

RECUEIL D'ETUDES
SUR
LES SOURCES DU DROIT

EN L'HONNEUR DE
FRANÇOIS GÉNY

I

ASPECTS HISTORIQUES ET PHILOSOPHIQUES



LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY

Société Anonyme
22, rue Soufflot, PARIS (V^e)



Table des matières du tome I

| | Pages | |
|--|-------|---|
| PRÉFACE AU « RECUEIL GÉNY », par Edouard LAMBERT, Université de Lyon | xix | ← |
| OBJET GÉNÉRAL ET PLAN DU TOME I | 1 | ← |
| PREMIÈRE PARTIE | | |
| Contributions à l'étude de l'histoire des sources du droit | | |
| RÉPARTITION DES MATIÈRES ENTRE LES TITRES | 5 | ← |
| TITRE I. — Sources du droit romain | 11 | |
| CHAPITRE I. — Le culte des ancêtres, source permanente du droit en Asie et du droit ancien à Rome, par Charles APPLETON, professeur honoraire à l'Université de Lyon | 11 | |
| CHAPITRE II. — Le rôle des juges dans la formation du droit romain classique, par Paul COLLINET, professeur à l'Université de Paris | 23 | |
| CHAPITRE III. — La jurisprudence romaine et la notion de l' « auctoritas », par Fernand DE VISSCHER, professeur à l'Université de Gand | 32 | |
| CHAPITRE IV. — Libram primam postremamque, par Lucien MICHON, doyen honoraire de la Faculté de droit de l'Université de Nancy | 42 | |
| CHAPITRE V. — Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs, par Félix SENN, doyen de la Faculté de droit de l'Université de Nancy | 53 | |
| TITRE II. — Sources du droit canonique | 69 | |
| CHAPITRE I. — La doctrine, source des collections canoniques, par Gabriel LE BRAS, professeur à la Faculté de droit de Paris | 69 | |
| CHAPITRE II. — Sources et règles d'interprétation en droit cano- | | |

| | Pages |
|---|-------|
| nique, par A. VAN HOVE, <i>professeur de droit canonique à l'Université de Louvain</i> | 77 |
| TITRE III. — La coutume, la jurisprudence et la doctrine comme sources des droits occidentaux | 89 |
| CHAPITRE I. — La censure des coutumes par Max RADIN, <i>professeur à l'Université de Californie, Berkeley</i> | 89 |
| CHAPITRE II. — Comment s'est formée la théorie de la personnalité des sociétés commerciales, par Jules VALÉRY, <i>professeur de droit commercial à l'Université de Montpellier</i> | 100 |
| TITRE IV. — Réceptions de droits étrangers | 105 |
| CHAPITRE I. — Sources françaises de la législation angevine dans le royaume de Sicile, par Gennaro Maria MONTI, <i>professeur à l'Université de Bari</i> | 105 |
| CHAPITRE II. — Le passage des sources anciennes aux nouvelles sources en droit privé turc, par EBULULA et A. SAMIN, <i>professeurs à la Faculté de droit de Stamboul</i> | 126 |

SECONDE PARTIE

La place des sources du droit dans la théorie générale et la philosophie du droit

| | |
|---|-------|
| CONTENU ET DISTRIBUTION DE CETTE SECONDE PARTIE | 137 ← |
| TITRE I. — La notion de droit et les sources de l'autorité du droit. — Le droit et l'Etat | 146 |
| CHAPITRE I. — La science du droit, sa fonction et ses limites, par Ernst BELING, <i>professeur à l'Université de Munich</i> | 147 |
| CHAPITRE II. — Le droit, par Hermann JAHRREIS, <i>professeur à l'Université de Leipzig</i> | 161 |
| CHAPITRE III. — La notion de droit ; par Karl WOLFF, <i>professeur à l'Université d'Innsbruck</i> | 181 |
| CHAPITRE IV. — Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique, par Carré de MALBERG, <i>professeur à l'Université de Strasbourg</i> | 192 |
| CHAPITRE V. — Quelles sont les causes de l'autorité du droit, par Auguste SIMONIUS, <i>professeur à l'Université de Bâle</i> | 204 |
| TITRE II. — Le problème du droit naturel | 223 |
| CHAPITRE I. — Les sources naturelles du droit. L'originalité des | |

| | Pages |
|---|-------|
| sociétés humaines parmi les sociétés animales, par Charles BOUCAUD, <i>professeur à la Faculté Catholique de droit de Lyon</i> | 223 |
| CHAPITRE II. — Le droit naturel dans le système d'interprétation de Gény, par Eugenio DI CARLO, <i>professeur à l'Université de Messine</i> | 234 |
| TITRE III. — Les succédanés du droit naturel | 245 |
| CHAPITRE I. — Droit rationnel et droit positif, par Mircea DJUVARA, <i>professeur à l'Université de Bucarest</i> | 245 |
| CHAPITRE II. — L'œuvre de François Gény et la science du droit pure, par Jaromir SEDLACÉK, <i>professeur à l'Université de Brno</i> | 277 |
| TITRE IV. — Les sources psychologiques du droit | 297 |
| CHAPITRE UNIQUE. — Les sources psychologiques du droit, par Son Honneur le Juge DOWDALI | 297 |

Préface au *Recueil Gén*y

Le metteur en pages — ou l'éditeur au sens anglais du mot — de ce *Recueil d'études* en l'honneur de François Gén

y se garderait — comme d'une inconvenance — d'y joindre des lignes de présentation aux lecteurs, si ces lignes avaient comme objet d'exposer les raisons pour lesquelles les auteurs de ces études ont éprouvé le désir de s'unir pour présenter au maître, dont on célèbre le jubilé, cette triple gerbe d'hommages cueillie sur un même terrain qu'il a fait sien : *Les sources du droit*. La figure de Gén

y se détache avec un tel relief sur le mouvement mondial de la science du droit pendant le xx^e siècle, et — depuis l'année 1899, où parût la première de ses deux grandes œuvres, — ce relief est allé si fortement s'accroissant de jour en jour, que nous jugerions, non pas seulement superflu, mais indécent, de rappeler à des lecteurs — qui les connaissent aussi bien que nous — les titres par lesquels Gén

y s'est imposé à l'admiration et la reconnaissance, non pas seulement de ceux qui ont apporté leurs contributions à ce *Recueil* — bien d'autres se fussent joints à eux s'ils en avaient eu le loisir — mais de tous ceux qui s'intéressent à la progression des sciences sociales et en particulier des sciences juridiques.

Cet avertissement n'a d'autre raison d'être que d'expliquer pourquoi l'hommage collectif, que ces trois volumes apportent à la haute personnalité scientifique de Gén

y, a pris une forme si différente de celle que revêtent habituellement les *Mélanges*, *Festschriften* et *Scritti in onore*, et, avant tout, d'exprimer nos excuses aux auteurs des « Études », rassemblées dans le *Recueil Gén*y, pour les fort regrettables retards qui se sont produits dans la mise au point pour l'impression — et dans l'impression — d'une publication, qui aurait dû, — si nous avions su prévoir et résoudre les difficultés rencontrées au cours du travail

d'édition — paraître deux ans avant le moment où elle sort enfin des presses.

C'est pendant les cérémonies d'inauguration d'un buste de Maurice Hauriou à l'Université de Toulouse, au cours desquelles avait été rappelée la publication — alors toute fraîche — des *Mélanges Hauriou*, — édités eux aussi par la Librairie du Sirey — que s'est fait jour, dans les conversations de quelques-uns des assistants, la préoccupation de rassembler aussi des *Scritti in onore* pour être offerts à Gény quand sonnerait — ou s'apprêterait à sonner — l'heure inexorable de la retraite. Celle de la retraite universitaire est venue avant que nous soyions prêts. Mais fort heureusement elle n'a point coïncidé avec la seule retraite qu'on connaisse et dont on tienne compte dans le cercle des relations scientifiques : l'arrêt de la production littéraire. Celle de Gény n'a jamais été plus suivie, plus variée, plus prompte à se renouveler qu'à l'heure présente.

Il nous a semblé qu'un *Festschrift*, publié en hommage à une œuvre de la nature de celle de Gény, pouvait nous offrir une excellente occasion de tenter une expérimentation, — à laquelle nous pensions depuis longtemps, — en essayant de faire sortir de l'activité commune, établie sous les auspices du maître fêté, des résultats plus homogènes que ceux auxquels aboutissent d'ordinaire les *Mélanges*, formés de contributions autonomes, qui n'ont souvent guère d'autres liens entre elles que l'insertion dans un même volume.

Nous avons jugé qu'il serait possible, dans un « Recueil d'études » dédié à Gény, de concilier cette aspiration à une cohésion — au moins relative — avec un respect suffisant de la liberté d'initiative et de mouvement des coopérateurs, en leur demandant de choisir les sujets de leurs contributions respectives dans le cercle de problèmes qui ont formé l'objet essentiel des deux œuvres principales de Gény : *Méthode d'interprétation et sources — Science et technique en droit privé positif*, sans s'astreindre d'ailleurs, plus que ne l'avait fait Gény lui-même, à borner leur vision au champ limité du droit privé. Car, si les travaux de penseurs, venus du droit public, comme Léon Duguit et Maurice Hauriou, ont puissamment contribué à la reprise, dans le domaine du droit privé, des recherches d'ordre méthodologique et de la vérification critique des pos-

tulats fondamentaux de cette discipline, les vues du non moins vigoureux remueur d'idées — venu du droit privé, — qu'est Gény, ont produit de non moindres réactions sur le mouvement de la méthodologie du droit public.

Il nous a paru — et il ne semble pas que nous nous soyions trompé — qu'un appel collectif adressé à cette fin à ceux des hommes de science, qui s'intéressent à cette catégorie bien définie de problèmes, devait permettre d'atteindre un double but : associer un grand nombre de participants à l'hommage rendu à Gény, et lui présenter cet hommage sous la forme qui avait le plus de chances de lui être agréable : celle d'un voyage en groupe, fait à sa suite, sur le sol scientifique à la culture duquel il a consacré la majeure part de sa féconde activité de professeur et d'écrivain.

Ce programme, soumis à Henri Capitant et Louis Josserand — qui étaient alors les représentants élus du personnel des Facultés de droit françaises près du Ministère de l'Instruction publique — et de Lucien Michon — qui avait succédé à Gény dans les fonctions de doyen de la Faculté de droit de Nancy — fut adopté et patroné par eux dans une lettre-circulaire, dont ils me laissèrent le soin d'assurer la distribution.

Leur appel a été largement entendu, comme le montre la liste des auteurs qui ont collaboré au présent Recueil. Il l'a dû, — en même temps qu'à la séduction exercée par la personnalité et l'œuvre de Gény, — à la nature du thème choisi comme objet général des études contenues dans le recueil.

La matière des « Sources du droit » est, en effet, un terrain sur lequel se rencontrent, avec les juristes — pour lesquels elle offre le plus d'intérêt pratique, — les économistes, les spécialistes de la science politique, les sociologues et les théoriciens de la philosophie du droit, — comme l'attestent les monographies dont se compose la seconde moitié du tome I de ce Recueil. Et la première partie de ce volume montre aussi que les historiens y trouvent maintes occasions de mettre en lumière la valeur des enseignements que leurs recherches fournissent aux interprètes des droits contemporains.

Ce n'est pas seulement entre travailleurs de toutes les branches du droit et des branches connexes des autres sciences sociales qu'une coopération — coopération par division spon-

tanée du travail — s'est produite pour l'établissement de l'enquête sur l'état actuel d'avancement de l'étude des Sources du droit contenue dans les trois volumes du *Recueil Gény*. C'est aussi entre hommes de science appartenant, sinon à toutes les régions de la communauté internationale, au moins à ses principales et ses plus vieilles provinces, à celles où la science du droit est le plus activement cultivée.

J'ai éprouvé personnellement un réel plaisir à constater que plus de la moitié des contributions, ici groupées et classées dans l'ordre naturel des sujets traités, sont venues de cercles extérieurs à la France. Il n'en est pas venu seulement de pays comme l'Allemagne, l'Autriche, l'Italie, (les apports italiens ont été particulièrement abondants et méthodiques, grâce à la propagande du si actif créateur de la *Rivista di Diritto Privato* et de *l'Istituto di Diritto Comparato Commerciale*, Mario Rotondi) dont la littérature juridique a particulièrement été utilisée par Gény — nul peut-être, si ce n'est Saleilles n'a autant contribué que lui à la populariser en France pendant les premières années du xx^e siècle, — ou de pays, comme la Hongrie, la Pologne, la Roumanie, la Tchécoslovaquie, la Yougoslavie (et aussi la Turquie) où l'on suit attentivement la marche parallèle de la production dans les deux branches concurrentes de la culture juridique issue du droit romain : branche française ou latine et branche germanique.

Mon cœur de vieux serviteur de l'idée internationale du droit s'est surtout réjoui de l'abondance des contributions en provenance de pays — l'Angleterre, les Etats-Unis — qui forment les centres de rayonnement de cette autre culture supranationale, le *common law*, qui lutte actuellement pour le partage des préférences de la communauté internationale avec le droit commun germano-latin. L'apport américain, notamment est représenté dans ce Recueil par un faisceau aussi impressionnant par sa richesse et la variété de son contenu que par l'étendue de son volume. Ce résultat est pour une large part l'œuvre du tenace pionnier du droit comparé, du grand artisan de sa pénétration dans les universités américaines qu'est John H. Wigmore. Le haut prestige de sa personnalité et de sa production scientifique lui a permis de grouper une élite de représentants — particulièrement autorisés — des universités et des cours de

justice américaines, qui se sont réparti la tâche de présenter les vues, les plus récentes et les plus critiques, de la science américaine sur les principaux problèmes compris dans le champ des sources du droit. (Je dois confesser au passage que l'intérêt avec lequel je suis la formation scientifique de quelques jeunes juristes américains m'a amené à joindre quelques autres contributions à la masse imposante des travaux d' « hommes arrivés » rassemblée par Wigmore.)

Wigmore me saurait certainement mauvais gré de le remercier de l'aide considérable qu'il a donnée à notre travail d'édition. Car il a été poussé à nous la donner par le souci de servir une cause à laquelle il s'est toujours dévoué passionnément : l'aspiration à une renaissance de l'humanisme, dans le domaine juridique, par le développement de l'association de travail entre les juristes des divers pays. En se faisant, à la même heure, l'organisateur de la participation américaine, et à l'établissement du *Recueil Gény*, et à la reprise en 1932 des Congrès internationaux de droit comparé, il est resté fidèle à la poursuite du même idéal qui l'avait conduit, avant la guerre, à organiser la publication de diverses séries de traductions d'œuvres et d'extraits d'œuvres choisies de la science juridique continentale pour en diffuser la connaissance et la compréhension parmi les juristes de son pays.

Un appui semblable à ceux que nous avons reçus de Wigmore pour les États-Unis et de Mario Rotondi pour l'Italie, nous a été fourni pour le Japon par Naojiro Sugiyama. Sa propagande a certainement contribué à susciter et encourager les nombreuses contributions qui nous ont été envoyées par les professeurs de la Faculté de droit de l'Université impériale de Tokio : contributions dont nous leur sommes d'autant plus reconnaissants qu'ils ont dû faire un rude, mais fructueux effort, pour exprimer directement leurs pensées en langue française.

Grâce à ces apports, venus des pays de *common law* et de terres neutres — qui se sont ouvertes depuis longtemps à la culture juridique occidentale, sans faire un choix définitif et sans réserve entre les deux variantes de cette culture, tout en marquant plus d'affinité pour la branche latine-germanique que pour la branche anglo-saxonne — les chapitres principaux, les

chapitres les plus classiques de ce « Recueil d'études sur les sources du droit » fourniront une confrontation entre les vues des juristes des « pays de droit civil » et celles des juristes des pays de *common law*, en nous apportant, en même temps quelques indications sur l'impression qu'ont retirée de cette confrontation des juristes qui, comme nos collègues de Tokio, planent assez au-dessus de l'ambiance des rivalités historiques entre *common law* et *droit civil* pour pouvoir faire figure d'arbitres impartiaux.

Je ne dissimulerai pas que je n'ai pas été mû par des motifs uniquement désintéressés en assumant spontanément, dans l'édition du *Recueil Gény*, une tâche de secrétaire de rédaction. Je savais bien que l'effort collectif des apporteurs de contributions pour scruter à la suite de Gény, au travers de la théorie des sources du droit, les relations entre la matière première du droit et ses produits façonnés, les étapes de la formation par degrés du droit positif, — selon la formule de Carré de Malberg, — et le fonctionnement des divers rouages de son mécanisme de fixation en normes contraignantes, — et surtout leurs efforts, pour reconnaître et définir les liens qui rattachent le droit à sa substructure de science sociale, seraient des efforts tout aussi profitables à l'orientation que le droit comparé travaille à donner à la science juridique qu'à celle qu'a tant contribué à lui imprimer Gény. Car j'ai toujours été convaincu que ces deux orientations sont inséparables. C'est un thème que j'ai développé dans l'un des volumes de la *Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé de Lyon — L'enseignement du droit comme science sociale et comme science internationale*, tome 23, 1928 — un thème que j'ai souvent repris depuis. Et je ne puis oublier que c'est dans un compte rendu de *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, qui m'avait été demandé par Raymond Saleilles pour la *Revue internationale de l'enseignement* (1900, II, pp. 218 et s.) que j'ai pour la première fois défini — non pas en antagonisme avec les vues de Gény, mais comme un complément à ses vues, — le rôle que, dans une communauté internationale qui sent le besoin d'adapter sa structure juridique à sa structure économique, le droit comparé est, — selon moi — appelé à remplir, comme instrument de développement d'une armature commune entre les

droits nationaux et comme ferment de leur évolution dans des directions communes.

J'ai retiré des travaux, à l'assemblage desquels j'ai procédé, le profit que j'en attendais : une documentation fort étendue dans sa sphère géographique, où sans doute il y a encore trop de trous, mais qui tiennent au degré actuel d'avancement de la recherche scientifique, dont les curiosités ne sont point encore aiguillées dans toutes les directions désirables. Et cette documentation concerne une matière — description des mécanismes d'élaboration des droits nationaux actuels, détermination de ceux des rouages qui en constituent la structure commune et de ceux qui constituent les particularités de chacun d'eux — qui forme l'introduction nécessaire à toute exposition d'ensemble du droit comparé, et contient les notions élémentaires indispensables à la compréhension de chacun des chapitres de cette exposition.

Mais, si la besogne d'assemblage que je viens de remplir m'a procuré d'appréciables satisfactions en tant qu'usager du *Recueil Gény*, elle a été pour moi, en tant qu'éditeur, la source d'un remords. Ce remords, c'est de n'avoir pas réussi à tenir la promesse d'en assurer la publication à la date indiquée dans la circulaire Capitant-Josserand-Michon. Les obstacles, qui m'ont empêché de la remplir, viennent d'une seconde préoccupation qui, dans l'établissement du plan d'édition de ce Recueil, s'est ajoutée à la préoccupation d'en assurer l'homogénéité de contenu. Nous avons cru, non sans raison, me semble-t-il, que, pour permettre aux diverses contributions de se soutenir les unes les autres et de fournir les bases d'une publication qui aît chance d'obtenir un large et durable classement dans les bibliothèques, il était indispensable de les fondre dans une même langue. Car trop peu nombreux sont les lecteurs qui ne risquent pas d'être détournés de la lecture d'une publication — surtout d'une publication s'étendant sur plusieurs volumes — par l'emploi alterné d'un certain nombre de langues. La plupart ne lisent guère que ce qui est écrit dans leur langue nationale ou dans la langue de contact international qui leur est le plus familière.

Dans un Recueil d'études en l'honneur de François Gény, la langue de publication ne pouvait être autre que celle dans

laquelle il a écrit son œuvre. Pour concilier ce souci d'homogénéité linguistique avec le souci d'étendre largement le cercle des collaborateurs, nous avons donc envisagé que les contributions des auteurs parlant anglais, allemand ou italien seraient rédigées dans leurs langues maternelles, mais paraîtraient dans le Recueil sous la forme de traductions françaises. Nous espérons qu'en limitant le recours pour l'établissement des originaux des contributions à trois langues, douées d'une large expansion scientifique, nous n'aurions pas trop de peine à en obtenir des versions françaises. Nous avons fait preuve d'un excès d'optimisme. J'aurais dû pourtant prévoir les difficultés auxquelles j'allais me heurter. Car je les avais déjà rencontrées lors de la mise en train de la publication poursuivie, depuis 1925, en une triple édition, allemande, anglaise et française par les soins du Bureau International du Travail du *Recueil International de la Jurisprudence du Travail*. J'avais pu me rendre compte alors combien il est difficile de trouver à l'improviste des traducteurs pour des documents d'ordre juridique — et surtout des documents en relations avec des systèmes juridiques différents — parce que ce genre de traduction exige avant tout la connaissance du sujet traité dans les textes traduits. J'avais dû faire subir bien des retouches à quelques-unes des traductions contenues dans le premier volume de l'édition française avant que ce volume fût en état d'affronter décemment l'épreuve de l'impression. Mais cet obstacle avait vite été écarté, pour les volumes suivants, grâce aux moyens d'action dont dispose une agence internationale outillée comme le B.I.T. J'avais, dès lors, pu croire qu'il était de ceux qui ne sont jamais insurmontables.

Mais une maison d'édition privée n'a malheureusement pas les mêmes facilités pour faire face aux problèmes de traduction. Nous ne pouvions compter pour les résoudre que sur les concours bénévoles de juristes français, disposés à participer par cette voie à l'hommage commun offert à Gény. Mais le nombre de ceux de nos collègues français, qui, ayant des dons de traducteurs, n'étaient pas empêchés, par l'urgence de leurs travaux personnels, de les exercer au profit du *Recueil Gény*, s'est révélé moins grand que nous le pensions. Ce n'est que bien après la date initialement prévue pour l'envoi du Recueil à l'impression que nous a été procuré, par l'entremise de la

Librairie du Sirey, le fort précieux concours de deux jeunes professeurs de l'Université de Grenoble, qui sont l'un et l'autre les auteurs d'œuvres scientifiques de haute valeur, et qui ont bien voulu mettre leur science au service de la diffusion de la pensée de collègues étrangers. L'un, Albert Levet, a traduit avec une rare dextérité de main, la majeure partie du groupe imposant des contributions italiennes, pendant que M^{me} Albert Levet traduisait avec la même fidélité l'une des principales contributions allemandes. L'autre, Gabriel Marty, nous a fourni une version française de tout repos d'une étude du juge américain Joseph C. Hutcheson. J'ai trouvé aussi à Lyon, parmi mes collaborateurs de l'Institut de droit comparé, l'aide non moins compétente de Paul Baratier. Mais ses occupations l'ont obligé à la limiter à la traduction d'une seule des monographies de langue anglaise.

Pour le reste, c'est-à-dire pour la masse principale des contributions en langues étrangères, la Librairie du Sirey a dû s'adresser à de jeunes docteurs en droit préparant les concours de nos agrégations de droit, — choisis parmi ceux qui ont donné les meilleures preuves de leurs aptitudes à la recherche scientifique — mais qui faisaient à cette occasion leur première expérience de la traduction, et la faisaient dans des conditions particulièrement difficiles, en s'exerçant sur des textes qui — comme les contributions en langue anglaise notamment — mettent en jeu des notions, des institutions ou des termes juridiques difficilement familiers à d'autres juristes français que les spécialistes du droit comparé.

Ce sont les difficultés de cette sorte, rencontrées au cours de leur travail de traduction, et soulignées par les efforts faits pour traduire des termes techniques intraduisibles en français, qui nous ont conduit à placer, sous certaines des contributions de langue anglaise, quelques brèves et discrètes notes d'éditeur — précédées du signe * — pour indiquer aux lecteurs, appartenant aux pays de *droit civil*, le sens général de ces mots de la langue technique du *common law*.

Avec quelque conscience que ces collaborateurs, recrutés parmi les aspirants à la carrière universitaire, aient accompli leur tâche, et quoique, sur leur demande, j'aie révisé attentivement les parties les plus techniques de leurs traductions, il

était inévitable que ces traductions ne rendent pas toujours exactement les nuances d'une pensée anglaise — ou allemande — qui s'exprime parfois en un tour assez différent de celui de la pensée du juriste français.

L'équipe de traducteurs réunie par les directeurs de la Librairie du Sirey n'était pas d'ailleurs parvenue à achever à elle seule la totalité de la besogne de traduction que demandait la mise en état d'impression du *Recueil Gény*. C'est l'imprimeur de ce Recueil qui a dû se charger de trouver des traducteurs pour les contributions restées en souffrance. Nous ne saurions trop remercier cette maison belge, l'Imprimerie Georges Thone de Liège, de l'aide décisive qu'elle a donnée au travail d'édition de ce Recueil en recrutant un personnel de traducteurs de la dernière heure qui a fait montre d'autant de rapidité que d'expérience. La hâte, avec laquelle il fallait accomplir leur travail, les a toutefois obligés le plus souvent à se borner à des traductions résumées ou des adaptations qui ne visent qu'à rendre la marche générale de la pensée de l'auteur, mais la rendent peut-être plus clairement que les traductions qui la suivent dans les détails de son expression.

L'épineux problème des traductions n'a pu être définitivement réglé que quand la Librairie du Sirey s'est décidée à lui donner la seule solution qui fut entièrement satisfaisante : en publiant, pour chaque contribution rédigée en langue étrangère, au-dessus de la version française, le texte original.

Les retards causés par ces tâtonnements ont eu pour les apporteurs de contributions une série de conséquences fâcheuses, dont je n'entends point décliner la responsabilité, et pour lesquelles je dois présenter mes excuses aux intéressés.

Les travaux, ici réunis, datent en général, de deux ou trois ans. Ils n'ont donc pu être tenus au courant des événements qui se sont produits et de la littérature qui est parue depuis cette époque. Nous avons pris soin de le rappeler par des notes placées en tête de ceux qui étaient plus étroitement liés au mouvement de l'actualité.

Quelques-uns de leurs auteurs nous ont demandé de les leur retourner pour qu'ils puissent les remettre en harmonie avec ces changements de l'actualité et avec les modifications que ces changements ont entraînés dans leurs vues ou leurs

conclusions. J'ai dû systématiquement fermer l'oreille à ces appels. Car ces retouches — trop souvent promptes à dégénérer en réfections ou amplifications — eussent nécessité des réfections correspondantes dans les traductions, et entraîné ainsi de nouvelles années de retard dans la mise en librairie du *Recueil Gény*.

J'ai dû rester aussi hermétiquement sourd à la demande, formulée par un grand nombre de collaborateurs, que les épreuves de leurs contributions leur soient adressées pour qu'ils puissent procéder eux-mêmes à leur correction. La limite entre la classe aux coquilles et la révision du contenu scientifique du texte à l'impression est trop fragile pour qu'il fût possible de déferer à ce vœu sans empêcher la publication du Recueil à la date actuelle. Ce n'est pas de gaieté de cœur, c'est parce que c'était une condition indispensable à l'achèvement de cette publication, que j'ai assumé seul la tâche peu récréative de la correction des épreuves, ainsi que les responsabilités qu'elle entraîne. J'ai cherché à faire face à ces responsabilités, en vérifiant quand elles m'étaient accessibles — ce n'a pas toujours été le cas — les références et les citations — spécialement celles des travaux d'ordre historique, — et en corrigeant celles des erreurs de dactylographie ou d'écriture sur le caractère desquelles je ne pouvais avoir de doute. Je n'ai même pas reculé devant les responsabilités plus délicates que comportait la correction de quelques-uns des travaux écrits en français par des auteurs habitués à s'exprimer dans une autre langue. Je n'ai pas hésité à y apporter les retouches d'ordre purement grammatical ou linguistique indispensables à leur compréhension, tout en cherchant à éviter de diminuer la spontanéité, le tour original ou la saveur d'exotisme de la lettre matérielle du manuscrit. J'ai sans doute commis des malfaçons dans cette partie hasardeuse de la besogne d'édition. Mais elles auraient été probablement beaucoup plus nombreuses encore si j'avais laissé aux intéressés le soin de vérifier leurs épreuves d'impression.

Il m'a fallu enfin, pour la même raison, écarter toutes les offres d'envoi de contributions au *Festschrift Gény*, qui me sont parvenues, sinon après la date de clôture initialement prévue pour ces envois, du moins après les six mois qui l'ont suivie. Nous avons dû faire toutefois deux exceptions qui s'im-

posaient. L'une, pour Félix Senn qui, en sa double qualité de doyen de la Faculté de droit de Nancy et d'organisateur des fêtes de célébration du jubilé de Gény qui vont se dérouler à Nancy, ne pouvait pas être absent sur la liste des collaborateurs à ce Recueil. L'autre, pour Auguste Simonius. Il m'avait expédié, dans le délai prévu, une contribution, dont le manuscrit s'était égaré au cours des transmissions de Bâle à Lyon ou de Lyon à Paris. Au lieu d'une nouvelle copie de cette étude, qui ne se liait que par des liens extérieurs à la matière des sources du droit, il a bien voulu consentir à nous laisser insérer dans le *Recueil Gény* une conférence faite par lui à l'Université de Strasbourg et qui touche, d'une façon fort pénétrante, au cœur même de l'objet commun de nos études. Il nous a rendu ainsi un réel service.

La considération de rapports particulièrement étroits d'amitié ou de coopération de travail unissant à Gény des collègues, dont les travaux ne s'orientaient pas pour l'instant vers les sources du droit, nous avait obligé à ouvrir ce Recueil à quelques études, peu nombreuses, qui ne se greffaient qu'artificiellement sur l'objet commun de nos recherches. Elles y marquent, en quelque sorte, la liaison historique entre les *Mélanges* du type traditionnel et le type nouveau de *Scritti in onore* que nous cherchons à inaugurer. Merci à Auguste Simonius de nous avoir permis de diminuer la visibilité de ce cordon ombilical.

Je ne doute pas que ces trois volumes — que je puis apprécier avec d'autant plus d'objectivité que je n'y ai apporté d'autre contribution que le travail matériel du metteur en pages — n'intéressent un grand nombre de lecteurs. Le sujet qu'ils traitent est sans doute d'actualité. Car il a été choisi également par les organisateurs du Congrès International de Droit comparé de 1932 comme objet de la première des questions mises à l'ordre du jour de sa Section générale, et par l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique comme l'objet unique des délibérations de sa première Session en 1933. Le secrétaire général de cet Institut, Georges Gurvitch, nous a devancé dans la publication des travaux de cette première session, travaux qui forment le premier volume — paru en 1934 sous ce titre : *Le problème des sources*

du droit positif — de son *Annuaire*. Mais nous avons à notre tour, devancé le secrétariat général du Congrès international de droit comparé de La Haye dans la publication des rapports consacrés à cette matière. J'ai donné une analyse des discussions auxquelles ces rapports ont donné lieu dans un récent volume des *Annales de l'Université de Lyon* (Droit-Lettres, Fascicule 45), intitulé : *Le congrès international de droit comparé de 1932. Les travaux de sa section générale*. J'ai tout lieu de penser que les rapports eux-mêmes ne tarderont à paraître dans le tome II des *Acta de l'Académie Internationale de Droit comparé*. Enfin une fort active publication qui, depuis 1931, fait paraître régulièrement ses deux volumes (ou cahiers doubles) par an, les *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, a fait des sources du droit l'un des principaux objets — sinon le principal objet de ses recherches.

Il y a là tout un ensemble de publications récentes sur les sources du droit, paraissant non seulement dans la même langue française, mais aussi dans la même maison d'édition — la Librairie du Sirey — dans lesquelles le *Recueil Gény* trouve son encadrement naturel. Aussi ferons-nous de fréquents renvois à ces publications apparentées dans les pages destinées à assembler et présenter les monographies groupées dans chacun des volumes, parties et titres de ce Recueil.

Edouard LAMBERT.

L'une des principales difficultés et des causes de malentendus qu'on rencontre dans l'étude des sources du droit vient de ce que ce terme « sources du droit » — comme le mot droit lui-même — est pris en des acceptions fort diverses. Le professeur Seïtiro Ono ouvre sa contribution à l'étude des sources particulières du droit pénal — contenue dans le tome III de ce Recueil — en rappelant que cette même expression couvre de son étiquette trois notions bien distinctes : 1° sources du droit « dans le sens métaphysique, ou si l'on préfère philosophique du mot », c'est-à-dire « l'essence ou l'idée suprême du droit » ; 2° sources du droit « dans le sens historique », c'est-à-dire les corps de droit antérieurs ou étrangers qui ont fourni leurs apports de principes et de concepts juridiques à tel ou tel des systèmes juridiques nationaux de l'heure présente ; 3° les sources du droit positif, entendues comme l'ensemble de procédures, de moules ou de matrices par lesquels les corps de droit actuels arrivent à dégager et formuler les éléments constitutifs de l'ordonnement juridique.

Cette classification tripartite des significations du terme « sources du droit » n'est certes pas la seule. Nous en rencontrerons d'autres le long de la route. Mais c'est celle-là qui présidera à la répartition des études offertes à François Gény entre les trois volumes de ce Recueil. Celles où les sources du droit sont envisagées uniquement par le troisième point de vue — le point de vue de la technique actuelle du droit — formeront la matière des deuxième et troisième volumes. Nous grouperons, dans ce premier tome, les contributions qui se réfèrent principalement à l'un ou l'autre des deux autres aspects de la théorie des sources du droit — l'aspect théorique ou l'aspect philosophique.

PREMIÈRE PARTIE

**CONTRIBUTIONS A L'ETUDE DE L'HISTOIRE
DES SOURCES DU DROIT**

Contributions à l'étude de l'histoire des sources du droit

Ce titre indique qu'on ne doit s'attendre à trouver ici, ni une description d'ensemble du rôle qu'ont tenu, dans les diverses phases de l'histoire comparative du droit, les divers modes ou instruments de dégagement ou d'élaboration du droit, ni même une vue synthétique de la marche de formation des grands systèmes juridiques historiques, dans lesquels la civilisation juridique occidentale a puisé la plus large part de son fonds de données traditionnelles .

Ce qu'on nous apporte—c'est ce que nous escomptions, et nous ne souhaitions pas davantage — c'est une série d'études monographiques, de sondages isolés et limités sur des points encore insuffisamment reconnus et éclairés de l'histoire des sources de ces corps de droit historiques qui ont été les ancêtres et les éducateurs des nôtres. Elles étaient nécessaires — mais elles suffisaient — pour marquer les services et les lumières que la méditation de ces enseignements du passé peut fournir aux techniciens du droit positif moderne, pour mieux comprendre le fonctionnement d'ensemble du mécanisme d'élaboration de leurs droits nationaux et le jeu respectif de chacune des pièces de ce mécanisme.

Que bon nombre de ces contributions, — groupées dans un titre premier, — aient été consacrées à l'histoire du droit romain, c'est ce qu'explique aisément la situation de maison-mère, qui appartient au droit romain par rapport à l'ensemble des droits nationaux actuels de l'Europe continentale — dont l'attraction a d'ailleurs débordé sur d'autres continents — que les anglo-américains qualifient fort justement, pour l'opposer à leur *common law*, de *civil law* ou *roman law*.

Dans le premier chapitre de ce titre I notre vénéré maître, le professeur Charles Appleton, fait ressortir par une étude sur *Le culte des ancêtres, source permanente du droit en Asie, et du droit ancien à Rome*, la place occupée par les religions parmi les sources naturelles ou primaires du droit. Place prédominante à ce point, dans les premières phases de l'histoire du droit, que le droit ne se détache pas encore de la religion, et qui reste encore plus ou moins marquée dans ceux-là même des systèmes juridiques contemporains qui affichent le plus hautement la volonté de se laïciser. (C'est ce que montreront notamment, dans les publications du Congrès International

de Droit comparé de 1932, les rapports généraux de MM. René Mau-nier, Jarra et Badaoni sur *Les relations historiques et ethnologiques des religions et du droit.*)

Dans les chapitres II et III de ce même titre, Paul Collinet et Fernand de Visscher touchent au cœur même de la matière des sources formelles du droit, de ses procédés techniques d'élaboration, l'un en démontrant que l'activité intellectuelle des juges a exercé beaucoup plus d'action, qu'on ne le pense communément, dans le développement de la jurisprudence romaine, l'autre en exposant ses vues sur les origines et l'explication historique du « rôle véritablement extraordinaire » tenu dans la formation du droit romain par cette forme originale de la doctrine qu'a été l'autorité accordée aux consultations des prudents.

Au premier abord la quatrième des monographies de ce titre I — celle où Lucien Michon combat l'interprétation donnée par Pflueger aux mots *libram primam postremamque* de la formule de la *nexi liberatio* — pourrait sembler beaucoup plus extérieure à la matière des sources du droit. Mais on s'apercevra vite, en la lisant, qu'elle est destinée à montrer que, même dans les phases relative-ment les plus anciennes de l'évolution du droit, les données d'ordre économique ont tenu parmi les sources primaires ou naturelles du droit, une place qui, quoique moins apparente, n'a pas été en réalité moins considérable que celle occupée par les données religieuses. Il en ressort que, même dans la Rome ancienne, les manipulations que l'Etat a fait subir à la monnaie ont eu, sur la pratique du droit privé, des répercussions peut être plus profondes et plus durables que celles que nous voyons surgir des manipulations de leurs régimes monétaires auxquelles se sont livrés, depuis la fin de la guerre mondiale, un si grand nombre d'Etats.

L'étude, qui clôt ce premier titre, celle de Félix Senn, s'attaque enfin à l'un des points de soudure entre les sources primaires ou naturelles et les sources secondaires ou formelles du droit. En suivant, au travers des diverses phases du droit romain, les origines et les variations de la *notion de bonnes mœurs*, en décrivant comment elle est passée de son rôle primitif d'instrument de maintien des règles de conduite individuelle — assurant les vertus propres de la vieille civilisation romaine — à des aspirations de morale, à la fois plus universalistes et moins concrètes, il nous aide à comprendre le phénomène inverse auquel nous assistons : comment et pourquoi, parmi les deux notions accouplées par le Code civil français comme des sœurs-siamoises, — les bonnes mœurs et l'ordre public, — la seconde a pris le pas sur la première, l'accentuation dans les bonnes mœurs se transportant de l'élément moral sur l'élément d'ordre économique et politique, par l'effet de la même évolution qui a provoqué le vaste développement de la notion anglaise de la *public policy*. Il nous rend plus saisissable l'évolution — inverse à celle du droit romain — qui, pendant et depuis la guerre a fait passer, en Allemagne, la prééminence — comme instrument de réalisation judi-

ciaire des exigences de l'équité — de l'article 138 du B. G. B. (reflétant la conception des bonnes mœurs du droit de Justinien) à l'article 242 qui, en obligeant le débiteur à remplir ses prestations comme l'exigent *Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkerssitte*, a propagé une notion économique des bonnes mœurs du commerce social.

Les deux monographies, groupées dans le titre II, touchent aux sources d'un autre grand système juridique — le droit canonique — qui n'a certes pas exercé sur la formation de nos droits continentaux une influence inférieure à celle du droit romain, qui a même exercé sur eux au moyen âge une influence plus générale — car elle s'est fait sentir aussi fortement, peut-être plus fortement sur le droit anglais que sur celui des pays de « droit civil », et a même légué au premier des institutions comme l'exécution testamentaire et l'administration de succession — *Executors and Administrators* — qui ne se sont pas finalement acclimatées — au moins sous leur forme canonique — dans les pays de « droit civil ».

Une seule de ces contributions — celle de Gabriel Le Bras, *La doctrine, source des collections canoniques* — est réellement une étude d'ordre historique qui, d'ailleurs, par sa comparaison avec les données de l'ancien droit romain, — du *jus civile* développé par l'interprétation pontificale — et surtout avec l'histoire du droit musulman et de nombreux droits orientaux, projette la lumière sur les causes pour lesquelles la doctrine a cessé de figurer dans la plupart de nos systèmes juridiques actuels parmi les sources formelles du droit et sur le rôle qu'elle peut encore aspirer à jouer.

La seconde contribution — celle de A. Van Hove, *Sources et règles d'interprétation en droit canonique* — est une étude de droit actuel. Elle se meut même dans le cadre d'une codification relativement récente du droit canonique : codification entrée en vigueur en 1918. De ce chef, les vues qui y sont exposées sur les méthodes à suivre pour l'interprétation des textes de la dite codification demandent à être rapprochées de celles de Gény sur l'interprétation de nos codifications nationales, et auraient peut-être dû trouver place dans le chapitre du second volume, consacré à la loi. Mais il nous a paru préférable de rapprocher deux travaux poursuivis l'un et l'autre dans le même champ du droit canonique.

Sous cette troisième rubrique: *La coutume, la jurisprudence et la doctrine comme sources des anciens droits occidentaux*, il eut sans doute été logique de placer le travail de Miloslaw Stieber sur *Le juge pénal comme législateur*, qui suit principalement le développement du principe de l'arbitraire des peines dans l'ancien « droit commun pénal », et surtout dans l'histoire comparée des droits autrichien et français, et l'article de Gutteridge sur *Lord Mansfield, juriste comparatiste*, qui retrace une page décisive de l'histoire du droit anglais. Mais, à la réflexion, nous n'avons point cru pouvoir séparer ces contributions, la première du chapitre consacré aux sources du droit pénal, la seconde du chapitre réservé à celles du droit commercial

dans le troisième volume de ce recueil. Mais nous avons rangé dans cette partie du premier volume : 1° une étude de Max Radin : *La censure des coutumes*, qui suit, depuis ses origines, au travers de l'histoire du droit anglais, jusqu'à ses applications modernes, l'un des éléments les plus intéressants de la théorie romano-canonique de la coutume : l'exigence de la « rationalité » de la coutume ; ce digne pendant, dans l'histoire du contrôle des tribunaux sur la validité de la coutume, du contrôle exercé de nos jours par les cours de justice américaines sur la validité constitutionnelle des lois par la voie du « standard of reasonableness » ; 2° un travail de Jules Valéry : *Comment s'est formée la théorie de la personnalité civile des sociétés commerciales*, qui ne se rattache que par des liens peut être un peu plus distendus à l'histoire générale des sources du droit occidental.

Nous aurions pu enfin ranger sous ce troisième titre la contribution — en majeure partie d'ordre historique — du professeur américain Fuller sur les *Legal Fictions*. Mais, par le but de ses démonstrations, elle rentre encore plus dans le cadre du second volume.

Enfin un dernier titre marque la place qui — à côté de l'étude des sources autochtones ou internes — doit, dans une description d'ensemble du mécanisme de formation historique des divers corps de droit, revenir à l'analyse des phénomènes d'imitation ou d'interpénétration se produisant entre ces corps de droit. Ils ne se rencontrent pas seulement en abondance dans l'histoire ancienne des peuples de l'Orient et dans celle de la Grèce, de la Grande Grèce, même de Rome. Ils se retrouvent aussi nombreux, et plus aisés à suivre, dans toutes les phases de l'histoire de l'Europe occidentale ; à l'époque francque, dans les emprunts que les monuments écrits des droits de race germanique se sont fait les uns aux autres ; au moyen âge avec la renaissance du droit romain, la diffusion de ville en ville de chartes-types et de droits municipaux, la transplantation du droit féodal dans les établissements des croisés en Orient, la substitution progressive aux coutumes anglo-saxonnes, pendant les deux siècles qui en Angleterre ont suivi la conquête normande, de coutumes importées de France qui, en s'acclimatant et s'adaptant au terroir anglais, ont formé le point de départ de la culture juridique supra-nationale rivale du « droit civil », le *common law* ; et même jusque dans les temps modernes par la voie de réceptions ou d'imitations de codifications juridiques, comme celles de la France, l'Allemagne ou la Suisse. C'est sous cette dernière forme que s'est produite — que continue à se produire sous nos yeux — la pénétration dans notre communauté de culture juridique occidentale de peuples qui ont longtemps vécu sous d'autres civilisations juridiques. Tels — dans la seconde moitié du xix^e siècle — l'Égypte avec sa « Réforme judiciaire » et le Japon avec les emprunts successifs aux codes français, puis aux codes allemands, rappelés dans le tome 2 de ce recueil par Naojiro Sugiyama. Et telles encore, depuis la fin de la guerre, la Chine avec ses codifications visant, selon les mots du président

du Yuan législatif, Hu-Han-Min « à s'inspirer des principes que la science juridique moderne (d'Occident) généralise de plus en plus à la surface du globe », ou aussi la Turquie avec l'introduction aux alentours de 1926 d'une série de codes d'esprit occidental, et notamment d'un code civil calqué sur le code civil et le code des obligations suisses.

C'est ce dernier phénomène de réception, celui dont la Turquie vient d'être le théâtre, qu'évoque et décrit l'une des deux contributions réunies sous ce titre 4 : la contribution des professeurs Ebulula et A. Samin : *Le passage des sources anciennes aux nouvelles sources du droit privé turc*.

L'autre — l'étude de Gennaro Manti sur les *Sources françaises de la législation angevine* — traite à fond un chapitre de l'histoire des sources du droit dans le sud de l'Italie, qui figure parmi les suites d'un phénomène de même nature que celui qui a frayé les voies à la naissance du *common law* anglais : réceptions ou infiltrations de droits normand et angevin hors de leur terroir d'origine.

Nous ne nous dissimulons pas toutefois qu'elle rentre plus largement dans le cadre de l'histoire des sources externes — c'est-à-dire des monuments — que dans celui des sources internes — c'est-à-dire de la nature et de la constitution propres de chacune des sources du droit.

SECONDE PARTIE

**LA PLACE DES SOURCES DU DROIT
DANS LA THÉORIE GÉNÉRALE
ET LA PHILOSOPHIE DU DROIT**

SECONDE PARTIE

La place des sources du droit dans la théorie générale et la philosophie du droit

Les monographies rassemblées dans cette seconde partie forment un ensemble beaucoup plus homogène que celles dont se compose la partie historique de ce volume. Elles ouvrent aussi un tour d'horizon plus général ou moins fragmentaire, sur le cercle de problèmes auquel elles se relie : les problèmes soulevés par l'examen des aspects philosophiques et sociologiques de la matière des sources du droit et la détermination de la place qui lui revient dans la « théorie générale du droit ». Elles sont aussi en rapports plus étroits et plus continus avec l'objet essentiel de ce Recueil : la méthodologie de l'interprétation et la recherche des sources des droits positifs du temps présent.

Au cours des discussions, auxquelles la prospection de ce dernier champ d'études donna lieu, au Congrès International de Droit comparé de 1932, dans sa section générale, (v. le compte rendu que nous en avons donné dans les *Annales de l'Université de Lyon*, fascicule 45, Droit-Lettres, pp. 16-37), une voix s'éleva pour faire remarquer que les divergences de vues, que l'on pouvait relever dans les conclusions des rapporteurs ou dans les interventions des congressistes, risquaient fort de demeurer insolubles tant que les interlocuteurs ne se seraient pas mis d'accord sur la signification précise de notions fondamentales, telles que la notion générale de « droit » et surtout la notion spéciale de « droit positif ». Entendez-vous donc, nous disait-on, sur le contenu exact à placer sous ces deux vocables avant d'essayer de vous entendre sur l'établissement de la liste et de la hiérarchie des sources du droit positif.

Nous ne contesterons certes pas l'opportunité de cet avertissement. Il semble de toute évidence que, pour arriver à une définition commune des sources du droit, il faudrait pouvoir partir d'une définition commune du droit positif et même du droit sans épithète. Je ne cacherai pas que, personnellement, je doute qu'il soit possible d'arriver en ces matières à des définitions répondant à l'idéal

habituel de la définition : des définitions complètes, fermées, rigides, valant pour tous les temps et pour tous les lieux. Je serais plutôt tenté de penser que la vieille maxime : *omnis definitio in jure periculosa est* peut être aussi utile à méditer pour les travailleurs des sciences sociales qu'elle le fut à Rome pour les plaideurs appelés à situer leurs prétentions judiciaires dans la phase de la procédure devant le magistrat. Et je crains que, dans tous les compartiments du droit, — et même dans sa théorie générale — opèrent avec la même puissance les causes qui expliquent la constatation — faite par Paul Cuche dans l'une des monographies du troisième volume — qu'on n'a pas encore pu trouver une bonne définition — une définition universellement acceptée — de cette notion maîtresse du droit pénal qu'est la notion de crime.

Mais alors même que les recherches faites dans cette direction ne pourraient aboutir qu'à des définitions de caractère purement descriptif, et ne décrivant les éléments constitutifs et les contours de ces notions qu'à la lumière et dans le cadre de l'état actuel de notre civilisation, elles n'en fourniraient pas moins de précieuses directions — et même des clefs indispensables — pour la conduite de leurs études techniques à ceux-là mêmes qui — comme l'éditeur de ce Recueil — ne portent pas leurs vues au delà de l'horizon des droits positifs actuellement en vigueur et bornent les plus extrêmes de leurs ambitions à pénétrer la structure et le fonctionnement de leurs mécanismes d'élaboration ainsi qu'à suivre ou reconnaître les transformations qui se produisent ou se préparent, à l'heure présente, dans le jeu effectif de ces mécanismes.

Entre eux et ceux qui poursuivent ces investigations supérieures dans le domaine des origines et des finalités du droit, il était donc naturel que s'établît l'union et l'émulation pour célébrer l'œuvre puissante de François Gény. Et cela d'autant plus que les grands livres de Gény, le second encore plus que le premier, ont fait sentir tout aussi fortement leur rayonnement sur la philosophie du droit que sur la méthodologie du droit positif.

Il faut bien reconnaître, qu'avant l'impulsion subite donnée, au tournant des *xix^e* et *xx^e* siècles, par les travaux de Gény et de ses émules, la philosophie du droit avait — sauf de rares exceptions cantonnées pour la plupart dans la sphère des Universités catholiques — cessé d'attirer la curiosité des juristes français, alors qu'elle conservait un terrain de culture favorable, soit dans les pays de langue allemande, où le développement de cette branche de littérature a provoqué de bonne heure la naissance d'organes centralisateurs, tels que *l'Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, soit en Italie où Giorgio del Vecchio a donné une activité et un rayonnement croissants à sa *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. L'exemple de ces revues allemandes et italiennes a provoqué aussi la formation, depuis la guerre, en d'autres pays d'organes spécialisés dans l'étude de la philosophie du droit ou des disciplines connexes, comme la *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, créée par Jaromir

Sedlacék sous le patronage de Duguit, Kelsen et Weyr, et publiée par lui à Brno.

Le réveil du goût des recherches de philosophie du droit a pris son point de départ en France dans le mouvement de révision critique des méthodes de travail et des notions fondamentales du droit positif créé par les œuvres maîtresses de Géný, Duguit et Hauriou, ainsi que par les pénétrantes critiques des bases traditionnelles de leurs disciplines, auxquelles se sont livrés, soit sur le terrain du droit public, des maîtres tels que Carré de Malberg, soit sur le terrain du droit privé, des penseurs tels qu'Emmanuel Lévy. Il n'a abouti que plus tardivement qu'en Allemagne, en Autriche, en Italie, ou en Tchécoslovaquie, à la constitution d'organes permanents d'étude et de diffusion de la philosophie du droit. Et c'est peut-être la lenteur de ces organes à se constituer qui leur a permis de s'établir sur des bases plus amples et avec une structure plus réellement internationale. Ces instruments internationaux d'entretien et développement de la culture de la philosophie du droit sont nés de l'initiative patiente de Georges Gurvitch, grâce au patronage et à l'aide de Louis Le Fur : l'un, les *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique* en 1931, et le second, l'*Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, en 1933, qui, dès le début, s'est constitué sa publication propre, son *Annuaire*.

Gurvitch a proclamé combien avait été décisive l'action de la première heure que Géný a exercée sur ce réveil de la curiosité philosophique chez les juristes français, en mettant au seuil de la première de ces deux publications une étude du maître sur *La notion de droit en France*. La reconnaissance de cette action est de nouveau marquée par le nombre et l'importance des contributions qui, dans cet hommage de jubilé, ont été tirées du cercle de la philosophie du droit et des disciplines à elles apparentées.

Ces contributions se rangent en trois groupes.

Un premier groupe — titre I — traite des origines et des fondements du droit. Le droit positif est-il une création de l'Etat et de ses organes et, par conséquent, ne peut-il y être soumis que par la volonté de ces organes, par l'effet d'une « autolimitation » de sa puissance? Si oui, les organes investis de la mission de faire les lois sont-ils les seuls par l'intermédiaire desquels il puisse créer ou fixer les règles de droit? Ou le droit a-t-il une existence indépendante de l'Etat, soit totalement, soit partiellement, et tire-t-il son autorité, ou une partie de son autorité, d'autres sources que l'établissement par la puissance publique? L'élément d'aptitude à être imposé par la contrainte sociale — ou la croyance à cette aptitude, — qu'on fait habituellement entrer dans la définition du droit positif, peut-il venir d'autres sources ou d'autres forces sociales que celles de l'Etat? Et alors lesquelles. Ce sont ces problèmes, et d'autres de même sorte qu'envisagent — en en suivant les conséquences pratiques et en se reliant ainsi aux études du tome II — les cinq travaux groupés dans le titre I : ceux d'Ernst Beling sur *La*

science du droit, sa fonction et ses limites, d'Hermann Jahrreis sur *Le droit*, de Karl Wolff sur *La notion de droit*, de Carré de Malberg, *Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique*, écho de longs et pénétrants travaux sur l'Etat et ses rapports avec le droit à l'originalité et la haute probité desquels un grand nombre de ses collègues ont rendu récemment hommage par la publication des *Mélanges Carré de Malberg* ; et enfin une étude d'Auguste Simonius sur *Le problème des sources du droit* qui, tout en exposant des vues neuves sur les conditions dans lesquelles s'établit la force contraignante du droit positif — qui l'ont fait ranger sous ce titre — en dégage, en ce qui concerne la liste et la hiérarchie des sources de ce droit positif des conclusions qui en font une fort utile introduction aux problèmes étudiés dans le tome II.

Le titre II est consacré au problème de l'existence ou la non-existence d'un droit naturel qui, situé au-dessus des corps de droit positif, les domine et impose, ou puisse prétendre à imposer des bornes à leur liberté de mouvement.

L'idée du droit naturel a joué, dans de nombreuses phases de l'évolution de la pensée juridique, un rôle qui en fait un des chapitres les plus importants et les plus vivants de l'histoire comparative du droit. Ses origines, ses développements, ses transformations, et sa signification actuelle ont formé l'objet d'intéressantes études sociologiques, notamment dans les *Archives de philosophie du droit* (v. année 1933, cahiers 3 et 4, les articles de René Hubert, *Contribution à l'étude sociologique des origines de la notion de droit naturel*, pp. 91-158 et Georges Aillet, *La signification méthodologique de l'idée du droit naturel*, pp. 29-54. année 1934, cahiers 1-2, Gaston Richard, *Le droit naturel et la philosophie des valeurs*, pp. 7-24 et N. N. Alexiev, *Le droit naturel*, pp. 135-164). Mais les prétentions ambitieuses de ceux qui, de Grotius et Puffendorf jusqu'aux derniers théoriciens de l'école du droit naturel, ont voulu en faire sortir un système détaillé de droit, de valeur permanente, et les démentis que leur a infligés la marche postérieure de l'histoire du droit, avaient, au cours du XIX^e siècle jeté le discrédit sur le concept même du droit naturel.

Bien rares sans doute — si même il y en a — seraient les juristes qui songeraient aujourd'hui à faire revivre les doctrines du XVIII^e siècle en cette matière. Mais on a pu, de nos jours se demander si, sous ces doctrines du XVIII^e siècle, ne se cacheraient point un fond de réalités juridiques plus modestes, soit l'existence d'un droit naturel évolutif — le droit naturel à contenu variable prêté à Stammeler, — soit l'existence d'un résidu de droit naturel permanent — l'« irréductible droit naturel » de Gény que des défenseurs, tels que Louis Le Fur (voir ses articles des *Archives de philosophie du droit*, 1931, 1-2, pp. 225-230, 3-4, pp. 279-309 et son étude sur *La théorie du droit naturel depuis le XVIII^e siècle* dans le *Recueil des cours de l'Académie de Droit International* de La Haye, 1927, t. III) ramènent à un petit nombre de principes assez généraux pour ne plus

se heurter aux mêmes objections que les doctrines trop précises de l'école dite du droit naturel. Ce sont là rejets de l'idée traditionnelle du droit naturel qui ont pris assez de force pour susciter déjà d'ardentes controverses entre partisans et adversaires d'une rentrée en scène du droit naturel et fournir notamment matière à un double cahier des *Archives de philosophie du droit* (cahiers 3-4 de 1933).

Le rôle qu'a joué dans cette renaissance du droit naturel le maître que nous fêtons ici est rappelé et décrit dans l'une des deux études contenues dans ce titre II : celle d'Eugenio di Carlo : *Il diritto naturale nel sistema di interpretazione di F. Gény*. Celle qui la précède, l'article de Charles Boucaud : *Les sources naturelles du droit. L'originalité des sociétés humaines parmi les sociétés animales. Esquisses de philosophie juridique*, indique assez par son intitulé même, la position prise par son auteur dans les débats sur le problème du droit naturel. Nous n'avons classé dans ce titre II que des travaux de partisans convaincus de la nécessité d'une renaissance du droit naturel. Ce n'est pas que les opposants à ces tentatives de résurrection aient manqué parmi les juristes qui se sont groupés pour apporter leurs hommages à Gény. Ces opposants sont même plus nombreux que les adhérents. Mais ils ont exposé leurs vues sur ce sujet dans des travaux qui ont pris place, soit dans les titres I et III de cette seconde partie du tome I, soit dans l'un des volumes suivants.

Notons, en terminant cette présentation du titre II — pour éviter des confusions — que si, de nos jours, on a vu surgir presque simultanément en France et aux Etats-Unis une série de livres ou d'articles de revue parlant de la « renaissance du droit naturel », ce n'est ni un droit naturel de même origine, ni un droit naturel ayant les mêmes fonctions et disposant des mêmes moyens d'action, que visent les deux branches française et américaine de cette littérature.

La renaissance des concepts de droit naturel, tel est le titre d'un livre publié en 1931 par Ch. Grove Haines, et dont il a repris la thèse dans le tome I de la seconde édition de son *American Doctrine of judicial supremacy*. Thèse qu'avait combattue d'avance, et fort vigoureusement, Morris R. Cohen, dans divers articles — notamment *Jus naturale redivivum* dans le tome XXV (1926) de *Philosophical Review* et une étude sur *Le positivisme et les limites de l'idéalisme* dans le tome XXVII (1927) de *Columbia Law Review* — réimprimés dans son livre de 1931 : *Reason and nature. An essay on the meaning of scientific method*. Si je cite particulièrement ces travaux, c'est qu'ils ont été analysés dans les *Archives de philosophie du droit* (1931, 3-4, pp. 507-510 ; 1933, 3-4, pp. 270-272), et que leurs titres risquent de provoquer en France la croyance à une communauté de nature entre le droit naturel, sur l'opportunité de la renaissance duquel la discussion s'est engagée entre des juristes, tels que Gény et Le Fur, d'une part, et Cuhe et Ripert, de l'autre, et le droit naturel autour duquel bataillent les deux professeurs américains.

Celui-là n'a de commun que le nom avec notre timide droit naturel, impuissant à imposer ses exigences dès qu'il les précise ou les détaille. C'est un droit en vigueur ; c'est plus qu'un droit positif ordinaire ; c'est un super-droit positif qui, quand il entre en lutte avec le droit positif de type continental, le réduit à une complète inefficacité. A la différence des droits positifs anglais ou français, il impose sa contrainte aussi bien aux législateurs qu'aux justiciables. Il a comme source le contrôle de la constitutionnalité des lois par les juges et l'application de ce contrôle à la protection des droits individuels contre leur violation par les actes législatifs. Il se compose des conceptions de la propriété, de la liberté d'action économique, des lois naturelles de la concurrence commerciale, des limites légitimes à l'exercice par l'Etat de ses pouvoirs de police que les juges ont cru lire ou, selon le mot du plus illustre des juges américains qui a eu une si longue et si féconde carrière, Oliver Wendell Holmes, ont incorporées dans la constitution. Les cours s'en sont servies pour tracer, sous la menace de la sanction particulièrement opérante qu'est la déclaration d'inconstitutionnalité, les bornes devant lesquelles les législatures doivent s'arrêter dans la réglementation des rapports entre le travail et le capital. Ils l'ont même utilisé, jusqu'au revirement du *Mennen Case*, pour dresser la liste des métiers et des branches d'industrie que le législateur peut considérer comme grevés d'un intérêt public et dans le fonctionnement desquels il peut de ce chef s'immiscer.

S'il prétend à l'immutabilité et à la plénitude logique du droit naturel du xviii^e siècle, il se prête cependant en fait à des modifications internes sous la poussée de transformations profondes de l'ordre économique ou de coups de barre de l'opinion publique — quoique moins vite et surtout moins ouvertement que les droits positifs de type inférieur. On arrive en effet, d'ordinaire, à dissimuler aux yeux du public ces variations, d'une part, par un subtil travail de distinction et d'harmonisation entre ses solutions anciennes et ses solutions nouvelles, et, d'autre, grâce à la précaution prise par les cours de ne pas laisser ses principes directeurs, — tel que le fameux *due process of law* qui sera souvent évoqué dans les volumes ultérieurs de ce Recueil — se cristalliser et s'immobiliser dans des définitions, et d'en maintenir la plasticité par un processus d'inclusion et d'exclusion à mesure que des cas nouveaux se présentent (selon une formule que le juge Holmes, qui l'a empruntée à une autorité judiciaire plus ancienne, a tellement popularisée dans les cercles juridiques américains qu'on la verra souvent reparaitre dans les contributions venues des Etats-Unis). Mais ces variations risquent de devenir plus brusques et plus apparentes dans des périodes de crises, comme celle où l'on est entré avec l'avènement de la politique de reconstruction nationale du président Roosevelt.

Qu'on ne s'y trompe donc pas. Les discussions instituées aux Etats-Unis et en France « sur la renaissance du droit naturel » ne roulent aucunement sur les mêmes thèmes. Elles portent aux Etats-

Unis sur la légitimité et l'opportunité des applications que le pouvoir législatif, — depuis la fin du xix^e et avant les transformations survenues en ces tout derniers temps dans la composition du personnel de la Cour suprême — a fait d'un contrôle sur l'activité du pouvoir législatif que j'appelle « Gouvernement des juges » et que Grove Haines qualifie dans son ouvrage principal « Suprématie judiciaire »; deux termes qui désignent la même réalité, une réalité que masque Grove Haines, dans son autre livre, en la plaçant sous l'étiquette, — d'importation européenne, — de droit naturel.

En France, au contraire, les discussions actuelles sur la renaissance du droit naturel se poursuivent entre des écrivains qui seraient également désireux qu'on pût imposer aux législations en vigueur le respect scrupuleux des vues de justice supérieure qui forment le contenu de ce que l'on dénomme droit naturel. Mais, alors que les uns croient qu'une doctrine renaissante du droit naturel, sans disposer d'une puissance de contrainte égale à celle que les prescriptions du droit positif exercent sur les justiciables, a cependant assez de force pour faire écouter sa voix par les droits positifs, d'autres, plus nombreux, semble-t-il, estiment que le droit naturel ne se différencie point de la morale, ou est un instrument de liaison entre le droit et la morale (cf. Delos, *Le problème des rapports du droit et de la morale*, dans *Archives de philosophie du droit*, 1933, 1-2, pp. 84-111) qui ne possède que les forces spirituelles d'action de la seconde sans participer à la puissance contraignante du premier. Et ils en concluent (Ripert, *La règle morale de droit*) qu'une confiance trompeuse en l'efficacité de nouvelles formes du droit naturel risque de détourner du recours, pour la défense des principes supérieurs de justice, à des moyens plus modestes et plus pratiques, seuls efficaces. (On trouvera une bibliographie fort étendue de la littérature de cette matière dans des articles de J. P. Haesert, parus dans les *Archives de philosophie du droit*, 1932, 3-4, pp. 447-479 et 1933, 3-4, pp. 197-226.)

Beaucoup, et parmi eux des chercheurs scientifiques d'une trempe particulièrement vigoureuse, tout en étant convaincus de l'impuissance du droit naturel à tenir en brides le droit positif, n'ont pu se résigner à croire qu'il n'existait pas de moyens de réagir contre l'exercice arbitraire et injuste de leur puissance de création du droit par les organes législatifs de l'Etat. Partis de cette conviction que, non seulement il devait exister, mais qu'il existait effectivement, à côté des sources officielles et étatiques du droit, d'autres forces sociales coopérant avec elles dans la formation et la cristallisation des règles de droit, et par là guidant et limitant leur action, ils se sont mis à la recherche de ces facteurs d'endiguement de l'arbitraire législatif aussi bien d'ailleurs que de l'arbitraire judiciaire — mais sans parvenir à s'entendre sur leur identification.

D'où l'apparition, en France notamment avec les débuts du xx^e siècle, d'une série de doctrines concurrentes de celle du droit naturel, et en formant des prolongements ou des substituts. Génys

lui-même en a mis quelques-uns en circulation avec sa distinction du *donné* et du *construit*, — l'apport d'ensemble de tous les facteurs sociaux de civilisation et l'apport propre de la technique juridique (Science et Technique) — qui est devenue classique, ainsi qu'avec son appel à la « nature des choses positives » qui a fait aussi le tour du monde et dont l'écho se rencontrera si souvent dans les tomes II et III de cette publication. On trouvera, dans les sept volumes actuellement parus des *Archives de philosophie du droit*, et probablement dans ceux qui les suivront, la description ou le rappel des principales de ces doctrines : le droit objectif de Léon Duguit (un cahier double des *Archives*, 1932, 1-2 est presque entièrement consacré, — 259 pages ont cet objet — à l'analyse et à la discussion de ses vues); — la théorie de l'institution qui a jeté tant de lumière sur les étapes pré législatives de la formation du droit, bâtie dans ses lignes principales par Maurice Hauriou (cf. dans le premier cahier double, 1931, des *Archives*. J. Delos, *La théorie de l'institution*, pp. 97-153, et Gurvitch, *Les idées maîtresses de Maurice Hauriou*, pp. 155-194), qui a été reprise depuis par beaucoup d'autres et à laquelle Georges Renard (*L'institution, Fondement d'une rénovation de l'ordre social*, t. I, 1933) a donné des développements originaux qui la font singulièrement déborder du cadre où l'avait placée Hauriou; — le droit intuitif de Gurvitch (v. *Droit naturel ou droit positif intuitif*, *Archives*, 1933, 3-4, pp. 55-90) ou son droit social — dont la formule nous semble plus réaliste, en tout cas plus saisissable, — à la définition duquel sont consacrés ses deux remarquables livres : *L'idée du droit social*, Paris, Sirey, 1932 et *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, Vrin, 1932); l'opposition, souvent faite au cours des contributions à ce recueil, et notamment dans celle de Simonius, entre le droit officiel et le droit vivant, et bien d'autres doctrines, trop diverses pour être toutes énumérées ici.

C'est à la confrontation de deux de ces doctrines ou disciplines concurrentes du droit naturel avec les vues personnelles de Gény et avec sa méthodologie du droit que sont consacrées les deux études, fort développées, qui constituent le titre III de notre seconde partie : celle de Mircea Djuvara : *Droit rationnel et droit positif*, où il précise des vues qu'il avait déjà développées ailleurs, et notamment dans un rapport à la première session de l'Institut international de Philosophie du Droit (*Annuaire*, I, pp. 82-112, *Sources et normes du droit positif*), et l'étude du directeur-fondateur de la *Revue internationale de la Théorie du Droit*, Jaromir Sedlacék sur *L'œuvre de Francois Gény et la science du droit pure*.

Cette seconde partie se clôt par une contribution, qui formera elle seule la matière d'un titre IV, parce que — tout en touchant aux divers problèmes d'origines et de fondements du droit et de ses sources secondaires ou techniques, — elle s'est proposée de traiter essentiellement un thème distinct : Les sources psychologiques du

droit. Elle émane d'une haute personnalité de la magistrature anglaise, que nos collègues anglais ont jadis porté à la présidence de la *Society of Public Teachers of Law of England*, son Honneur le juge Dowdall. Elle nous a été envoyée sous la forme d'une traduction, faite sous son contrôle et revue par lui, que nous publions ici avec le même scrupule de fidélité dans la reproduction de la lettre du manuscrit que si elle nous était parvenue dans sa teneur originale anglaise.