et plus d'un millier d'articles sur les sujets les plus divers.

Un Congrès a été organisé en 1900 par les soins de la Société, elle a participé et s'est fait représenter à un grand nombre d'autres : tout récemment, elle a été associée à l'Association des juristes de langue française et à la Société d'études législatives pour un Congrès qui se tiendra au mois de juillet de cette année à l'occasion de l'Exposition internationale de 1937.

Nous ne saurions trop insister sur la nécessité pour la Société de coopérer avec toutes les autres personnes morales, tous les groupements et les individus qui s'adonnent de près ou de loin à notre science. Il lui faut suivre et favoriser toutes les tentatives d'unification et de rapprochement des diverses législations. Nous rappelions que dès 1869, au lendemain de sa création, elle mettait à l'étude le droit de la lettre de change ; un grand nombre de ses membres ont pris la plus grande part aux travaux des Conférences de Genève qui ont abouti à l'adoption de textes uniformes en matière de lettre de change ou de chèque.

*
* *

Les rapports de la Société avec les autres organismes, notamment avec les Instituts de Droit comparé, nous amènent à parler de l'Institut de Lyon et d'Edouard Lambert, qui est membre de notre Conseil de Direction. C'est un grand ami de la Société à laquelle il n'a jamais ménagé les encouragements, les conseils de sa grande science, non plus que ses amicales critiques, *Amicus Plato, sed magis amica veritas*, tout en lui donnant sa magistrale collaboration. Né peu après la création de la Société, Lambert devait, naturellement, voir les choses sous un aspect différent de

(7) Les sections de travail de la Société où s'élaborent les travaux de l'Annuaire et les sujets à mettre à l'étude sont au nombre de huit : section de langue française, section de langue anglaise, section des langues germaniques, section des langues scandinaves, section des langues slaves, section des langues baltiques, section des langues latines, section des langues et des pays d'Orient.

celui de ses fondateurs. Avec ses vastes conceptions, ses pénétrants travaux, il n'était pas de ceux qui trouvaient le programme de la Société trop vaste, il voulait encore lui ajouter. A l'étude des textes législatifs, il opposait la jurisprudence comparative, beaucoup plus vivante et toujours en évolution, et se plaignait de ne pas nous voir nous adonner aussi à cette étude qui lui était si chère. Malgré toute notre sympathie pour ses idées, et notre attrait pour cette orientation nouvelle, il ne nous a pas été jusqu'à présent possible de donner à Lambert cette satisfaction. Fidèle au principe de la division du travail, la Société n'a pas cru devoir ajouter à son domaine un champ nouveau et un outillage différent. Ses modiques ressources ne le lui permettent pas. Elle n'en suit pas moins avec le plus grand intérêt les magnifiques efforts réalisés par l'Institut de Droit comparé de Lyon, sous l'impulsion incessante de son directeur. Ses volumes sont classés dans notre bibliothèque ; il est rendu compte d'eux dans la bibliographie de notre bulletin, et même une de nos plus récentes séances générales a été consacrée à l'un de ses ouvrages ⁽⁸⁾.

Les conseils d'Edouard Lambert nous furent particulièrement précieux, un jour qu'il vint à une de nos assemblées générales avec le doyen de la Faculté de Droit de Strasbourg, M. Robert Beudant. Tous deux nous déclarèrent qu'une société comme la nôtre ne devait pas exercer son activité à Paris seulement. Pour son rayonnement, pour le développement de son influence, il lui fallait constituer des filiales, des groupements locaux, en liaison étroite avec la Société mère. Deux groupes furent ainsi immédiatement constitués à Lyon et à Strasbourg, et notre bulletin fut enrichi parfois de savantes communications faites à ces groupes.

Un tel exemple devait avoir des répercussions considérables ; la Roumanie voulut à son tour créer une filiale à Bucarest, qui sous l'impulsion de son secrétaire général, M. Joseph Cohen, a organisé des séries de magistrales conférences, et publié un Bulletin « qui ressemble au nôtre, comme une fille à sa mère », ce qui ne l'empêche pas souvent de donner une contribution importante à la Société par des articles ou des conférences, montrant les rapports étroits existant entre le droit roumain et le droit français ⁽⁹⁾.

Une autre filiale s'est formée à la Havane, sous la présidence de M. Luis Feria, très active et dont l'attachement à la Société française revêt les formes les plus touchantes. Développant l'idée de nos fondateurs, elle veut entreprendre la publication d'un Annuaire de législation étrangère, qui pourra combler certaines lacunes du nôtre, car la Société n'a jamais pu faire une place suffisante à l'étude du droit de l'Amérique latine, à laquelle pourtant tant de liens la rattachent.

C'est donc dans un sentiment de profonde reconnaissance que nous terminons dans un livre consacré à Ed. Lambert notre article sur la Société de législation comparée. Nous lui payons notre tribut avec joie.

(8) Voir dans notre Bulletin sous presse, *La Faillite en droit anglo-saxon*, par X. Janne (à propos d'un livre de M. Marmol).

(9) La Société roumaine vient de publier un Bulletin de plus de 500 pages, à l'occasion du 10^e anniversaire de sa fondation.

LE CENTRE DE DOCUMENTATION SOCIALE DE PARIS

Par Ch. BOUGLE

*Professeur d'histoire de l'Economie sociale
à la Faculté des Lettres de l'Université de Paris,
Directeur de l'Ecole Normale Supérieure.*

C'est la guerre de 1914 qui a installé un *Centre de Documentation sociale* à l'Ecole Normale Supérieure. Peu de temps après le début des hostilités, deux Alsaciens eurent l'idée qu'il fallait instituer à Paris un Comité de Secours National, pour compléter l'action de l'Etat en aidant les familles de plus en plus nombreuses, guettées par la misère. C'était M. Paul Appell, Doyen de la Faculté des Sciences de l'Université de Paris, dont il devait bientôt devenir Recteur, et M. Albert Kahn, fondateur des Bourses de Voyage Autour du Monde.

Bientôt on se rendit compte qu'il fallait agir sur les esprits aussi, et non pas seulement par des manœuvres de propagande, mais par des recherches méthodiquement menées, dont les résultats seraient éprouvés, discutés par de hautes personnalités compétentes et représentatives. Ainsi naquit le *Comité National d'Etudes sociales et politiques* qui fut d'abord comme la doublure intellectuelle du Secours National.

M. Albert Kahn demanda à la Cour de Cassation d'abriter les séances solennelles du Comité, où les questions les plus graves et les plus brûlantes étaient traitées sous des Présidences illustres. Le recueil des compte-rendus de ces séances constitue sur le mouvement des idées en France pendant la guerre et après la guerre une mine de renseignements des plus précieux. Mais pour fonder les conclusions auxquelles on aboutissait, ne fallait-il pas autre chose que des communications et des discussions de grande allure ? Le terrain devait être préparé, des documents assemblés, des chercheurs recrutés.

M. Albert Kahn connaissait dès longtemps le chemin de la rue d'Ulm. Quand il avait débarqué à Paris pour parfaire son éducation, il avait demandé les leçons à M. Bergson, avec qui il est toujours resté en rapports intimes. Il lui vint donc l'idée d'installer à l'Ecole Normale Supérieure le petit Centre de Documentation sociale dont le Comité National d'Etudes lui paraissait avoir besoin.

M. Gustave Lanson qui, comme M. Ernest Lavisse, avait fait bon accueil aux projets de M. Albert Kahn, régularisa la situation du *Centre de Documentation sociale* en rédigeant des Statuts qui précisèrent les rela-

tions du Centre, tant avec l'Université de Paris qu'avec l'Ecole Normale Supérieure.

Le Directeur du *Centre* devait être nommé pour trois ans, par le Recteur de l'Académie de Paris, sur la proposition du Directeur de l'Ecole Normale Supérieure, et après avis du Conseil de l'Université. Il serait choisi parmi les professeurs chargés de cours et maîtres de conférences de la Faculté des Lettres de l'Université de Paris, dont l'enseignement ou les travaux se rattachent aux études économiques et sociales.

Un secrétaire-archiviste serait adjoint au Directeur. Il serait choisi parmi les anciens élèves de l'Ecole Normale Supérieure, agrégés, et nommé pour trois ans par le Recteur de l'Académie, sur la présentation du Directeur de l'Ecole Normale.

Un Conseil de perfectionnement de cinq membres était institué auprès du *Centre de Documentation sociale*. Il se compose du Directeur de l'Ecole Normale, président ; du Directeur du Centre de Documentation et de trois membres nommés par le Recteur, après avis du Conseil de l'Université : un membre de la Faculté des Lettres et un membre de la Faculté de Droit présentés par leurs facultés, et un membre présenté par le Directeur de l'Ecole Normale et choisi parmi les personnes compétentes dans les ordres d'études auxquelles se rapporte le Centre de Documentation sociale.

La Bibliothèque du *Centre* devait être une sorte d'annexe de la Bibliothèque de l'Ecole Normale Supérieure. Les livres, collections ou documents, achetés ou reçus en dons par le Centre de Documentation devaient rester acquis, en cas de dissolution du Centre à la Bibliothèque de l'Ecole.

Un dernier article ouvre largement la porte : « Outre les élèves de l'Ecole Normale Supérieure, seront admis au Centre de Documentation, sur présentation des membres du Conseil de perfectionnement, tous les étudiants de l'Université de Paris et les travailleurs qui s'intéressent aux études économiques et sociales. Il sera ouvert également aux groupements et comités poursuivant des recherches économiques et sociales, sur avis du Conseil de Perfectionnement. »

Depuis la guerre, par des nominations chaque année renouvelées, le Conseil de l'Université a confié la direction du *Centre* au professeur d'histoire de l'économie sociale de la Faculté des Lettres qui devait être nommé directeur-adjoint de l'Ecole Normale Supérieure en 1928, et plus récemment directeur de l'Ecole.

Ayant un pied dans les deux institutions, la Sorbonne et l'Ecole Normale, le directeur put recruter d'un côté ou de l'autre des lecteurs pour la Bibliothèque du Centre et des auditeurs pour les conférences qu'il devait organiser. Ceux qui préparaient sous sa direction des thèses ou des mémoires de diplômes d'études supérieures, ou le certificat de sociologie qui est l'un des certificats de licence, ou le concours pour les fonctions d'inspecteurs primaires prenaient volontiers le chemin du Centre. On orientait leurs travaux au milieu des livres, des collections de revues qu'ils avaient sous la main. On leur indiquait les principales sources de documentation sociale. On les initiait aux méthodes de la recherche. Il s'agissait avant tout de leur faire une opinion, de s'informer avec méthode et d'user d'esprit critique. Dans l'avant-propos d'une des publications du Centre : *Inventions*, on expliquait en ces termes le premier objectif : « Tel qui multiplie les précautions pour établir et interpréter un texte de Thu-

cydide ou de Tacite, ne paraît pas se douter que pour savoir si les Allemands ou les Anglais paient en moyenne plus d'impôts que les Français, ou quels résultats a donnés en fait le système corporatif, il importe à aussi de mener de minutieuses enquêtes : sur ce terrain il est plus difficile qu'ailleurs, mais non moins nécessaire d'éviter, selon la formule classique, la précipitation et la prévention. En deux mots, réagir contre les méthodes de l'information dite journalistique, c'est pour la jeunesse le commencement de la sagesse. Il y faut un tenace effort. »

**

La Bibliothèque elle-même n'est qu'une bibliothèque d'appoint. Elle ne dépasse pas actuellement 6.000 volumes, peu de chose auprès des 500.000 que rassemble la grande Bibliothèque voisine, administrée naguère par Lucien Herr, aujourd'hui par M. Etard, et où le fonds d'économie sociale — enrichi par les legs Herr, Andler, Simiand — est déjà assez considérable.

Mais le *Centre*, qui reçoit lui aussi des dons, apporte ici des compléments utiles. Sur deux points principaux, il possède des commencements de collections assez précieux : sur l'histoire des doctrines sociales, notamment pour les doctrines françaises de la première moitié du XIX^e siècle, et sur les plans actuels de réorganisation économique dans les différents pays. Par exemple, il possède — légué par M. et Mme Klein — tout ce qui reste de la Bibliothèque de Victor Considérant, y compris les lettres reçues par celui-ci et les manuscrits de Fourier lui-même. De même les papiers et notes de Charles Gide viennent de lui être confiés. D'autre part, M. Maxime Leroy lui a cédé l'incomparable collection qu'il a amassée — lorsqu'il rédigeait la *Coutume Ouvrière* — de brochures et rapports de Congrès concernant l'activité syndicale. En ce qui concerne la forme actuelle des problèmes économiques contemporains et leur influence, non seulement sur les rapports entre classes, mais sur les rapports entre les nations, on a essayé, on essaie de rassembler, pour les confrontations utiles les principales publications.

Une salle de revues est d'ailleurs ouverte à côté de la Bibliothèque — ouverte non pas seulement aux élèves de l'Ecole Normale et aux étudiants de Sorbonne, mais à tous les travailleurs qui expliquent l'objet de leurs recherches au Directeur du Centre. Elle compte aujourd'hui plus de 100 revues consacrées aux problèmes sociaux et internationaux. A la collection du Centre proprement dite est venue s'ajouter celle de l'*Institut de recherches sociales*, naguère installé à Francfort et qui possède des bureaux à Genève, à New-York et à Paris, et publie sa revue à la librairie Alcan (*Zeitschrift für Sozialforschung*).

Ainsi est outillé le *Centre de Documentation sociale* pour donner des indications bibliographiques, seconder des recherches, préparer des publications, organiser des conférences et discussions.

**

En dehors des étudiants proprement dits, nombreux sont les visiteurs qui viennent demander au Centre des renseignements sur les recherches à mener ou les sources à consulter. En particulier, les visiteurs étrangers, professeurs ou étudiants qui ont parfois tant de peine à se retrouver dans

le maquis des institutions françaises, sont heureux d'être orientés par les collaborateurs du Centre. En particulier, la Fondation Rockefeller (qui devait ajouter une aide financière importante à celle qu'avait offerte M. Albert Kahn à l'Université) a pris l'habitude de nous envoyer ses boursiers rue d'Ulm. Le Centre de Documentation est donc devenu au premier chef un office de consultations bibliographiques. Il possède dès à présent dans ses dossiers une collection assez riche de bibliographies portant sur les sujets à propos desquels on interroge ses collaborateurs. Voici quelques-unes des rubriques de ce fichier :

- Socialistes, économistes, hommes politiques, doctrines,
- Histoire de la classe ouvrière,
- Histoire économique,
- Sociologie,
- Economie sociale : bibliographie générale et problèmes économiques,
- questions sociales (amélioration de la condition des salariés),
- organisation du travail et de la production.

- Droit,
- Presse et publicité,
- Pédagogie,
- France,
- Divers Etats,
- Bibliographie de la guerre,
- Les problèmes internationaux du temps présent,
- Philosophie générale,
- Psychologie,,
- Essais et ouvrages généraux.

Quelques publications donnent une idée de l'utilité des collections de livres ou de revues rassemblées au Centre, et des recherches bibliographiques qu'il a préparées. Par exemple le *Guide de l'Etudiant en sociologie*, le *Guide de l'Etudiant en matière de Société des Nations*. On trouvera aussi à la fin du livre intitulé *Socialisme français* une dizaine de pages d'indications bibliographiques sur le Saint-Simonisme, le Fourierisme, le Proudhonisme, et autant, portant cette fois sur les idéologies nationales, dans le livre appelé *Inventaires*.

Les ressources dont dispose le Centre le rendent spécialement apte à seconder les travaux d'édition ou de recensement. C'est ainsi que depuis que l'*Année sociologique* s'est transformée en *Annales sociologiques*, comportant des fascicules séparés, le fascicule de sociologie générale est presque exclusivement rédigé par les collaborateurs du Centre (MM. Aron, Polin, Stoetzel, Kaan, Feldman). D'autre part, on a pu fournir des renseignements utiles à M. Elie Halévy pour une réédition de la *Doctrine de Saint-Simon*, aux « Amis de Proudhon », pour la réédition des *Œuvres de Proudhon*. Signalons enfin que la collection de Textes des *Réformateurs sociaux* a été préparée au Centre :

- Fénelon, par Maxime Leroy,
- Lamennais, par Paul Boncour,
- Jaurès, par Vandervelde,
- Condorcet, par Ferdinand Buisson,
- Proudhon, par C. Bouglé,

Enfantin, par Charléty,
Fourier, par Poisson,
Montesquieu, par Lanson,
Sismondi, par E. Halévy,
A. de Mun, par Marc Sangnier.

En dehors de ces entreprises collectives, le *Centre* contribue à la préparation d'un certain nombre de travaux personnels. Il aide des chercheurs à mener des enquêtes, soit en France, soit à l'étranger. Ces enquêtes donnent lieu à des rapports dont quelques-uns deviennent des livres. C'est ainsi que MM. Polin et Charon ont publié des travaux sur *la Coopération et l'Agriculture en Tchécoslovaquie et en Roumanie*, M. Wlecewski sur *l'installation des Polonais et des Italiens en France*, M. Marjolin sur *l'Evolution du syndicalisme aux Etats-Unis* ; M. Friedmann, qui a par ailleurs publié un travail sur les *Problèmes du machinisme et la Crise du progrès*, poursuit des enquêtes tant en Russie qu'en Angleterre sur la rationalisation et la psychotechnique ; M. Stoetzel a séjourné en Belgique et en Angleterre pour étudier les méthodes de *Publicité et de propagande*. Mme Rigaudias-Weiss a soutenu une thèse sur les *Enquêtes ouvrières en France*. M. Duveau en achève une sur *l'état d'esprit des ouvriers sous le Second Empire*. M. Aron qui a déjà publié un volume sur *la sociologie allemande contemporaine* va publier cette année ses thèses qui traitent du problème de l'objectivité en histoire.

★ ★

Pour inciter les étudiants à devenir des chercheurs en matière sociale, on compte d'ailleurs sur les réunions de discussions méthodiques instituées au Centre, soit par son personnel, soit par des groupements divers, les uns intérieurs à l'Ecole Normale, les autres venant du dehors. Les groupements intérieurs à l'Ecole ont été l'an dernier : le *Cercle d'études sociales*, le *Cercle d'études Nationales*, l'*Amicale républicaine des élèves de l'Ecole Normale*, le *Groupement pour l'étude de la Société des Nations*, le *Groupement des Normaliens catholiques*, le *Groupe d'hébraïsants*. Ces groupes sont autorisés à inviter des auditeurs étrangers à l'Ecole, à la condition que ces auditeurs soient des étudiants et que les conférences gardent un caractère documentaire.

Les principales conférences organisées cette année par les deux cercles d'études ont porté sur les problèmes de politique extérieure, sur le mouvement syndical et les problèmes économiques actuels, sur l'ordre corporatif, sur l'opinion aux Etats-Unis.

Les associations du dehors qui nous demandent pour leurs réunions la salle du Centre sont : *L'Institut de Recherches sociales*, *l'Entr'aide Universitaire internationale* (qui alterne des réunions et discussions d'étudiants, sous la présidence de Paul Mantoux), un *Comité d'études juridiques et historiques*, dirigé par M. Grunebaum-Ballin, qui a entrepris un recensement des Associations françaises. Ajoutons que pendant plusieurs mois, le Centre a abrité les collections d'un *Institut d'histoire sociale*, qui aujourd'hui a dû chercher ailleurs un local plus grand et qui vient de publier le premier numéro d'une revue internationale pour l'histoire sociale.

Les conférences organisées par le directeur du *Centre* lui-même avec

l'aide de ses assistants se divisent en trois séries : une destinée aux stagiaires des Ecoles Normales de Fontenay et de Saint-Cloud, candidats aux postes de directeurs ou directrices d'Ecoles Normales et d'inspecteurs primaires. On a pris comme sujet central cette année « les problèmes de l'assimilation sociale » et on fait alterner des exposés résumant les grandes théories philosophiques (Saint-Simon, Comte, Spencer, Tarde) avec des exposés portant sur des enquêtes, par exemple sur l'installation des étrangers en France, ou sur le rôle national de l'Ecole.

La deuxième série est destinée aux élèves de l'Ecole Normale Supérieure candidats au *certificat de morale et sociologie* et qui nous ont demandé de les guider pour les exercices pratiques et les recherches bibliographiques se rapportant aux sujets de cours traités à la Sorbonne par MM. Fauconnet et Halbwachs.

Dans ces conversations, en dehors d'exposés portant sur les grands systèmes introductifs (Comte ou Marx par exemple), on a pu donner à ces jeunes gens des exemples de recherches monographiques. M. Lévi-Strauss revenant du Brésil, a expliqué ses recherches d'ethnographie sur les Bororos, et M. Monbeig ses recherches sur les différents types de plantations installées au Brésil.

En troisième lieu, des conférences ouvertes qui ont lieu le mardi soir, et qui sont suivies de discussions présidées par le Directeur du Centre. Ces conférences ont eu pour objet principal l'an dernier les rapports du politique et de l'économique. C'est ainsi qu'après un résumé des livres de M. François Simiand et une analyse de M. Aron portant sur la doctrine marxiste, M. Vaucher, secrétaire du *Conseil Universitaire de la Recherche sociale* est venu parler du travaillisme dans la politique anglaise ; M. Louis Aubert des influences d'ordre économique et d'ordre politique sur les plans de reconstruction de l'Europe ; M. Rosenstock Franck, de l'expérience Roosevelt et de l'affirmation du politique en face de l'économique ; M. Prache, des coopératives et de la politique ; M. Lefranc, du syndicalisme et de la politique ; M. Polin, du socialisme en Belgique. La série avait été organisée par une conférence sur l'organisation économique russe par M. Obolensky-Ossinsky, président de la délégation des savants russes venus à Paris.

Ces conférences vont paraître en volume sous le titre *Inventaires II*. Un autre volume — sur les expériences pédagogiques de l'étranger — est en préparation.

★ ★

Depuis deux années, le Centre de Documentation sociale de l'Ecole Normale Supérieure a pris place parmi les groupements de recherches dont les délégués se réunissent, sous la présidence du Recteur de l'Université de Paris en un « Conseil Universitaire de la Recherche sociale ». M. Vaucher en est le secrétaire et en a indiqué les buts dans les *Annales de l'Université de Paris*. Le Conseil institué à l'occasion d'offres faites par la Fondation Rockefeller, s'efforce de donner une impulsion et de proposer une coordination aux recherches portant sur les réalités sociales contemporaines. Il aidera sans doute au développement du *Centre de Documentation sociale*.

Dans les plans de la future Ecole Normale, les locaux attribués au *Centre* couvriront une surface quatre fois plus grande que celle dont il dispose aujourd'hui. Il pourra alors s'ouvrir plus largement, s'organiser plus rationnellement, et contribuer plus efficacement encore au progrès de la recherche sociale.

SECTION V

L'ITALIE

ROTONDI, *L'Institut de Droit Commercial Comparé de l'Université
Commerciale L. Bocconi de Milan.*

GALGANO, *L'Institut d'Etudes Législatives de Rome.*

**L'INSTITUT DE DROIT COMMERCIAL COMPARE
DE L'UNIVERSITE COMMERCIALE L. BOCCONI DE MILAN**

Par MARIO ROTONDI

*Professeur à l'Université Commerciale L. Bocconi de Milan,
Directeur de l'Institut*

Traduit par Pierre GARRAUD

Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Lyon

I. — J'adhère bien volontiers à l'invitation qui m'a été adressée de décrire brièvement l'histoire, l'organisation et les buts de l'Institut que j'ai l'honneur de diriger, par le Comité pour un recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, juriste, historien, sociologue et animateur du mouvement pour les études de droit comparé.

L'intérêt que je porte à l'étude du droit comparé, et mes opinions en ce qui concerne les finalités d'ordre théorique et pratique qu'une pareille étude peut présenter, ont été déjà décrits par moi dans la leçon inaugurale: « *Le droit comme objet de connaissance (Dogmatique et droit comparé)* » que j'ai donnée, en commençant mon enseignement à l'Université Royale de Pavie, le 27 novembre 1926, et qui a eu déjà une large diffusion et l'honneur de multiples traductions, discussions et critiques ⁽¹⁾.

Il était alors triste de relever comment, alors qu'à l'étranger les instituts de droit comparé avaient surgi depuis de nombreuses années (il suffisait de rappeler celui fondé à Lyon par Lambert, suivi ensuite par ceux de Toulouse, de Strasbourg et de Paris, en France; celui déjà fondé à Munich par

(1) V. *Il diritto come oggetto di conoscenza (Dogmatica e diritto comparato)*, dans les *Studi nelle scienze giuridiche e sociali dell'Istituto giuridico di esercitazioni della R. Università di Pavia*, Pavie, 1926, et ensuite sous le titre: *Dogmatica e diritto comparato* dans les *Studi di diritto private italiano e straniero*, vol. I, Pavie, 1930, p. 3 et s. (traduction allemande: *Dogmatik und Rechtsvergleichung*, dans la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, vol. 47 (1933), p. 1 et s.; traduction anglaise: *Dogmatic and comparative Law*, dans la *Tulane Law Review*, vol. VIII (1933), p. 83 segg.; et, sur cette leçon, STOLL, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, N. F., Bd. 14 (1931), p. 346; BARATTA, dans la *Rassegna bibliografica delle scienze giuridiche*, 1927, p. 509 et s.; BATTAGLIA, dans la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1929, p. 311 et s.; ADAM, dans la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1932, p. 24; SILBERSCHMIDT, dans la *Zeitsch. f. ausländisches u. internationales Privatrecht*, IV (1930), p. 727; Martinez PAZ, *Introducion al estudio del derecho civil comparado*, Cordoue, 1934, p. 95.

Rabel, suivi ensuite par celui de Berlin), en Italie, des instituts de ce genre manquaient entièrement. Et cependant il était facile d'imaginer quelle contribution précieuse un institut de droit comparé aurait pu apporter, non seulement pour la recherche scientifique, mais aussi comme auxiliaire de la pratique du Palais, de l'œuvre ardente de réforme législative en cours, de la magistrature et de l'organisation commerciale elle-même.

L'intérêt toujours plus large envers les études comparatives a désormais donné lieu à la création de chaires spéciales d'enseignement, de même qu'il a donné lieu non seulement à des associations de caractère national, mais à des organisations (personnes morales) de caractère international, — comme l'Académie de Droit comparé et à des Congrès internationaux périodiques, tenus sous les auspices de cette Académie. Mais si, dans ces chaires, on enseigne les principes d'une méthode, si, dans ces associations et dans les réunions périodiques des Congrès, on expose et on discute les résultats de la recherche, celle-ci ne peut se développer que dans une ambiance de travail, où l'on dispose de moyens adéquats, où la recherche complexe puisse se servir de la collaboration d'un personnel d'assistants, où puisse s'acquérir la pratique de ces études, où, enfin, les jeunes puissent se préparer à ce travail.

On peut certes estimer que des instituts de ce genre peuvent s'organiser aussi en dehors du milieu universitaire, n'ayant pas un but exclusivement didactique ou scientifique, et, certainement, des instituts qui s'adonnent à la documentation et à la recherche comparatives existent aussi en dehors de l'Université, comme en Italie, l'*Istituto di Studi Legislativi e di Diritto comparato* et l'*Istituto per l'Unificazione del Diritto privato* (2), l'un et l'autre siégeant à Rome. Mais l'existence de ces instituts n'écartait pas l'opportunité de la constitution d'un institut à caractère universitaire, dans lequel la documentation comparative, avec des méthodes et des fins scientifiques, étant en même temps libéralement ouverte à la recherche des individus, et des classes intéressées, serait d'une manière prépondérante dirigée vers des fins de progrès de nos connaissances, et de l'enseignement professionnel. Il convient d'ajouter que l'enseignement du droit comparé avait désormais fait, parmi nous, aussi son entrée officielle dans les règlements des Facultés de Droit, bien que les Universités fussent privées d'instituts spécialisés. Or, un enseignement magistral de droit comparé, privé d'un complètement indispensable d'un institut, est visiblement un non-sens. Et l'on ne songe pas à un institut formé simplement d'une bibliothèque spécialisée. Si une bibliothèque adaptée à de pareilles recherches dépasse déjà, par ses importantes exigences, les possibilités du travailleur privé, ce serait une grave erreur de penser que la bibliothèque suffise à constituer un institut. Si la nécessité d'un institut spécialisé pour l'enseignement pratique — et, pour ainsi dire, clinique — des matières professionnelles (3) s'est manifestée, bien

(2) V. à ce sujet : GALGANO, dans la *Riv. internazionale di filosofia del diritto* (VI), 1926, p. 10 et suiv.; et ROTONDI, *Riv. diritto civile*, 1926, p. 169 et suiv.

(3) V. déjà BONNECASE, dans la *Revue générale de droit et jurisprudence*, 1927, p. 61 et suiv., et *Précis de pratique judiciaire et extrajudiciaire. Eléments de clinique juridique*, Paris, 1927, et encore *Qu'est-ce qu'une faculté de droit?* Paris, 1929, p. 185; pour nous spécialement : CARNELUTTI F., *Clinica del diritto*, dans la *Riv. di Diritto processuale civile*, 1935, I, p. 169 et s.; PAOLI G., *Dogmatica e clinica penale*, dans la *Riv. italiana di diritto penale*, 1936, p. 3.

davantage encore apparaît-elle pour l'enseignement des droits étrangers. Pour ceux-ci, l'institut est un laboratoire, où les livres, bien plus qu'à leur conservation ou à leur lecture tranquille elle-même, servent d'instruments quotidiens de recherche, comme les cornues, les microscopes et les balances dans un laboratoire, ce qui comporte des modifications radicales aux critères eux-mêmes de l'économie des bibliothèques.

Je crois que l'on ne peut réaliser de semblables instituts qu'au sein d'une organisation universitaire qui assure la présence constante d'une direction scientifique et la collaboration stable d'un personnel d'assistants, qui ne soient pas distraits par des préoccupations de diverses natures. Toutefois, ceci dit, j'ai eu la satisfaction, grâce aux concours pleins de bonne volonté et d'intelligence, non seulement des autorités universitaires, mais des organisations commerciales et industrielles de la cité (et en premier lieu le Conseil Provincial de l'Economie nationale) de voir réaliser une mise en œuvre pratique de mon projet dans cet institut de droit commercial de l'Université Royale de Pavie, qui a eu, sauf erreur, le mérite d'être le premier institut universitaire de ce genre en Italie.

Quand je fus transféré à l'Université catholique de Milan, la tentative fut répétée, et je fus également chargé d'un cours de droit comparé, de caractère avant tout historique, où j'ai cherché à décrire le développement des systèmes juridiques continentaux, les uns présentant des caractères communs par la circonstance qu'ils dérivent du droit romano-canonique par l'effet direct de la réception, les autres indifférents, ou à peu près, à cette tradition. Mais l'institut, qui, à la différence de l'autre, aurait dû étendre également son activité à tout le droit privé, ce qui impliquait un accroissement considérable des charges financières, a eu une vie tout à fait éphémère. Je n'ai pas pour autant conclu à abandonner définitivement mon idée, convaincu toujours davantage que tout effort en vue d'une sérieuse activité scientifique dans le champ du droit comparé serait vain, s'il n'était pas soutenu par les organisations stables d'un institut spécialisé.

L'Université commerciale « Luigi Bocconi », de Milan, me parut particulièrement adaptée à une semblable fin.

II. — Diverses considérations étayèrent ma conviction et, avant tout, le fait que cette importante institution universitaire avait son siège dans une ville où, plus que nulle part ailleurs en Italie, se concentrent des trafics internationaux intenses, et dans laquelle ont leur siège les plus grosses sociétés commerciales et les instituts d'assurances et de banque les plus importants (il s'agissait, en ce qui concerne ces derniers, de personnes morales qui pouvaient porter un intérêt spécial à voir prospérer un institut dans lequel s'organiserait, de manière stable, un travail de documentation et d'information relatif aux droits étrangers et, en particulier, à la législation commerciale des Etats étrangers).

Mais l'Université « Luigi Bocconi » se présentait encore comme particulièrement adaptée au but visé par sa finalité spécifique et par son organisation.

Fondée en 1902 par la munificence du Sénateur Ferdinando Bocconi, pour rappeler la mémoire de son fils Louis, disparu dans la campagne d'Ethiopie, elle avait été créée avec la mission de donner une préparation scientifique complète pour les études économiques et commerciales con-

duisant les jeunes gens à l'obtention du titre de docteur ès-sciences économiques et commerciales, officiellement reconnu par l'Etat avec tous les effets attachés à pareil titre. A côté des matières juridiques et économiques fondamentales, dont les chaires furent occupées par beaucoup d'hommes de très grand renom en Italie, l'Université est dotée de nombreux cours de langues étrangères ainsi que d'instituts scientifiques spécialisés, pourvue de moyens adéquats et connue par les publications qu'elle patronne.

La bibliothèque de l'Université, spécialisée dans les matières économiques et commerciales, est, sur ce terrain, incontestablement la première d'Italie possédant plus de 100.000 ouvrages et près de 1.000 périodiques, italiens et étrangers, privés et officiels. Cette Université, que j'ai vu, en quatre années de ses cours, augmenter progressivement le nombre de ses étudiants, avec un large concours d'étudiants étrangers, apparaissait, ainsi, par son organisation et ses fins, particulièrement adaptée à promouvoir le nouvel institut, et à lui donner asile. Elle présentait un cadre complet d'études dirigées en vue d'expliquer le phénomène commercial sous tous ses aspects juridiques et économiques, elle était largement dotée de moyens de recherche et elle embrassait déjà, parmi les matières de son plan d'études, des cours de droit commercial étranger.

Ma proposition rencontra l'appui éclairé des autorités académiques et administratives et, en 1934, l'Institut que j'ai l'honneur de présenter fut fondé.

L'Institut est dirigé par un conseil de direction composé du recteur de l'Université, d'un membre désigné par le conseil d'administration, et du directeur de l'Institut. Je ne puis taire mon reconnaissant souvenir à la mémoire de Son Excellence Alfredo Rocco, qui accepta de siéger dans le conseil de direction, comme représentant du conseil d'administration, et qui donna à l'initiative, en vue de sa réalisation, l'appui de son autorité, et le prestige du large retentissement de son nom.

III. — L'Institut se propose les buts suivants :

1° Recueillir et mettre à jour les sources du droit commercial des pays étrangers;

2° Habituer les jeunes gens à la connaissance des sources étrangères, et à la recherche scientifique comparative;

3° Faire progresser, en coopération avec les institutions analogues existant à l'étranger, la connaissance du développement de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence commerciales italiennes à l'étranger et des mêmes éléments étrangers en Italie;

4° Promouvoir, toutes les fois que s'en présente l'occasion ou l'opportunité, des conférences ou des cours de la part de chercheurs étrangers;

5° Développer des cycles d'exercices en étroite collaboration entre dirigeants, assistants et disciples, sur des problèmes particuliers fixés année par année;

6° Faciliter une mutuelle collaboration des étudiants ou de ceux qui perfectionnent leurs études, italiens et étrangers, pour la connaissance des institutions commerciales dans leurs pays respectifs;

7° Offrir à la libre consultation des professionnels et des organisations commerciales une bibliothèque spécialisée, et, en particulier, une collection des sources du droit commercial étranger, avec fiches, bibliographie et autres auxiliaires indispensables.

L'Institut se trouve encore, du point de vue matériel, dans une phase d'organisation et de préparation, dans l'attente de son organisation systématique définitive au siège nouveau et plus digne où l'Université se transportera l'an prochain; il s'occupe, en attendant, de la constitution d'une bibliothèque spécialisée et de la mise en fiches du matériel scientifique (livres et publications périodiques), en vue de rendre rapides et aisées la systématisation définitive et l'exploitation de ce matériel. En cet état de choses, tout à fait précaire, les réalisations dans le champ de l'activité scientifique ne peuvent être que limitées.

Parmi les publications de l'Institut, je rappelle seulement, en continuation directe de l'activité commencée à l'Institut de Pavie, deux volumes consacrés au droit anglais, l'un sur le « trust » dû au Professeur Remo Franceschelli, assistant à l'Institut ⁽⁴⁾, et l'autre sur les sociétés par actions, dû au Docteur Fausto Ardigò ⁽⁵⁾, volumes l'un et l'autre publiés avec une préface de moi signée dans la Collection des « Etudes de droit privé italien et étranger » que je dirige, et qui accueillera également les publications ultérieures de l'Institut. Et ici je ne peux moins faire que de déplorer que ces recherches orientées vers le monde juridique anglais, et qui, bien évidemment, devraient être complétées par l'examen des systèmes analogues nord-américains, doivent se limiter au droit anglais à cause de la difficulté d'une recherche directe et sur sources avant tout jurisprudentielles, qui se montre pour nos Instituts continentaux singulièrement onéreuse, surtout pour des raisons de nature économique ⁽⁶⁾.

Par les soins de l'Institut est également rédigé un « Bulletin bibliographique » des publications ayant un intérêt pour le droit privé et contenues dans les périodiques; ce bulletin est publié périodiquement dans les fascicules de la *Rivista di diritto privato*.

Si, au moins aujourd'hui, et après la triste expérience de tentatives réitérées, je n'ose espérer que notre Institut puisse rivaliser avec les importantes réalisations de ses aînés, les Instituts étrangers, j'ose du moins espérer qu'il puisse utilement collaborer avec eux pour les fins pratiques et scientifiques qu'ils ont en commun.

IV. — Du reste, l'activité de l'Institut n'est pas liée à des programmes arrêtés d'avance et à des préconceptions particulières d'ordre théorique. De la fonction, des limites, des méthodes d'étude du droit comparé, on a longuement discuté et, naturellement, celui qui écrit ces lignes a eu l'occasion d'exprimer à ce sujet son propre avis, en particulier sur l'utilité de la recherche comparative, de laquelle et par laquelle — si elle est complétée par la méthode historique — peut dériver une connaissance complète du phénomène juridique. Je dirai de plus, que, outre que l'intérêt pour ces études se fait toujours plus vif, surtout dans le monde anglo-américain, —

(4) FRANCESCHELLI R., *Il trust nel diritto inglese*, dans les *Studi di diritto privato italiano e straniero*, vol. XX, Padoue, 1935.

(5) ARDIGÒ F., *Le società per azioni in diritto inglese*, dans *Studi di diritto privato italiano e straniero*, Padova, 1937.

(6) Par rapport aux exigences et par suite aux difficultés — même d'ordre financier — de la création d'une bibliothèque spécialisée adéquate, pour ce qui regarde même seulement les droits anglo-américains, les expressions attristées d'Edouard Lambert, v. *L'enseignement du droit comparé*, dans les *Annales de l'Université de Lyon*, nouvelle série, fasc. 22, p. 93 et s., recommencent à être pour nous de pleine actualité.

lequel, par cette voie, s'approche toujours davantage de la connaissance de nos systèmes continentaux — du point de vue formatif, je crois que la recherche comparative peut de manière optima servir en général à la préparation du futur juriste et qu'elle sera peut-être, pour partie, destinée à la fonction que remplit encore, en grande partie, le droit romain, dont, cependant, en plusieurs pays, — pour des motifs complexes et qu'il est inutile de nier — le rôle et la portée se restreignent dans le domaine de l'enseignement universitaire. Il est certain que, pour la formation du juriste, le droit comparé, comme déjà le droit romain, aura une fonction très importante, surtout pour fournir une vue relative des systèmes et des constructions juridiques, en obviant aux excès et aux abus de ceux qui attribuent aux systèmes et aux constructions dogmatiques une valeur universelle qu'ils sont bien loin de posséder !

Mais ces discussions d'ordre général — cependant indispensables si on ne veut pas ou si on ne prétend pas que la recherche scientifique doive procéder à l'aveuglette — doivent ensuite faire place aux réalisations concrètes et à la recherche des institutions particulières du droit positif étranger, si elles ne veulent pas tourner en discussions méthodologiques ayant leur fin en soi, et si on veut éprouver par des résultats pratiques l'efficacité des méthodes qui ont été imaginées. L'étude des institutions particulières des droits étrangers : ce me paraît être, du point de vue scientifique, le rôle qu'un Institut de droit comparé doit se proposer.

Non qu'on méconnaisse l'importance et l'utilité de l'étude plus véritablement comparative surtout si elle se fonde sur la méthode des cas et si elle se dirige vers l'étude de la discipline d'un rapport ou d'une espèce concrétée en diverses institutions des systèmes positifs, mais une pareille recherche fragmentaire — qui est, après tout, une forme excellente pour l'entraînement du juriste, et la meilleure méthode pour surprendre, sous les variétés multiformes des systèmes juridiques positifs, la coïncidence fréquente des solutions pratiques — ne doit pas, à mon avis, aller jusqu'à laisser de côté la recherche dirigée vers la vérification de la vision organique des institutions dans des systèmes juridiques variés et divers, et, avant tout, des institutions fondamentales et particulières de chaque système original dans sa formation historique et dans son aspect dogmatique actuel.

Il faut, en effet, plus que jamais se garder du danger, déjà signalé une autre fois, consistant à reconstruire ces institutions de systèmes juridiques différents et éloignés du nôtre, sur ces schémas dogmatiques qui sont intimement liés à notre système positif et à sa tradition.

On ferait, en procédant ainsi, plus qu'une transformation, une véritable déformation de notre sujet. Si, comme, pour ma part, je ne l'admets pas, on ne veut pas admettre pour certaine la valeur universelle de nos formules dogmatiques, toute institution juridique qui est le fruit de traditions autonomes et indépendantes de la nôtre — (et il sera prudent, comme hypothèse, de postuler cette autonomie quand on traite de systèmes substantiellement étrangers à ceux qui viennent de la tradition du droit romain) — doit être étudiée au sein de ces systèmes et de ce complexe d'éléments traditionnels et conceptuels qui constituent l'ambiance et l'atmosphère de chaque système positif. Naturellement, il y a des domaines dans lesquels la préoccupation susindiquée a moins d'importance, par exemple en ce qui concerne les rapports et institutions qui sont le fruit de la plus récente

évolution économique et juridique se présentant avec des constantes dans tous les systèmes; constantes marquées par la communauté du développement économique et culturel et par des mouvements ou organisations de caractère international, comme il en est, en général, pour ces institutions qu'on fait aujourd'hui rentrer dans ce que l'on appelle le droit économique, qui s'élabore au sein des organisations et associations professionnelles et corporatives, très fréquemment de caractère international.

L'activité de l'Institut de Lyon, sous la direction magistrale d'Edouard Lambert, a donné, en ce domaine, des exemples importants qu'il n'est pas nécessaire de commenter.

Le premier fondement, donc, de ces études est la connaissance, tenue à jour, des droits étrangers.

Il m'arrive toujours plus fréquemment de constater que la connaissance des littératures et des doctrines étrangères est — et non pas sans un grave dommage — mieux répandue que la connaissance des textes législatifs, de telle manière que communautés et différences des vues théoriques, des doctrines, des constructions dogmatiques, s'affirment ou se nient sans tenir compte de l'importance fondamentale des divergences législatives.

Pour se limiter à un exemple, il convient de rappeler le cas du problème de la personnalité juridique de la société commerciale, résolu de façon différente, comme on le sait, par les doctrines latines d'une part, et par la doctrine germanique d'autre part. Dans la constatation de cette divergence il est bien rare qu'on voit ajouter par les auteurs de traités le rappel de la profonde différence qui existe entre la structure de la société en nom collectif des codes latins, qui emporte pour nous responsabilité illimitée et solidaire des associés, mais responsabilité subsidiaire à celle de la société — à laquelle on présuppose, par suite, un patrimoine autonome — et la structure de la *offene Gesellschaft* germanique, dont les obligations se résument dans celles, solidaires, de tous les associés. Ainsi encore, précisément dans la pratique professionnelle de nos jours, dans une question de séquestre de brevets étrangers, je me sentais opposer la grave autorité des juristes allemands qui soutiennent que le séquestre du brevet étranger doit se faire auprès de l'office des brevets, sans relever que cette opinion — que je crois insoutenable pour notre droit — dérive seulement du principe sanctionné par la loi sur les brevets qui décide, en un article (§ 12) — pour l'hypothèse d'absence d'élection de domicile différente de la part du demandeur étranger — qu'on doit considérer le brevet étranger comme domicilié au *Patentamt*. Et on pourrait facilement multiplier ces exemples.

Une connaissance des textes législatifs étrangers plus directe n'éviterait pas des équivoques et des illusions d'ordre théorique, mais aussi le plus modeste praticien sait combien il est plus difficile de se procurer une édition sûrement à jour d'un texte législatif étranger que de se procurer un des traités fondamentaux étrangers sur un sujet de droit privé.

Un Institut doit, donc, s'occuper du récolement et de la mise à jour des sources législatives étrangères, mais non pas de celles-ci seulement. Edouard Lambert, dans une leçon inaugurale suggestive ⁽⁷⁾, en commentant les raisons pour lesquelles le titre de « droit comparé » était préféré à celui de

(7) *L'Institut de droit comparé. Son programme. Ses méthodes d'enseignement*, Lyon, 1921, p. 11.

« législation comparée », a montré, en se référant spécialement au monde anglo-saxon, comment la simple comparaison des textes législatifs serait absolument inadéquate à fournir la connaissance des systèmes dans lesquels la fonction de la loi écrite est beaucoup plus modeste que dans nos systèmes continentaux européens. Mais, sans entrer dans des discussions théoriques sur la valeur des sources subsidiaires et sur leur hiérarchie, sur l'existence de lacunes, et sur la fonction du juge, on peut facilement se mettre d'accord en affirmant que certainement le droit n'est pas, en général, contenu tout entier dans les codes et dans les lois écrites et que, pour la connaissance d'un système juridique dans sa réalisation pratique, le simple texte législatif, sans l'explication et l'élaboration données par la jurisprudence, est, comme il a été fort bien dit, un squelette privé de muscles ⁽⁸⁾.

V. — Par rapport à la grandeur du champ des recherches et également par rapport à nos ressources — qui peuvent difficilement être exactement appréciées par nos collègues étrangers, surtout non continentaux — également à cause de l'expérience passée, j'estime ainsi prudente et opportune une précision du champ d'activité de tout Institut, en relation avec la finalité spéciale, les intérêts pratiques, les préférences théoriques et la préparation spécifique de celui qui le dirige. Spécialisation du point de vue de la nature et du champ géographique des opérations, qui se montrera d'autant plus féconde dans l'intérêt commun qu'elle répondra mieux à une division rationnelle du travail entre les différents Instituts du même pays ou de pays divers, étroitement unis en une coopération stable, comme je le dirai ensuite.

Notre Institut, né dans un centre d'études économiques et commerciales, doit borner son activité aux frontières de ce domaine, au demeurant bien suggestif, et d'importance fondamentale pour le comparatiste, qui est celui de la recherche historique ⁽⁹⁾. Il devra par contre se préoccuper essentiellement de recueillir, de mettre à jour et d'élaborer les matériaux intéressant les institutions de la vie commerciale — des titres de crédit aux sociétés, des bourses aux transports, des assurances aux banques — et ceci, soit en vue de l'information directe des catégories intéressées à connaître la discipline juridique de ces institutions dans les systèmes étrangers, pour la protection de leurs intérêts, et pour prévenir des contestations, soit en vue d'une application directe des droits étrangers de la part de nos magis-

(8) RABEL E., *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, Munich, 1925.

(9) C'est pourquoi notre Institut ne peut certainement pas réaliser ce souhait *Pour un centre italien d'études historico-juridiques*, que formulait déjà le regretté romaniste et byzantiniste Aldo ALBERTONI, dans la *Scuola superiore*, 1928, p. 41 et suiv. Toutefois je suis heureux que, dans ce domaine également, l'activité de l'Institut ait pu se manifester par l'organisation du récolement, sur une large base internationale, des écrits d'histoire du droit, et de droits étrangers, publiés pour honorer la mémoire de ce très docte savant et de cet ami regretté : v. *Studi in onore di Aldo Albertoni, a cura dell'Istituto di diritto commerciale comparato dell'Università L. Bocconi*, dans les *Studi di diritto privato italiano e straniero*, vol. XVII, XVIII, XIX, Padoue, 1935-1937. En tout cas on ne niera pas l'importance fondamentale de la recherche historique pour le comparatiste : « Isolée de la lumière de l'histoire, l'étude comparative des législations du temps présent est condamnée à rester une étude de surface, impuissante à faire pénétrer les raisons d'être et la portée des divergences relevées entre les droits objets de comparaison » : comme le dit de manière remarquable Edouard Lambert : *L'enseignement du droit comparé*, p. 110. Sur les rapports entre recherche historique et recherche comparative, v. mon ouvrage : *Dogmatica e diritto comparato*, passim.

trats, chaque fois qu'ils sont rendus applicables, suivant les normes générales du droit international privé ⁽¹⁰⁾. Je suis toujours davantage convaincu que l'affirmation rigoureuse du principe de la territorialité des lois dans le champ du droit international privé n'a de fondement sérieux — s'il recueille encore des approbations — que dans la difficulté pratique de la connaissance des droits étrangers quand, pour eux, le principe « *jura novit curia* » est la plus illusoire de toutes les fictions.

L'importance du droit comparé pour le droit international privé est toujours davantage mise en relief par les spécialistes, à commencer par le problème fondamental de la qualification.

Mais notre Institut, bien que, comme l'indique son nom, il limite son champ d'activité à ces institutions qui, selon la tradition de nos systèmes continentaux, se rangent sous le nom de « droit commercial » ⁽¹¹⁾, entend d'autant mieux, dans la sphère de celui-ci, adapter ses buts à ses possibilités et, en particulier, se fixer à l'avance deux domaines précis de recherche : le droit des sociétés et ce complexe d'institutions que, pour bien nous faire entendre, nous qualifions du nom de propriété industrielle, en y comprenant la matière de la concurrence déloyale, non sans l'étendre, à cause de leurs liens structuraux essentiels, à la matière qu'on appelle la propriété artistique et littéraire.

VI. — Mais je ne veux pas clore cette très brève notice de ce qui est plus une revue de projets et d'espérances que de réalisations actuelles, sans parler d'un champ d'activité dans lequel, en conformité au programme sus-énoncé, notre Institut ne désespère pas de pouvoir développer une œuvre utile.

S'il y a un champ de recherche dans lequel l'activité scientifique a un caractère éminemment international, c'est véritablement celui du droit comparé, si bien que, dans ce secteur de nos études, se renfermer dans les recherches entre les frontières de chaque pays apparaît tout à fait un nonsens. Mais les relations scientifiques qui, pourtant, ne manquent pas, comme cela se comprend, entre les travailleurs privés, unis dans chaque partie du monde par la communauté d'une même passion pour la recherche, doivent être aidées et accompagnées de relations stables de coopération entre les Instituts qui, dans divers pays, poursuivent un but scientifique identique. Soit par une œuvre mutuelle d'information et de documentation à la

(10) V. KAHN, *Rôle, fonction et méthodes du droit comparé dans le domaine du droit international privé*, dans le *Bulletin de la Société de législation comparée*, XXIX (1900), p. 413; FEDOZZI, *Ufficio, funzione e metodo del diritto comparato nel campo del diritto internazionale privato*, dans *Archivio giuridico*, nouvelle série, vol. X (1902), p. 258; RABEL, *Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprechung*, dans *Zeitschr. f. ausländisches und internationales Privatrecht*, I (1927), p. 5; F.-W. von RAUCHHAUPT, *Die wissenschaftliche Pflege der Rechtsvergleichung*, dans *Archiv für Recht und Wirtschaftsphilosophie*, XXIII (1930), p. 149; GUTZWILLER, *Internationales Privatrecht*, dans *Das Gesamte Deutsche Recht*, publié par Stammler, vol. I, Berlin, 1931, p. 1.548; LÉVY-ULLMANN, *Rapports du droit international privé avec le droit comparé*, dans *Bulletin de la Société de Législation comparée*, vol. 61 (1931-32), p. 207 et suiv.; TEDESCHI V., *Il diritto privato comparato*, Genève, 1936, p. 16; BALOGH E., *Le rôle du droit comparé dans le droit international privé*, Paris, 1937.

(11) L'opinion d'Edouard Lambert m'y encourage : « S'il fallait à tout prix cantonner l'enseignement de la jurisprudence comparative dans l'un des compartiments particuliers du droit, le compartiment commercial serait beaucoup plus indiqué que le compartiment civil », v. *L'Institut de droit comparé*, Lyon, 1921, p. 16.

demande des Instituts et des travailleurs étrangers, soit par une élaboration scientifique ou un récolement rationnel et à large base d'éléments nécessaires à une élaboration ultérieure, la coopération régulière entre Instituts de droit comparé existants en divers pays, apparaît comme exceptionnellement féconde.

Il est banal d'observer que l'objet même d'observation, c'est-à-dire le droit étranger, n'est pas autrement constitué que par cet ensemble de systèmes juridiques que tout juriste, dans chaque pays, étudie et élabore comme son propre droit national. Mais s'il est, par conséquent, aisé de s'adresser pour le récolement des éléments, des sources, des renseignements aux *chercheurs* en droit privé de chaque pays, soit pour organiser facilement un pareil échange d'observations, soit pour obtenir la sécurité de pouvoir demander et fournir des éléments et des renseignements sous la forme qui peut le mieux se prêter à la comparaison et la faciliter (élément que les techniciens sauront facilement apprécier sans que des explications apparaissent nécessaires) l'utilité d'Instituts spécialisés est évidente, d'Instituts qui, en correspondance avec des buts communs, et avec la compréhension des exigences des travailleurs étrangers, parlent, pour ainsi dire, une commune langue scientifique, sachant bien quelles sont les exigences particulières de la comparaison, et qui éliminent ou réduisent les inconvénients provenant de causes multiples dérivant des exigences de la terminologie particulière, lesquelles rendent beaucoup de termes intraduisibles, et des profondes divergences systématiques ou conceptuelles des divers ordres juridiques positifs et des différentes littératures nationales.

Pour ce qui est de l'information relative à nos institutions juridiques, aux réformes législatives réalisées et aux projets de réforme dont on s'occupe avec une allégresse vaillante en Italie, notre Institut sera très heureux de se mettre au service des Instituts étrangers et des chercheurs isolés; des revues de jurisprudence et de législation, avec des critères systématiques uniformes et constants sont déjà préparées pour les recueils étrangers ⁽¹²⁾.

Mais on doit aussi songer à une coopération plus directe entre Instituts. Un domaine très important, réservé aux Instituts de droit comparé est, à mon avis, celui de la coopération internationale soit pour la simple information et documentation relativement aux droits étrangers, soit pour une élaboration scientifique réalisée au moyen de la participation des Instituts de divers pays à des recherches ayant un but déterminé. Si le projet ou la proposition d'une faculté internationale d'études comparatives ne paraît pas aujourd'hui, pour trop de raisons, de réalisation facile, beaucoup certainement n'auront pas oublié une proposition pour une collaboration ou un « cartel » (comme il disait) des Instituts de droit comparé, lancée il y a neuf ans, par Edouard Lambert.

Pour passer sous silence d'autres tâches qu'une semblable coopération de plusieurs Instituts pourrait réaliser, il me suffit de noter la possibilité que de cette manière on puisse reprendre cette collection systématique des lois commerciales avec traduction dans les principales langues et avec présentation comparative, qui fut déjà tentée dans quelques pays, mais qui demeure en suspens, et qui dépasse, désormais, la possibilité d'une initiative

(12) *Zeitschrift f. ausländisches und Internationales Privatrecht*, III (1929), p. 299 et suiv.; *Annales de droit commercial*, 1931, p. 240 et suiv., et *Ibidem* 1935, p. 315 et suiv.

individuelle isolée. Et, pour me limiter à une réalisation de moindre importance, je dirai tout de suite que l'une des initiatives que notre Institut entend assumer et pour laquelle la participation des Instituts analogues serait précieuse, serait celle d'un petit manuel d'information ou « Annuaire International de Droit privé », destiné à recueillir, dans une forme succincte et schématique, — et pour chaque pays, dans l'espace d'une seule ou de quelques pages — les indications des textes législatifs fondamentaux, et à donner, année par année, une notice sur les principales innovations dans le domaine du droit privé.

Modeste instrument de travail qui, s'il constitue une information très sûre, serait, cependant, un auxiliaire précieux sur la table de travail de tous ceux qui s'intéressent à ces études.

Mais, pour finir, je veux indiquer un autre domaine dans lequel cette collaboration entre Instituts pourrait être féconde en résultats les meilleurs. Beaucoup considèrent l'étude du droit comparé comme un superbe instrument destiné à faciliter, par une compréhension mutuelle et une exacte connaissance parmi les communautés et divergences des divers systèmes positifs, un droit comme législatif. Et celui qui est porté à considérer cette tendance comme une véritable utopie, est conduit en conséquence à considérer le droit comparé d'un œil assez sceptique. Ce n'est pas le cas de s'attarder à relever ici comment des éléments rationnels tirés de la constatation de l'égalité des conditions économiques et sociales — dans de multiples domaines tout au moins — entre peuples parvenus à un égal degré de civilisation, enlèvent tout caractère utopique à l'espérance d'unifications législatives non pas mondiales, certes, mais à large base internationale, pour non pas toutes mais sûrement pour beaucoup d'importantes institutions du droit privé. Il n'est pas nécessaire de rappeler comment, dans des époques de beaucoup plus grandes différences sociales entre les pays de l'Europe continentale, un droit commun s'y est spontanément formé sur les bases des sources romaines, par la suggestion naturelle de leur sagesse. Il est superflu de rappeler que, dans quelques domaines, une uniformité législative a déjà été atteinte par des conventions internationales. Je voudrais, plutôt, rappeler aux irréductibles sceptiques que j'ai cru à la possibilité des accords internationaux en ce domaine, et que de pareils accords ont été défendus, aussi bien que par moi, par des hommes de particulière autorité et de prudence consommée, à qui leur profonde science historique et leur vaste pratique de la vie active du droit dans le cadre professionnel évitaient le danger d'être séduits par des probabilités utopiques ⁽¹³⁾. Mais, toujours pour ces sceptiques irréductibles, je voudrais enfin faire observer que, moins de pareilles unifications législatives internationales apparaissent réalisables, plus apparaît utile et nécessaire — et non pas avec un caractère contingent et technique, mais avec un caractère durable — une recherche systématique et bien informée des systèmes juridiques étrangers, plus devrait apparaître utile et fécond le rôle d'un Institut de droit comparé.

Mais je veux maintenant conclure, en relation avec cet exposé du programme de l'activité de l'Institut qui forme l'objet de ces pages, par une autre considération.

(13) V. SCIALOJA V., *Per un'alleanza legislativa tra gli Stati dell'Intesa*, dans *Nuova Antologia*, Sixième série, CLXV (1916) I, p. 451; CAMMÉO F., *Il diritto comparato e l'unificazione legislativa nella Società delle Nazioni*, dans *Riv. Diritto Commerciale*, 1919, I, 285.

L'unification législative, si elle n'est pas comprise avec un contenu étroit, mécanique, antihistorique, ne clôt pas la tâche de la recherche comparative, mais lui en ouvre une nouvelle. Nous ne pouvons démentir que la loi vive d'une vie qui lui est propre et qu'elle se ressente de l'ambiance à laquelle spontanément elle se plie spécialement par l'œuvre de ses interprètes : la doctrine et surtout la jurisprudence. Également les systèmes juridiques, dans leur évolution, tendent en partie, pour des causes diverses, à se différencier. Nous ne pouvons démentir — et ce ne seront pas certes, les comparatistes qui le démentiront — que c'est de l'uniformité du droit commun qu'est dérivée la différenciation variée des droits continentaux. La loi uniforme n'assure certainement pas, pour toujours, un droit uniforme; fréquemment, dans les lois uniformes elles-mêmes, existent déjà des facultés de réserves ou de modifications par les législations nationales, mais les différences peuvent bien cependant se manifester aussi, par rapport à des principes acceptés de manière uniforme, soit par la renaissance de conceptions nationales tenaces, formées sur d'anciens textes législatifs, soit par le particularisme du génie juridique de chaque peuple.

L'uniformité législative, si elle est atteinte, doit être conservée : il importe avant tout de veiller à ce que les particularités persistant sur les points réservés aux lois nationales particulières n'aillent pas jusqu'à submerger, dans la pratique, l'uniformité législative réalisée.

Une loi uniforme impose, pour sa propre conservation, l'œuvre attentive, vigilante et sagace de la doctrine sur son application dans divers pays.

Voici qu'un domaine particulièrement fécond s'ouvre aussi aux Instituts de droit comparé, en rapport avec la réalisation la plus importante obtenue jusqu'ici dans le champ du droit commun législatif : c'est-à-dire le droit cambiaire. A vouloir faire de l'esprit à propos des limites de cette unification, et de la large possibilité des réserves et facultés de modification consenties aux divers pays, il semble que la Convention de Genève ait donné naissance, non pas à un droit cambiaire uniforme, mais à un droit cambiaire difforme.

Et cependant, pour conserver ce quantum d'uniformité, qui est ratifié dans la Convention, pour documenter sur les limites des particularités qui se sont affirmées même après la Convention dans divers pays, pour expliquer l'interprétation concordante ou différente des principes communs dans la pratique de pays différents, une revue de la mise en œuvre pratique en jurisprudence des principes dérivés de la convention serait aussi utile à la pratique qu'intéressante pour le théoricien.

Cette œuvre également, qui devrait être conduite suivant des critères rigoureusement uniformes, pourrait être facilement réalisée au moyen de la collaboration des Instituts de droit comparé des divers pays, qui fonctionnent comme centres de rassemblement et de coordination de matériaux et qui disposent de l'activité stable et ordonnée d'un personnel d'assistants.

Mais, à côté des matières où, par le moyen de conventions, un droit international uniforme a pu se former, restent celles, bien plus nombreuses, dans lesquelles les exigences pratiques, impossibles à supprimer, d'une activité de rapports à caractère international, ont donné lieu souvent avec une large base de participants, à des conventions destinées à empêcher les conflits positifs ou négatifs de compétence législative ou à assurer, sur la base de la réciprocité, la protection des intérêts des citoyens des pays signataires de ces conventions.

Parmi ces matières, présentant un intérêt particulier, spécialement pour notre Institut qui entend leur apporter une attention particulière, il y a avant tout ce qu'on appelle la propriété industrielle, et la matière connexe de la propriété artistique et littéraire.

Pour nous limiter ici à la propriété industrielle, il est remarquable qu'ait été constituée par la convention de Paris de 1883, — une des conventions comportant une des plus larges bases de participants — cette Union de Paris qui, par l'effet d'une clause expresse et maintenue dans les revisions successives, reste toujours ouverte à de nouvelles adhésions.

Or, étant donné le caractère éminemment international des rapports que régit la Convention, étant donné la persistance — dans le système de l'Union — des diverses législations internes particulières de chaque pays, — étant donné la nécessité de revisions périodiques, expressément prévues dès l'origine, apparaît le grand intérêt ou plutôt l'exigence pratique qui ne peut être écartée, qu'il y a de suivre, avec l'attention la plus vigilante, le mouvement législatif et jurisprudentiel des pays adhérents et de ceux qui y sont étrangers, mais dont l'adhésion est toujours possible, et peut être facilitée par une connaissance adéquate de leurs systèmes internes.

Ceci répond aux intérêts pratiques du commerce, à l'opportunité d'étudier dans une nature dominée par des éléments et des exigences techniques à caractères nécessairement uniformes, des solutions et des systèmes d'autres pays, utiles à des réformes possibles de la loi interne; et finalement, à l'exigence de préparer cette mise à jour périodique de la Convention originaire prévue dans le texte fondamental, qui assure, dans cette délicate et mouvante nature, l'adaptation des principes abstraits aux exigences changeantes de la technique et du commerce. Ayant eu l'honneur de faire partie, autrefois, de la Commission chargée de l'étude des propositions de réforme à l'occasion de la dernière revision réalisée par la Conférence de Londres, j'ai eu la sensation directe de l'impossibilité d'apprécier exactement les propositions de réforme des administrations compétentes des divers pays participant à la Conférence, sans une connaissance préalable des législations internes particulières, des organisations administratives connexes, des directions jurisprudentielles de chaque pays.

J'ai entendu, dans les pages qui précèdent, montrer quelques tâches et quelques activités de caractères éminemment pratiques, qui s'offrent à un Institut de droit comparé, soit parce qu'avec ces faits pratiques peut mieux se concilier l'intérêt effectif des groupements, des organisations, des hommes d'affaires, soit parce qu'elles sont utiles pour dissiper ce scepticisme certain avec lequel encore, dans certains milieux, même universitaires, on considère la recherche comparative. J'ai voulu — dans l'hommage à l'occasion duquel j'écris, hommage offert par des admirateurs internationaux à l'illustre collègue français, qui a été le pionnier et l'animateur de ces études — insister sur l'utilité d'une coopération internationale en cette matière, et puisque la circonstance de cette étude permet ou plutôt conseille qu'on le termine par un souhait, que ce soit celui que, indépendamment et en commun, en dehors des limites des organismes destinés à former des lois uniformes ou des conventions internationales, l'étude des systèmes juridiques, intimement liés à la vie des peuples et imprégnés de leur esprit, permette la reprise de l'activité économique et la compréhension mutuelle entre les peuples.

L'INSTITUT D'ETUDES LEGISLATIVES DE ROME

(Istituto di studi legislativi) (1)

L'*Istituto di Studi legislativi* de Rome est du à l'action de celui qui le dirige depuis sa fondation, le Professeur GALGANO. Insistant sur l'opportunité qu'il y avait, selon lui, à ce que la généralité des juristes théoriciens et praticiens s'intéressassent davantage aux problèmes de législation, GALGANO souhaitait, en vue d'assurer une amélioration graduelle et continue des sources du droit, l'organisation d'un organisme juridique constitué pour s'occuper d'une manière assidue et méthodique de l'étude et de la préparation des réformes législatives (2). Il donnait en exemple à ses compatriotes l'œuvre déjà réalisée en Allemagne et en France, soit en ce qui concerne la documentation juridique descriptive et critique, soit en ce qui concerne la préparation des réformes législatives et le progrès du droit. Il montrait à ce propos, avec une connaissance approfondie du sujet, les résultats obtenus par le *Deutscher-Juristentag*, les Instituts allemands de législation nationale et internationale et de droit comparé, les Sociétés françaises d'*Etudes législatives* et de *législation comparée*, les Instituts français, tel l'Institut de droit comparé de Lyon, sans négliger d'ailleurs l'activité, dans le champ des études et réformes législatives, de pays autres que l'Allemagne et que la France, et notamment de l'Angleterre et des Etats-Unis (3). Son action infatigable, l'originalité et la valeur de ses conceptions, l'appel qu'il adressait à un pays en pleine activité politique et économique, à un pays lancé dans un immense mouvement de réformes, plus exactement de révolution politique et sociale, ont entraîné la création de l'*Istituto di Studi Legislativi*, dans l'esprit même qui était le sien.

★★

Les statuts de l'Institut s'expriment ainsi relativement à son objet : « L'Institut se propose de manière générale de faire progresser les études législatives et de promouvoir l'amélioration de la législation. — Plus spé-

(1) L'état de santé du Professeur GALGANO ne lui a pas permis de faire parvenir au Comité d'édition de ce Recueil la contribution qu'il avait bien voulu accepter de donner sur l'*Istituto di Studi legislativi* qu'il dirige avec tant d'activité. L'importance essentielle de l'Institut et de ses publications, au point de vue de la documentation comparative, les très cordiales relations entre l'Institut de Rome et l'Institut de Droit comparé de Lyon ont déterminé le Comité d'édition à tracer une brève et insuffisante esquisse de l'activité de l'Institut du Professeur GALGANO, dans la pensée avant tout de rendre hommage à l'œuvre remarquable de notre collègue italien.

(2) V. GALGANO, *Per un Istituto di Studi Legislativi*, Roma, 1927, p. 1.

(3) *Ibid.*, pp. 1 et suiv.

cialement il vise : 1° à encourager les études de droit comparé, ainsi que celles historiques, statistiques et économiques appliquées au droit, en tant qu'elles peuvent aider à la préparation des études législatives; 2° à étudier dans leur application pratique les réformes législatives et les lois en général, même étrangères, en prenant, le cas échéant, l'initiative d'enquêtes particulières, et en développant dans le pays la connaissance des lois, par une œuvre assidûment menée de vulgarisation; 3° à pousser à l'établissement précis des coutumes, à leur récolement, à leur divulgation, et, éventuellement, à leur traduction en normes législatives; 4° à coordonner et à valoriser l'œuvre de ceux qui en Italie se consacrent spécialement à l'étude des problèmes de législation, et à favoriser cette œuvre en leur fournissant les moyens d'enquêtes nécessaires ».

Les thèmes d'activité de l'Institut sont ainsi clairement précisés autour de cette idée centrale : l'étude et l'amélioration de la législation; rien n'est omis de ce qui peut servir à cette fin; on place à la base même de l'œuvre à accomplir un travail de documentation et même de vulgarisation; l'étude des législations étrangères est prévue, à côté de celle de la législation nationale; l'accent est mis sur la nécessité, à la base de tout progrès législatif, de l'étude du droit comparé, et enfin on marque l'importance d'une enquête systématique sur la coutume envisagée à la fois comme source de droit, et comme base d'une législation normative, et la nécessité d'une coordination, assurée par l'Institut, des travaux et des recherches dans tout le champ qu'il s'est assigné.

**

Les moyens d'atteindre les buts ainsi précisés, sont définis d'aussi heureuse manière. L'Institut : « 1° cherche à réunir la plus large documentation possible, sur toute forme d'activité publique ou privée dirigée vers la préparation des lois, à l'intérieur et à l'étranger, en constituant une Bibliothèque particulière, en publiant un Bulletin spécial, et en préparant les autres procédés aptes à faciliter l'utilisation la plus large des matériaux rassemblés; 2° pourvoit à recueillir les lois italiennes, et à traduire les codes et lois étrangers, à publier périodiquement des index et des résumés systématiques qui, en coordonnant les dispositions législatives sous chaque matière, représentent pour chacune d'elles l'état de droit en vigueur à un moment donné; 3° tient des réunions périodiques et extraordinaires, et organise des Congrès juridiques nationaux, en préparant et en organisant les travaux, en les coordonnant, et en complétant leurs résultats; 4° établit des rapports avec les institutions étrangères analogues, et facilite les relations scientifiques entre ceux qui s'attachent à l'étude des problèmes de législation ».

**

Ce qu'il y a de remarquable dans l'activité de l'*Istituto di Stidu Legislativo*, ce n'est point tant que cet Institut et son animateur, le Professeur GALGANO, aient su si judicieusement établir leur programme d'action, c'est surtout que ce programme ait été en peu d'années réalisé point par point, et même largement dépassé. Nous nous bornerons, pour justifier cette affirmation, à passer en revue les publications de l'Institut : aussi bien c'est essentiellement par ces publications que l'Institut a réalisé, hors d'Italie,

la diffusion et la communication de la documentation rassemblée par ces soins, et qu'il a pris ces contacts avec les chercheurs et avec les Instituts étrangers, considérés par ses statuts comme l'un des moyens essentiels de réaliser ses fins.

Les publications de l'*Istituto di Studi legislativi* se sont multipliées dans un développement rationnel et harmonieux, et qui montre que l'Institut, au point de vue notamment du droit comparé est aujourd'hui parvenu à dépasser largement, comme on l'indiquait plus haut, le domaine si suggestif déjà et si riche, qu'il s'était d'abord assigné ⁽⁴⁾.

La première en date d'entre ces publications, celle qui, après avoir été la seule, conserve, à côté de ses fins propres, « le rôle d'un organe de liaison et de synthèse pour les autres périodiques de l'Institut », c'est l'Annuaire de droit comparé et d'études législatives (*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*), dont le treizième volume est presque entièrement paru, mettant à jour les matières traitées jusqu'à la fin de 1936. Dans une première partie, l'Annuaire est un recueil doctrinal de droit comparé, dans toutes ses branches, et d'études relatives aux réformes législatives et à l'unification législative internationale. Les autres parties, avec pour complément des comptes rendus bibliographiques et des tables en plusieurs langues, forment essentiellement une documentation systématique concernant d'une part ce qu'il y a de plus important dans la bibliographie juridique, la législation et la jurisprudence italiennes et étrangères, et d'autre part la jurisprudence italienne et étrangère spécialement en matière de droit civil. Conçu ainsi de manière à permettre une vue d'ensemble du mouvement législatif, jurisprudentiel et bibliographique international, l'Annuaire se trouve aujourd'hui complété par les autres publications, soit qu'elles décrivent ce mouvement d'une manière plus approfondie, soit qu'elles se trouvent plus spécialement consacrées, comme on l'indiquera, à diverses branches du droit, alors que, s'agissant surtout de la jurisprudence, l'Annuaire étudie particulièrement le droit civil. Pour mieux saisir l'esprit de l'Annuaire, il convient de relever que les articles d'auteurs étrangers, ainsi que les lois et arrêts des pays étrangers sont publiés dans la langue des pays respectifs, et que les études publiées dans la partie doctrinale consacrée au droit comparé ont été fréquemment groupées autour d'un thème — ainsi des études droit pénal comparé réunies sous le titre « *Il progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo* » — de telle manière que l'Annuaire fournit d'excellents modèles d'un travail en équipe de collaborateurs appartenant à divers pays.

Parmi les autres publications de l'Institut, toutes issues du développement et de la spécialisation de l'Annuaire, on peut distinguer trois groupes. Le premier est constitué de celles de ces publications consacrées à la jurisprudence, — et en même temps à la coutume et à la pratique extrajudiciaire —, dans le but essentiel d'étudier la vie même du droit, dans ses branches les plus actuelles : la Jurisprudence comparée en matière de droit corporatif et de droit du travail (*Giurisprudenza comparata di diritto corporativo, sindacale e del lavoro*), dont le premier volume est en cours de publication pour mettre la documentation au courant jusqu'à fin 1936; la Jurisprudence comparée en matière de droit commercial, maritime, aérien, indus-

(4) V. la feuille consacrée aux Publications de l'Institut.

triel et de droit d'auteur (*Giurisprudenza comparata di diritto commerciale, marittimo, aeronautico, industriale e d'autore*), dont le deuxième volume a été publié, à jour jusqu'à la fin de 1936; la Jurisprudence comparée de droit international privé (*Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato*) dont le troisième volume va paraître. Dans ces trois publications, les mêmes principes sont suivis de nature à leur donner une haute valeur scientifique et à rendre leur consultation facile et pleinement utile; le choix des arrêts publiés porte avant tout sur les décisions des Cours suprêmes; ils sont accompagnés de notes émanant à la fois de juristes appartenant aux pays de la décision publiée, et de juristes d'autres nations. Les arrêts et les notes sont publiés dans la langue du pays, mais les sommaires des arrêts, comme les tables des volumes, sont rédigés en quatre langues, italien, anglais, français et allemand, et les notes sont généralement suivies de résumés en une ou plusieurs langues. Il nous paraît nécessaire d'insister sur l'application, qui peut être singulièrement féconde, d'une méthode comparative consistant à permettre de confronter, sur un arrêt donné, l'annotation émanant d'un juriste national, et celle émanant de juristes étrangers.

Le deuxième groupe des publications de l'Institut est formé d'ouvrages de documentation législative. C'est d'abord la Législation internationale (*Legislazione internazionale*) qui rapporte par année, dans un ordre systématique, et avec un appareil critique approfondi, les lois, décrets et projets de loi italiens et étrangers; les textes sont publiés dans leur langue originale, avec, pour les plus importants, une traduction dans l'une des langues italienne, française, allemande ou anglaise; cinq volumes ont été publiés, le sixième, qui contiendra la législation internationale de 1937, est en cours de publication. C'est ensuite le Répertoire de la Législation Mondiale (*Repertorio della Legislazione Mondiale*) qui est un dictionnaire, un index alphabétique, en italien et dans les langues étrangères, de toutes les lois et de tous les décrets promulgués dans les divers pays; cette publication en est arrivée à son quatrième volume (1935).

Enfin la Bibliographie juridique internationale (*Bibliografia giuridica internazionale*) contient une revue bibliographique annuelle, divisée par pays et matières, concernant toutes les branches du droit, et portant notamment sur la presque totalité des revues juridiques d'Europe, d'Egypte, et des Etats-Unis. Le volume contenant la bibliographie de 1935 est en voie de publication.

★

A côté de l'ampleur de l'œuvre entreprise et réalisée, à côté du souci de ses auteurs de ne négliger aucune des sources juridiques, et de s'occuper spécialement des branches les plus vivantes du droit, il faut signaler la rapidité avec laquelle est publiée cette immense documentation. C'est une qualité essentielle pour la documentation comparative que l'actualité et une constante mise à jour, qui conserve aux documents publiés cette actualité et permet de présenter et de connaître le droit vivant, et non point un droit déjà périmé. Mais il y a là une condition singulièrement difficile à réaliser et qui cependant l'a été dans les publications de l'Institut d'Etudes législatives.

★

Des circonstances nombreuses et variées permettent d'expliquer la réussite remarquable de l'œuvre entreprise par l'Institut. Comme l'avait dit dès 1910 Raymond SALEILLES et comme s'était plu à le rappeler GALGANO ⁽⁵⁾, l'Italie était destinée déjà, par des motifs anciens et comme traditionnels, à être le pays où le droit comparé devait prendre son plus ample développement : parmi ces motifs, il suffit de rappeler la science italienne du droit romain, du droit romain comme source essentielle du droit moderne, aussi bien que du droit romain classique, la maîtrise incontestée des auteurs italiens dans des branches du droit comme le droit pénal et le droit commercial. Mais l'Italie nouvelle est venue donner bien d'autres motifs à un développement de la science comparative : volonté des romanistes d'Italie d'échapper désormais aux théories germaniques qui ont obscurci et contesté la primauté traditionnelle de la législation romaine, reconstruction politique, sociale et économique, aboutissant à un renouvellement de la législation, à des codifications d'une puissante originalité, souci de faire connaître ces institutions nouvelles et de les comparer avec les efforts analogues qui se poursuivent dans le monde presque tout entier. Voilà quelques-uns des éléments qui peuvent expliquer le développement remarquable de l'activité de l'Institut d'Études législatives de Rome : il n'en reste pas moins que l'artisan de cette documentation si ample et si utile, réunie en quelque dix années, a été d'abord et avant tout le Professeur GALGANO.

(5) V. GALGANO, *Per un Istituto di Studi Legislativi*, p. 13.

SECTION VI

LA ROUMANIE

COSTIN, *L'Institut Social Roumain.*

L'INSTITUT SOCIAL ROUMAIN

Par Al. COSTIN

Président à la Cour d'Appel de Bucarest
Secrétaire général de l'Institut Social Roumain

En avril 1918 fut fondée, à Jassy, l' « Association pour la science et la réforme sociales ». Née dans les circonstances extrêmement difficiles existant pendant la première partie de notre participation à la guerre mondiale, cette Association se proposait de préparer un esprit nouveau dans l'examen des problèmes de la vie sociale du peuple roumain. Comme le remarquait M. le Professeur D. Gusti, dans le discours qu'il prononça à l'occasion du dixième anniversaire d'activité de l'Institut, « cette Association n'a pas été, au moment de sa fondation, une création froide, produit de quelques esprits constructifs de géométrie ou d'esthétique intellectuelle, adaptée à quelque utilité imaginaire ; elle a été l'expression de l'inquiétude et des aspirations d'une époque ». Et il ajoutait, plus loin : « L'Institut Social Roumain, dans sa première forme d'existence, n'a donc pas été l'œuvre du caprice ou du hasard ; au contraire, il est né sous la pression irrésistible des événements contemporains ».

Après la réalisation intégrale de l'idéal national roumain par les traités qui ont consacré la fin victorieuse de la guerre mondiale, l'Association transfère, en 1919, son siège à Bucarest et fait paraître le premier numéro de sa revue « Arhiva pentru știința și reforma socială » (Archives pour la science et la réforme sociales).

Le 13 février 1921, l'Association est transformée en « Institut Social Roumain » qui s'est approprié les buts de sa devancière en les élargissant. Les statuts précisent que les buts poursuivis par l'Institut sont : a) étudier scientifiquement les problèmes sociaux et en particulier ceux qui concernent l'état social de la Roumanie ; b) mettre à la portée de ses membres et des personnes qui s'intéressent aux questions sociales, les études et les travaux élaborés dans ses sections, et leur faciliter l'emploi du matériel informatif, statistique et documentaire se trouvant dans sa bibliothèque ; c) contribuer à la diffusion des connaissances sociales.

L'Institut a été reconnu comme personne juridique par la loi du 29 juillet 1921. Il s'est toujours préoccupé de constituer un véritable laboratoire en vue de l'expérimentation des idées nouvelles et de cultiver la science dans ses rapports avec les multiples manifestations de la vie sociale.

Son programme de travail embrasse les aspects variés de la science sociale contemporaine, et surtout le mouvement actuel des faits et des idées.

En 1930, S. M. le Roi de Roumanie a bien voulu accepter la présidence d'honneur de l'Institut.

Depuis février 1929, M. le Professeur Edouard Lambert figure parmi ses membres d'honneur.

Les membres de l'Institut sont groupés par spécialités, en plusieurs sections, qui travaillent d'habitude séparément, mais se réunissent de temps à autre en séance plénière. Les sections peuvent étudier en commun des problèmes déterminés. La subdivision en sections demeure assez souple. Les statuts autorisent le comité de l'Institut à créer des sections nouvelles, à fusionner plusieurs sections en une seule ou à diviser une section en plusieurs autres, tenant compte du nombre des membres et de la diversité des problèmes.

Actuellement, l'Institut comprend les sections suivantes : agraire, de bibliologie et de bibliographie, culturelle, démographique, des sciences économiques, des études coopératives, juridique, de politique étrangère et d'étude des relations internationales, de théorie politique et sociale, de sociologie et des recherches monographiques, de statistique, des études urbanistiques, des études féminines.

Il nous serait impossible de reproduire ici les titres des communications et des rapports présentés en sections et nous nous bornerons à mentionner quelques thèmes généraux.

La section agraire s'est occupée des problèmes soulevés par suite de la grande expropriation rurale réalisée en Roumanie après la guerre mondiale. La création, en ces dernières années, de l'Institut pour les recherches agricoles n'a pas diminué l'utilité de ces études au sein de l'Institut.

La section de bibliologie et de bibliographie a abordé les questions de l'organisation scientifique et législative des bibliothèques populaires et d'une bibliothèque de sciences morales et politiques. En même temps, elle a étudié les moyens d'information bibliographique internationale.

La section culturelle a discuté sur la philosophie de la culture, les thèmes de la culture roumaine, populaire et supérieure, de l'enseignement, ainsi que sur les problèmes de la coopération intellectuelle internationale.

La section démographique se préoccupe des problèmes de l'eugénie, de l'anthropologie et de la démographie.

La section économique, qui englobe les anciennes sections industrielle, financière et commerciale, s'occupe de ces problèmes, tant du point de vue national que de celui de la coopération économique internationale.

La section des études coopératives a analysé les courants de la coopération roumaine et étrangère. Les membres de cette section ont cherché à préciser les structures et la tendance du mouvement coopératif, ainsi que les problèmes spéciaux de la coopération dans l'agriculture, le commerce et l'industrie, notamment celui du caractère coopératif des banques populaires.

La section juridique a été parmi les premières qui aient commencé leur activité, immédiatement après la fin de la guerre. Elle a formulé ses observations critiques sur le régime des décrets-lois, la loi sur les associa-

tions professionnelles, l'organisation et l'unification administratives, la nécessité de la création du Conseil Législatif (qui a été fondé en 1925). Les divers projets sur la réforme de la Constitution, du Contentieux administratif ont préoccupé longuement les membres de cette section, ainsi que le problème de la méthode dans l'unification internationale du droit et celui de la revision des traités internationaux.

Mais la plus grande partie de l'activité de cette section a été consacrée aux études sur le problème de l'unification législative, et la plupart des communications faites par ses membres portent, depuis plusieurs années, sur les projets de nouveaux codes. Après la guerre mondiale, lorsque toutes les provinces roumaines furent réunies, à l'intérieur des mêmes frontières, quatre régimes législatifs demeurèrent applicables : celui des Codes roumains (d'origine française), dans l'ancien royaume, et celui des Codes autrichien, hongrois et russe dans les provinces recouvrées. Pour assurer l'unité législative, deux systèmes étaient possibles : étendre la législation de l'ancien royaume dans les provinces recouvrées ou — ce qui était plus recommandable à tous les points de vue — élaborer de nouveaux codes en tenant compte des conceptions juridiques modernes et des nécessités d'ordre spécifique roumain. Dès 1920, le Ministère de la Justice institua diverses commissions en vue de cette unification législative, et la Constitution de 1923 précisait que cette œuvre se ferait dans le sens de la revision des Codes en vigueur dans les différentes provinces de l'Etat. Les travaux de rédaction des nouveaux Codes ont pris un essor définitif en 1925, grâce à la création du Conseil législatif. Jusqu'aujourd'hui les seuls Codes votés et promulgués sont le Code pénal et le Code de Procédure pénale dont l'entrée en vigueur s'est faite à la date du 1^{er} janvier 1937.

C'est dans les études sur la réforme des Codes, en vue de l'unification législative, que les œuvres de M. le Professeur Edouard Lambert et les publications de l'Institut de Droit comparé de Lyon ont été largement utilisées.

D'autre part, les conclusions principales du livre « La fonction du Droit civil comparé » et celles de « L'enseignement du Droit comme science sociale et comme science internationale » (T. 23 de la Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé de Lyon), concordent avec les idées générales qui se dégagent des travaux de l'Institut Social Roumain, et démontrent l'impossibilité de dissocier les aspects sociaux et les aspects juridiques, même dans le domaine international.

La section de politique étrangère et d'étude des relations internationales a étudié les problèmes actuels de la Société des Nations, surtout ceux concernant l'arbitrage, la sécurité, le désarmement, le régime des minorités, la revision des traités et notamment la question des minorités ethniques en Roumanie et celle relative au régime du Danube.

La section de théorie politique et sociale s'est préoccupée des problèmes actuels de la politique sociale, notamment de l'organisation nationale et internationale du travail, du contrat de travail, des assurances sociales en général, de l'assistance sociale et de l'enseignement professionnel. Elle a également établi un plan pour les monographies industrielles.

La section sociologique a eu le rôle considérable d'étudier la sociologie des peuples et la méthode des recherches monographiques. Elle a élaboré sous la direction de M. le Professeur Gusti, les règles de la méthode monographique et de la constitution d'une science de la Nation. Des communications ont été faites sur les divers aspects dans les recherches monographiques : aspects cosmologique, anthropologique et sérologique, biopolitique, historique, psychologique, et sur les réalités artistique, spirituelle, juridique et politique — ainsi que sur le folklore littéraire et musical.

D'après M. le Professeur Gusti, la sociologie est la science de la réalité sociale ou du social, et cette réalité lui apparaît comme un système complet de manifestations parallèles d'unités sociales, conditionnées par des cadres naturels et sociaux, et motivées par la volonté sociale ⁽¹⁾.

Les éléments qui constituent l'existence du social sont l'économique et le spirituel ; tandis que les éléments qui l'organisent et l'ordonnent sont le juridique et le politique. La réalité sociale est une totalité de vie unitaire et, dans les sections de l'Institut Social, ont été analysées les conditions et les manifestations susmentionnées de cette vie. Au lieu de s'en tenir à des spéculations, à des déductions ou à l'empirisme du praticien, la sociologie est devenue, grâce à la méthode monographique, une science d'observation directe. La monographie sociologique acquiert ainsi un caractère scientifique et apporte les éléments synthétiques nécessaires à une science de la Nation.

La section de statistique s'est occupée des problèmes de la statistique internationale et de l'importance de la statistique dans la politique d'Etat de la Roumanie. Elle a examiné des considérations critiques sur les statistiques industrielles, ethniques et économiques et sur la politique démographique.

La section d'urbanistique a discuté la systématisation et la réalisation des problèmes d'urbanistique dans les communes, et l'urbanisation régionale par rapport à l'organisation du pays. Elle a examiné la crise et le problème du logement au point de vue artistique, le rôle de l'hygiène dans l'urbanistique, ainsi que le problème général de la culture urbanistique en Roumanie.

La section d'études féminines a élaboré des questionnaires pour l'étude de l'enfance et a discuté sur les conventions internationales de protection du travail de la femme et de l'enfant, ainsi que sur la préparation professionnelle des femmes.

L'Institut Social Roumain a organisé en décembre 1936, grâce à un apui financier accordé par la Fondation Rockefeller, et à une subvention du Ministère des Affaires Etrangères, un Centre des Hautes Etudes Internationales qui est dirigé par un comité et par M. Fr. Chalmers-Wright comme directeur.

Le Centre a pour but de fournir aux savants et experts s'occupant de

(1) La sociologie monographique, science de la réalité sociale. Etude introductive de D. Gusti dans le volume : « Teoria monografiei sociologice », Tr. Herseni, Bucarest, 1935. Voir aussi « Tecnica monografiei sociologice », H. H. Stahl, Bucarest, 1935.

L'étude scientifique des relations internationales, un instrument technique de recherche et de documentation dans ce domaine. En dehors des membres de l'Institut, notamment ceux de la section de politique étrangère et d'étude des relations internationales, le Centre invite à participer à ses travaux les personnalités compétentes. Il assure la collaboration de l'Institut avec la Conférence Permanente des Hautes Etudes Internationales et organise des réunions d'experts pour discuter des communications faites sur ces questions d'ordre international. Le Centre prépare des mémoires et la participation des délégués à la Conférence des Hautes Etudes Internationales.

L'Institut entretient des relations suivies avec de nombreuses Institutions, parmi lesquelles figure, depuis longtemps, l'Institut de Droit comparé de Lyon.

A partir de 1922, l'Institut a organisé des conférences publiques dans le but de faciliter le contact des hommes de science avec le grand public et de tenir celui-ci au courant des préoccupations intellectuelles du pays et de l'étranger. Les conférenciers sont choisis de préférence au sein de l'Institut, mais on a fait très souvent appel à des spécialistes et à des personnalités réputées du dehors. Ils ont toujours exposé leurs opinions avec la plus grande liberté, mais aussi d'une manière tout à fait objective. Même les leaders des partis politiques ont respecté ce caractère traditionnel, acquis par la tribune de l'Institut. Tout cela a fait de ces conférences un endroit unique où des auditeurs appartenant à toutes les classes de la société se sont habitués à se donner rendez-vous pour suivre l'activité publique de l'Institut. Le cycle annuel comprend d'habitude une vingtaine de conférences.

Voici les thèmes généraux de ces cycles : La réforme de la Constitution (23 conférences, en 1922, avant l'élaboration de la nouvelle Constitution roumaine) ; les doctrines des partis politiques (18 conférences en 1923) ; la politique étrangère de la Roumanie (20 conférences en 1924) ; la vie sociale de la Roumanie après la guerre (17 conférences en 1925) ; le capitalisme dans la vie sociale (20 conférences en 1926) ; village et ville (21 conférences en 1927) ; la politique de la culture (27 conférences en 1928) ; l'expérience politique et sociale contemporaine (26 conférences en 1930) ; la fédéralisation des Etats européens dans le cadre de l'internationalisme constructif (16 conférences en 1931) ; l'influence de la dépression économique mondiale en Roumanie (18 conférences en 1932) ; la sécurité collective et le revisionisme (16 conférences en 1934) ; la réorganisation de l'Etat et la vie sociale (18 conférences en 1935).

Il est regrettable que ces conférences, en dehors des trois premiers cycles et de celui sur la Politique de la culture, n'aient pas été publiées.

Parmi les conférenciers étrangers qui ont illustré la tribune de l'Institut Social Roumain nous rappellerons les noms de MM. Albert Thomas, Léon Duguit, Edmond Chapuisat, James Shotwell, H. Truchy, Docteur C. Zimmermann, Docteur Em. Van Konynenburg, Docteur Hjalmar Schacht, Docteur Daniel Seruys, Docteur Werner Sombart, de Martonne, C. Bouglé, Ed. Pittard, William Rappard, André Siegfried, J. Paul-Boncour, Henri Bonnet, Léon Jouhaux.

L'organe de publicité de l'Institut Social est la revue « Arhiva pentru Stiința și reforma socială » (Archives pour la Science et la Réforme sociales) dont paraîtront sous peu les numéros de la quatorzième année.

Les conférences données dans les quatre premiers cycles ont pu être publiées : « Noua Constituție a României » (La nouvelle Constitution de la Roumanie) ; « Doctrinile partidelor politice » (Les doctrines des partis politiques) ; « Politica externă » (La politique étrangère) ; « Politica culturii » (La politique de la culture). Les volumes suivants ont paru dans la bibliothèque sociologique : « Teoria monografiei sociologice » (La théorie de la monographie sociologique), par Traian Herseni, et « Tehnica monografiei sociologice » (La technique de la monographie sociologique), par H. H. Stahl, ainsi que « Sociologia militans, Introduction à la sociologie politique », par le Professeur D. Gusti.

A côté d'autres volumes, l'Institut a publié quelques bulletins concernant l'activité spéciale de ses sections. Malheureusement la plupart des conférences et des communications dans les sections n'ont pu être publiées et une bonne partie ne pourra être reconstituée.

Depuis 1934, la revue de l'Institut « Arhiva pentru stiinta si reforma sociala » est devenue l'organe de la Fédération Internationale des sociétés et instituts de sociologie, au nom de laquelle agit l'Institut International de Sociologie. L'Institut Social Roumain considère ce fait — ainsi que l'appui de la Fondation Rockefeller — comme une consécration par les sphères intellectuelles internationales, ce qui l'oblige à continuer, sinon à développer son activité et ce qui lui impose la conscience d'un vrai devoir à accomplir dans cette direction.



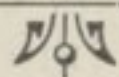


BOSC FRÈRES, M. & L. RIOU

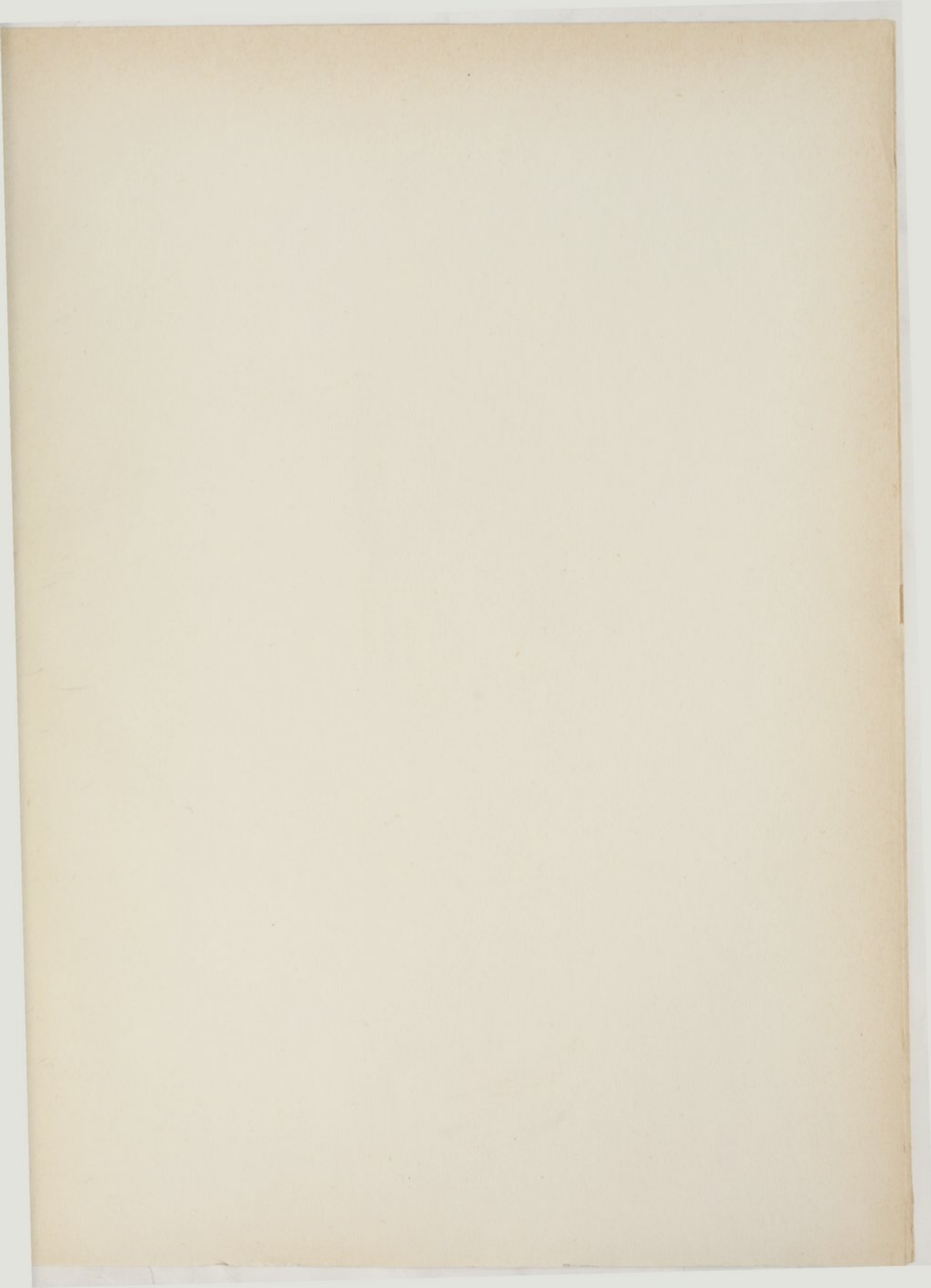
•• •• •• IMPRIMEURS-ÉDITEURS •• •• ••

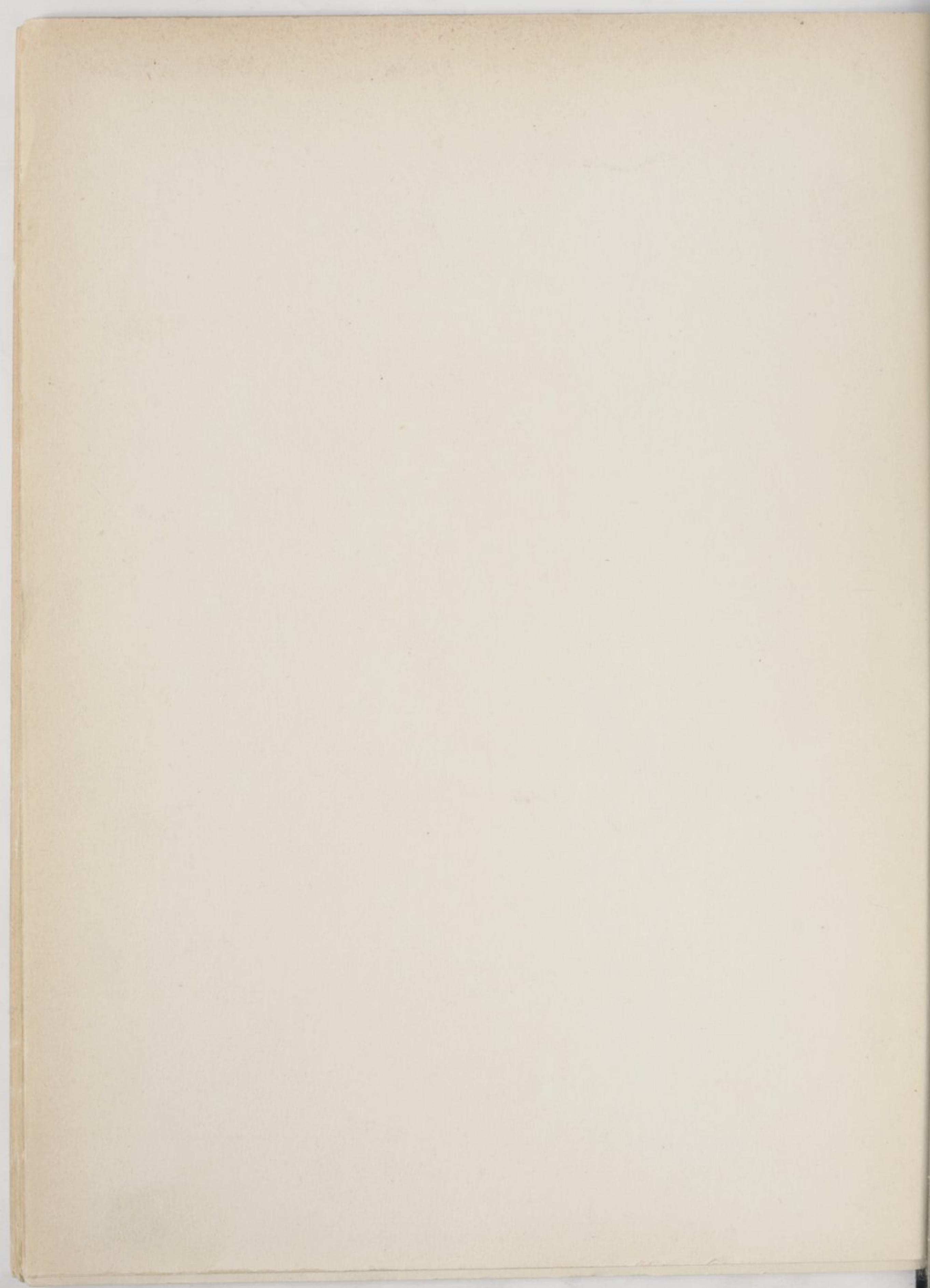
•• 42, QUAI GAILLETON, 42 ••

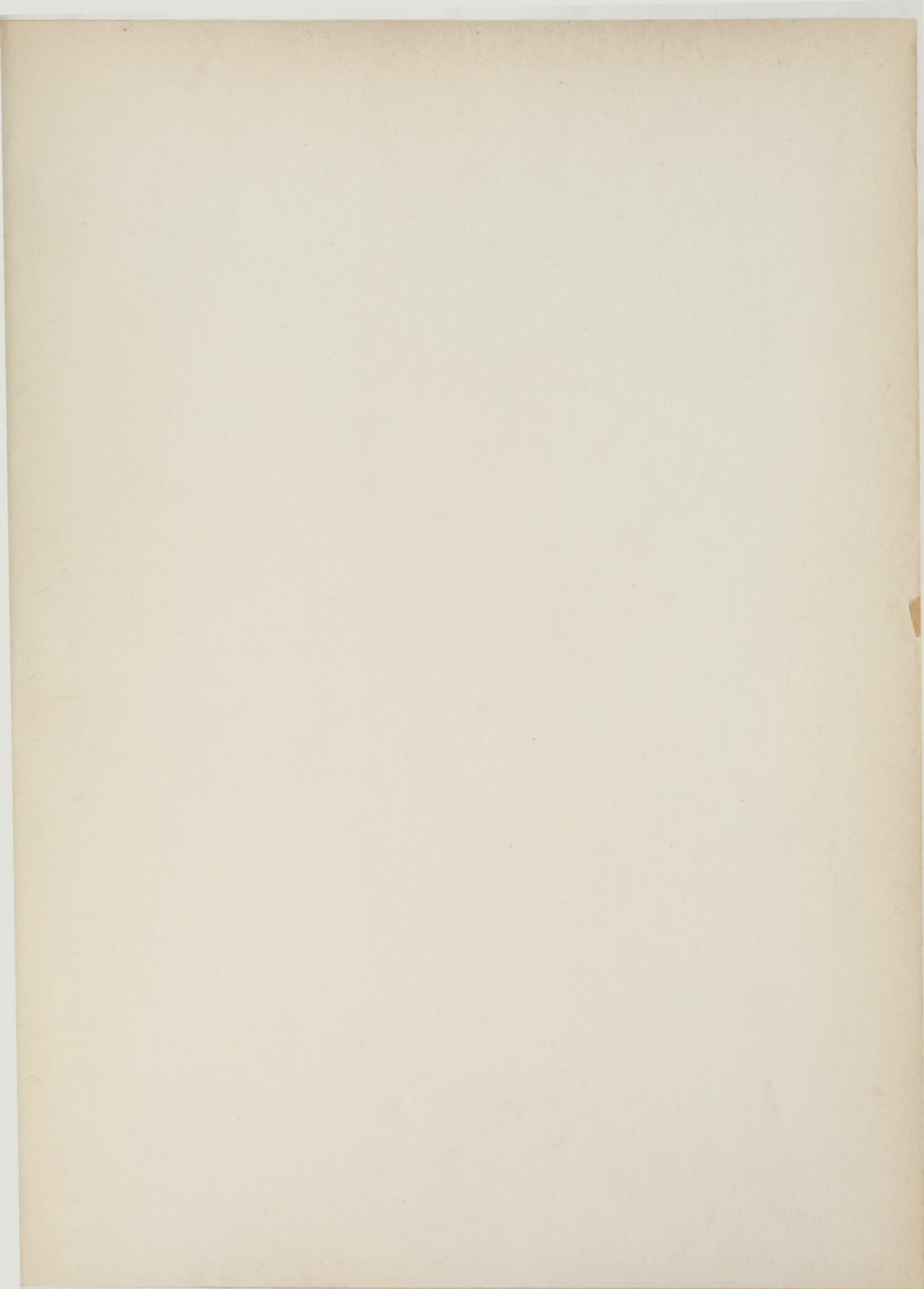
•• •• •• LYON •• •• ••

















BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE FRANCE
3 7502 01037109 6