

RECUEIL D'ETUDES
SUR
LES SOURCES DU DROIT

EN L'HONNEUR DE
FRANÇOIS GÉNY



TOME II

LES SOURCES GÉNÉRALES DES
SYSTÈMES JURIDIQUES ACTUELS



LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY

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



Table des matières du tome II

	Pages
TITRE I. — L'influence de l'œuvre de Gény dans ce domaine d'études	1 ←
CHAPITRE I. — L'œuvre de Saleilles et l'œuvre de Gény en méthodologie juridique et en philosophie du droit, par Eugène GAUDEMET, professeur à l'Université de Strasbourg	5
CHAPITRE II. — La théorie des sources en droit privé positif de François Gény considérée dans son rapport avec la jurisprudence anglaise, par B. A. WORTLEY, professeur à l'Université de Birmingham	16
CHAPITRE III. — L'influence de Gény sur les conceptions et les méthodes aux Etats-Unis, par Mitchell FRANKLIN, professeur à Tulane University, New Orleans.	30
CHAPITRE IV. — L'œuvre de François Gény et ses résultats, par P. VASILESCO, professeur à l'Université de Cernăuți, Roumanie	48
TITRE II. — Le système juridique. — Les instruments de son unité organique	61 ←
CHAPITRE I. — Les principes généraux du droit, par Alberto DEL VECCHIO, professeur de philosophie du droit à l'Université de Rome	69
CHAPITRE II. — Les sources du droit au point de vue général de la pédagogie, par Xavier JANNE, doyen de la Faculté de droit de l'Université de Liège	85
CHAPITRE III. — La « regula juris » et la « definitio in jure civili », par J. STELLA-MARANCA, Université de Bari	91
CHAPITRE IV. — L'action d'enrichissement sans cause dans le projet italo-français de code des obligations, par Mario RICCA-BARBBERIS, professeur à l'Université de Turin	112
CHAPITRE V. — Le legs avec charge, catégorie juridique, par Henri SIMONNET, professeur à l'Université de Nancy	128
CHAPITRE VI. — La notion de règle de conduite, par Adrian STOOP, Université de Leyde	140

	Pages
CHAPITRE VII. — Le Standard juridique par Al. SANHOURY, <i>professeur à l'Université Égyptienne</i>	144
CHAPITRE VIII. — Quels motifs donnent naissance à la fiction légale historique, par L.-L. FULLER, <i>professeur à l'Université d'Illinois</i>	157
CHAPITRE IX. — Les survivances d'une forme de la propriété collective et leur interprétation, par Joseph DELPECH, <i>professeur à l'Université de Strasbourg</i>	177
TITRE III. — La législation dans ses rapports avec les autres sources du droit	191
CHAPITRE I. — L'objet commun des titres III à VIII et la répartition des matières entre ces titres	191 ←
CHAPITRE II. — Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois, par Henri CAPITANT, <i>professeur à l'Université de Paris, membre de l'Institut</i>	204
CHAPITRE III. — Modes d'interprétation, par Gustav RADBRUCH, <i>Université d'Heidelberg</i>	217
CHAPITRE IV. — Le problème des sources du droit et la fonction de la loi, par J.-M. PÉRITCH, <i>professeur à l'Université de Belgrade</i>	227
CHAPITRE V. — Les forces cachées derrière et par delà le pragmatisme juridique aux Etats-Unis, par Fowler Vincent HARPER, <i>Indiana University Law School</i>	243
TITRE IV. — La coutume	269
CHAPITRE I. — Le droit coutumier espagnol moderne, par Rafael ALTAMIRA, <i>juge à la Cour Permanente de Justice Internationale, professeur à l'Université de Madrid</i>	269
CHAPITRE II. — Recherches sur la problématique du droit coutumier, par Walter HEINRICH, <i>professeur de droit à l'École supérieure de Brno</i>	277
TITRE V. — La jurisprudence	303
CHAPITRE I. — L'interprétation du droit civil d'après la jurisprudence roumaine, par Alexandre COSTIN, <i>président à la Cour d'appel de Bucarest</i>	303
CHAPITRE II. — La jurisprudence peut-elle instituer en Hongrie des règles de droit privé, par Edmond KUNCZ, <i>professeur à l'Université de Budapest</i>	314
TITRE VI. — Le contrat	333
CHAPITRE I. — L'essor moderne du concept contractuel, par Louis JOSSERAND, <i>doyen de la Faculté de droit de Lyon</i>	333

CHAPITRE II. — L'ordre économique et la liberté contractuelle, par Georges RIPERT, <i>professeur à l'Université de Paris</i>	347
CHAPITRE III. — Une évolution vers un statut légal des contrats, par E. H. PERREAU, <i>professeur à l'Université de Toulouse</i>	354
CHAPITRE IV. — La volonté dans la formation des contrats, par Trajan R. JONASCO, <i>professeur à l'Université de Jassy</i>	368
CHAPITRE V. — Le droit des juges de sous-entendre des conditions dans les contrats, par Edwin W. PATTERSON, <i>professeur à Columbia University, New-York</i>	379
TITRE VII. — L'équité	403
CHAPITRE UNIQUE. — Equité et principes généraux du droit dans l'ordre juridique italien, par Mario ROTONDI, <i>professeur à l'Université de Pavie</i>	403
TITRE VIII. — La libre recherche scientifique	423
CHAPITRE I. — A quel critère peut-on reconnaître les cas d'application de la libre recherche scientifique, par Marc DESSERTAUX, <i>professeur à l'Université de Dijon</i>	423
CHAPITRE II. — Méthode d'interprétation en droit privé positif, par Frédéric ZOLL, <i>professeur à l'Université de Cracovie</i>	434
CHAPITRE III. — La loi du 8 juin 1875 sur l'administration de la justice et les sources du droit privé, par Naojiro SUGIYAMA, <i>professeur à l'Université Impériale de Tokio</i>	446
CHAPITRE IV. — Libre recherche en Amérique, par Albert KOKOUREK, <i>professeur à Northwestern University, Chicago</i>	459
CHAPITRE V. — Le problème du cas non prévu, par John DICKINSON, <i>professeur à l'Université de Pennsylvanie</i>	503
CHAPITRE VI. — Le jugement intuitif, la fonction du « hunch » dans la décision judiciaire, par le juge Joseph C. HUTCHESON JR.	531
CHAPITRE VII. — Vers une solution scientifique du problème de la libre décision judiciaire, par James Grafton ROGERS, <i>University of Colorado Law School</i>	552



TITRE I

L'INFLUENCE DE L'ŒUVRE DE GÉNY
DANS CE DOMAINE D'ÉTUDES

Un ensemble de recherches sur le fonctionnement du droit dans les systèmes juridiques du temps présent, rassemblées contre offrande à Gény, ne pouvait pas ne pas débiter par un inventaire, — ou un essai d'inventaire — des influences que l'œuvre du maître — dont on célèbre le jubilé — a exercées sur le mouvement général d'une branche d'études qu'il a scrutée et remuée en tous sens.

Les présentes contributions ne sont pas les seules — bien s'en faut — qui coopèrent à l'établissement de cet inventaire. Les auteurs de beaucoup d'autres ont apporté de fort utiles témoignages sur le rayonnement produit par la pensée de Gény dans leurs pays respectifs, soit dans les pays germaniques et en Italie (par Di Carlo), soit en Roumanie (Djuvara, Costin, Ionasco), en Tchécoslovaquie (Sedlacék) ou en Yougoslavie (Péritch), soit en Hongrie (de Kiraly et Kuncz) ou en Pologne (Zoll), soit en Angleterre, aux Etats-Unis ou au Japon (c'est le cas de la plupart des contributions venues de ces trois grands pays). C'est la majeure partie des trois volumes du *Recueil Gény* qu'il faudra parcourir pour prendre un sentiment exact de l'action exercée sur les orientations actuelles de la science juridique mondiale par les vues de celui auquel le Recueil est dédié.

Ce premier titre ne contient que les contributions dont l'objet direct et exclusif est de « faire le point » dans cette marche de diffusion internationale de l'œuvre méthodologique de Gény.

Pourquoi faut-il que la première de ces contributions — ce n'est malheureusement pas la seule dans l'ensemble du Recueil — doive être marquée d'un signe funéraire, et que son auteur — un professeur dont l'enseignement développait une puissante action sur les étudiants de l'Université de Strasbourg — ait été enlevé, en pleine force de vie et d'activité scientifique, à l'affectueuse estime de ceux qui ont goûté le charme de son commerce intellectuel, et de ceux-là même qui ne l'ont connu qu'au travers d'une production scientifique d'une rare finesse et d'une rare sûreté de pensée. Sa dernière

publication aura sans doute été celle qui forme le chapitre premier de ce titre, et dans laquelle Eugène Gaudemet ouvre un parallèle entre *L'œuvre de Saleilles et l'œuvre de Gény en méthodologie juridique et en philosophie du droit*. Il était particulièrement compétent pour procéder à cette comparaison — car il avait été leur élève commun — entre deux maîtres qui ont été unis par une étroite amitié et entre les pensées desquels se sont produites de nombreuses et fécondes interactions.

Les lecteurs des « pays de droit civil » considéreront sans doute, comme particulièrement instructives pour eux les contributions renfermées dans les deux chapitres suivants, car elles recherchent et exposent l'une et l'autre dans quelle mesure les vues de méthodologie juridique de Gény, — qui nous sont devenues familières à nous, hommes du continent européen — sont susceptibles de s'acclimater finalement dans les pays de *common law* et d'y fournir une formule satisfaisante aux aspirations réformatrices d'une élite de juristes d'esprit critique et soucieux d'adapter le droit aux exigences du milieu social.

C'est l'examen auquel, dans le chapitre II, B. A. Wortley procède pour le droit anglais, — tronc commun d'où sont sortis tous les droits anglo-saxons et qui, pour cette raison, garde, par rapport à eux, le même rôle de maison-mère, ou de centre historique de culture commune que le droit romain par rapport aux droits européens continentaux. Cette étude sur *La théorie des sources du droit positif de François Gény considérée dans son rapport avec la jurisprudence anglaise* a été écrite par l'un des juristes des pays de *common law* qui connaissent le mieux l'ensemble de l'œuvre de Gény et qui, par leur travail antérieur de discussion critique, sont le mieux préparés à apprécier quelles sont celles des conclusions de cette œuvre qui ont chance de pénétrer un jour dans la jurisprudence anglaise et quelles sont celles, au contraire, auxquelles il semble bien qu'elle doive rester durablement fermée. Car c'est là un sujet qu'il avait déjà traité dans la série de conférences consacrées aux œuvres des principaux représentants actuels de la pensée juridique mondiale par la *London School of Economics*, en l'envisageant sous l'angle qui convient dans une maison où l'enseignement du droit est donné dans le cadre, et en fonction, d'un enseignement général des sciences économiques et politiques. Cette revue de problèmes de méthodologie juridique anglaise est d'ailleurs rendue plus rapidement accessible à la claire compréhension des lecteurs français par le fait même qu'elle a été pensée et écrite directement en leur langue par un écrivain qui — comme j'ai pu le voir au cours d'un congrès tenu à Lyon en juillet 1934 par l'*Union Internationale des Villes* — manie le français avec la même dextérité que sa langue nationale.

Un travail de même genre, et non moins fécond en enseignements pour les représentants du « droit civil » ou « continental »

a été fait, dans un troisième chapitre, pour l'autre branche essentielle de la science juridique des pays de *common law* par Mitchell Franklin sous cette rubrique : *M. Gény and juristic ideals and method in the United States.*

Nous nous sommes enfin conformé au vœu exprimé par son auteur sous la forme de l'intitulé donné par lui à sa contribution en rangeant dans le titre I, comme chapitre IV, l'étude de M. Vasilescu : *L'œuvre de François Gény et ses résultats.*

TITRE II

LE SYSTÈME JURIDIQUE

LES INSTRUMENTS DE SON UNITÉ ORGANIQUE

ET DE SA PLÉNITUDE

Un ensemble de travaux sur les sources générales des systèmes juridiques actuels doit nécessairement débiter par quelques aperçus sur la notion même du système juridique et sur les instruments dont le jeu combiné imprime aux corps de droit nationaux du temps présent, en même temps, qu'une homogénéité et une continuité relatives, leur caractère de règlements d'ensemble de l'ordonnement juridique de la société qu'ils régissent.

L'affirmation de leur plénitude, non pas seulement logique, mais effective, — de leur *completeness* — constitue le postulat initial sur lequel repose l'application pratique — spécialement la mise en œuvre judiciaire — de chacun de ces corps de droit modernes. Ce n'est pas seulement dans l'article 4 du code civil français, et dans les articles correspondants des codes filiaux, qu'est formulée, comme la première et essentielle directive assignée à l'activité des tribunaux, l'obligation de trouver dans le maniement de leur système juridique national une réponse à toutes les questions litigieuses qui leur sont posées, et l'interdiction de se refuser à juger sous prétexte d'un silence de la loi. De nombreuses contributions au présent volume, — en particulier parmi celles qui sont groupées plus loin sous le titre consacré à la libre recherche scientifique — ont rappelé que ce même postulat est reproduit dans un grand nombre d'autres législations sous des formes diverses, et qu'il est accepté sans discussion par les juges, même dans les pays où il n'est point intervenu de législateur pour le formuler.

C'est un point de départ commun aux corps de droit nationaux ou locaux édifiés sur le sol du *common law* aussi bien qu'à ceux qui se sont développés sur le sol du *droit civil*. Dans l'un et dans l'autre de ces deux groupes de pays on a d'ailleurs voulu, pendant longtemps, faire jouer le rôle de facteur unique de cette plénitude — ou *completeness* — du système juridique à une seule de ses sources : dans les pays de *droit civil* à la législation et dans les pays de *common law* au droit fait ou découvert par les juges, à la jurisprudence au sens français du mot. L'un des résultats les plus bien-

faisants de l'œuvre critique des deux grands livres de Géný a été de faire ressortir en pleine évidence les démentis infligés par la réalité des faits juridiques à la croyance en une aptitude de la législation, — et en particulier de la codification, — sinon à tout prévoir, du moins à tout régler d'avance. Ceux-là mêmes qui, dans la seconde partie du tome I de ce Recueil ou dans le titre III du présent volume, ont le plus vigoureusement défendu contre Géný leur conception de l'existence d'un monopole naturel et nécessaire de l'édification du droit positif — un monopole du *law-making* — au profit de l'organe du pouvoir législatif, ont reconnu l'intervention d'autres instruments ou d'autres forces, soit pour adapter et développer l'œuvre législative, soit pour suppléer à des lacunes de sa réglementation. Ils se sont bornés à concilier ces données de la vie juridique actuelle avec leurs vues étatiques des rapports du droit et de l'Etat, en expliquant l'action de ces forces par une délégation ou un mandat du législateur, par une acceptation limitée et contrôlée de leur entrée à son service.

Le dogme de la *completeness* du *common law* n'a pas mieux résisté à l'épreuve prolongée des faits que celui de la plénitude logique des codifications latines. Le titre même de la contribution de John Dickinson — *Le problème du cas non-prévu*, non prévu par le droit judiciaire, ou *common law* — est éloquent à cet égard. Et si, parmi les contributions américaines et anglaises, se sont dessinées de notables divergences de vues sur les méthodes à employer pour résoudre et régler les cas non prévus, il n'en est point où l'on ait songé à soutenir que l'arsenal de précédents et de cas-types du *common law* puisse fournir, sans quelque aide extérieure, un règlement raisonnable ou tolérable à tous les problèmes du temps présent.

Mais de l'avortement des prétentions à la plénitude ou la *completeness* de l'une des sources particulières du droit, ici de la législation et là du *case-law* judiciaire, on ne saurait tirer des conclusions qui obscurcissent l'évidence de cette donnée, commune à tous les corps de droit nationaux d'aujourd'hui, qu'ils ne sont pas seulement conçus comme devant servir à régler toutes les contestations d'ordre juridique susceptibles de s'élever à l'intérieur de leur sphère nationale de domination, mais qu'ils remplissent effectivement cette fonction.

Quelles sont les pièces essentielles de l'armature qui tient unis tous les matériaux apportés par les diverses sources du système juridique, et en les fondant dans un tout homogène, leur donne cette aptitude à résoudre indéfiniment les cas nouveaux qui n'eût pu résulter de leur multiplication, s'ils étaient demeurés simplement juxtaposés? Et que valent ces instruments de liaison? Que peut-on utilement leur demander? C'est encore un des grands mérites de l'œuvre de Géný d'avoir soumis celles des pièces de cette armature, qui présentent le caractère commun d'être des instruments d'ordre logique, à une pénétrante critique qui a fait ressortir, en même temps que le danger de leur prêter plus de réalité et de solidité

qu'elles n'en ont, la place qui leur revient légitimement, et nécessairement dans la mise en œuvre et la tenue en bon état d'entretien de tout système juridique.

Nous groupons dans ce titre II les contributions dont les auteurs se sont engagés à la suite de Gény sur ce terrain. Ils l'ont abordé chacun avec son tempérament propre, les uns s'aiguillant vers la synthèse alors que d'autres ont préféré, s'attachant spécialement à l'une des pièces de cette armature, en observer et en décrire le fonctionnement pratique au travers d'une des applications particulières qui lui ont été données. Dans un premier chapitre Alberto del Vecchio résume ses vues — développées dans des ouvrages de haute autorité — sur *Les principes généraux du droit*. Nous en avons rapproché un court chapitre sur *Les sources du droit au point de vue général de la pédagogie*, où Xavier Janne signale les problèmes que pose au professeur de droit la nécessité d'initier les étudiants à l'application pratique des principes du droit, problèmes qui doivent l'amener, en pays de droit latin, à se servir subsidiairement d'une méthode apparentée à celle qui s'est développée à titre principal ou exclusif aux Etats-Unis sous la forme de *case-method*.

Le travail, qui occupe le troisième chapitre — celui de M. Stella Maranca, — aurait été plus logiquement classé parmi les études d'histoire du droit romain groupées en tête de notre premier volume. Un accident d'édition nous a forcé à le ranger ici. Je ne le regrette pas. Il y marquera la place que doit nécessairement occuper, à la suite de l'étude du rôle des principes généraux, celle du rôle des règles de droit. Aucune des préoccupations, qu'elle révèle chez les anciens auteurs, n'a perdu de son actualité. Les contributions dirigées vers l'observation de cette actualité, qui sont éparses dans les autres titres — tout spécialement celle d'Albert Kokourek sur *La libre recherche en Amérique*, — montrent assez que ceux des juristes du temps présent, qui s'attaquent à la méthodologie de leur science, ont encore plus fortement conscience que les juristes byzantins, ou les glossateurs et postglossateurs, qu'il convient de n'exagérer ni la généralité, ni la fixité des *regulae juris*, — du type de celles qui sont rassemblées dans le dernier titre du Digeste, — et qu'ils sentent aussi fortement que les prudents romains de la belle époque que les *regulae* de ce genre n'ont d'autre valeur et d'autre force que celles qu'elles tirent de leur concordance avec les réalités du droit vivant qu'elles cherchent à grouper et décrire en une forme didactique.

Et le *periculum* des définitions juridiques, visé par l'adage dont M. Maranca retrace les origines historiques, — le danger que les définitions n'embrassent plus qu'elles ne peuvent réellement étreindre, et surtout le risque qu'elles provoquent des confusions, en englobant sous une même dénomination des choses différentes — ne saurait trouver meilleure illustration que l'exemple même de la règle de droit. Car, sous ce nom, nous rassemblons une série d'instruments de liaison ou de cimentation entre les cellules ou unités

dont se compose le système juridique. Leur graduation, au point de vue de leurs degrés de précision et d'efficacité, s'échelonne, par d'innombrables nuancements, entre ces deux termes extrêmes : d'une part, la règle du type rigide, la *rule of thumb*, ayant la fixité du mètre ou du fil-à-plomb, telle que la dégage une juridiction de pays de *common law* en procédant au *ruling* ou l'*overruling* d'un point de droit posé par un cas-type, ou une juridiction suprême de pays de *droit civil* en fixant définitivement sa jurisprudence sur une question de même nature limitée et définie, et d'autre part, la *regula juris* du type étudié par M. Maranca, qui arrive à se relier et se confondre avec le principe général de droit.

Le chapitre IV se réfère à une troisième catégorie parmi les instruments de logique employés à la construction et l'entretien de l'armature du système juridique : les concepts, notions générales et idées-forces juridiques. L'étude critique des emplois, que les jurisprudences du XIX^e siècle avaient fait des concepts et constructions de logique juridique, déjà largement développée par Rudolf von Jhering et, à sa suite, par les théoriciens allemands et autrichiens, soit du « libre droit », soit de la « jurisprudence des intérêts », a été conduite par l'œuvre de Gény à un tel point de pénétration et d'équilibre, qu'il eût été téméraire pour l'un de ses admirateurs d'en reprendre l'examen d'ensemble, même sur ses traces.

Ricca-Barberis, dans une monographie sur *L'action d'enrichissement sans cause dans le projet italo-français de code des obligations* a repris cet effort de discussion critique en le concentrant sur l'un de ces concepts ou l'une de ces idées-forces juridiques qui, appartenant à l'héritage des jurisconsultes romains, s'est fait une plus ou moins large place dans la science juridique de tous les pays de *droit civil*, et que le projet de code des obligations franco-italien consacre, par l'une de ses dispositions, comme l'un des éléments essentiels du fond d'idées juridiques commun aux droits latins — ou au moins aux deux principaux d'entre eux.

Quelques-unes des contributions, venues du monde anglo-saxon, laissent percer une curiosité sympathique, ou même une attraction vers ce concept d'origine romaine. C'est le cas en particulier de l'étude sur Lord Mansfield que H.-C. Gutteridge a fournie pour notre tome 3. Il semble y exprimer le regret que la tentative faite par Lord Mansfield pour introduire ce concept dans le *common law* n'ait pas finalement réussi. Et, depuis, l'intérêt grandissant que lui inspire cet élément de la doctrine du *droit civil* s'est encore plus clairement manifesté dans une étude : *The doctrine of unjustified enrichment*, publiée dans *Cambridge Law Journal* de 1934, avec la collaboration de notre collègue français R.-I.-A. David. De ces impressions de juristes de *common law*, sensibles aux inconvénients de l'absence dans leur jurisprudence traditionnelle du concept de l'enrichissement sans cause, il ne sera pas sans intérêt de rapprocher la polémique dirigée contre ce concept par un juriste de *droit civil*,

qui craint que l'emploi en devienne trop général ou trop peu mesuré dans son cercle de civilisation juridique latine.

Des concepts et constructions juridiques un cinquième chapitre rapproche un nouvel instrument général de technique juridique présentant encore la même nature exclusivement logique : l'instrument de classification et de différenciation que constituent les catégories juridiques. C'est encore là un terrain qui a été exploré trop à fond par Gény pour qu'un de ses élèves ou collaborateurs soit tenté d'en recommencer l'exploration d'ensemble. Aussi Henri Simonnet s'est-il borné à en suivre le fonctionnement au travers d'une des applications qui en a été faite en pays de *droit civil* : le dégagement en pays de droit civil — spécialement en France — de la catégorie du legs avec charge.

A ce premier groupe de pièces de l'armature du système juridique — apparentées par la même prédominance dans leur composition de l'élément de raisonnements de logique — que constituent principes, règles, concepts et catégories juridiques, les chapitres VI et VII opposent un autre groupe d'instruments de liaison et de fécondation, de nature plus subtile, et de maniement plus souple et plus nuancé, où l'appel à l'observation et à l'expérience des faits sociaux, et en particulier des réalités contingentes de la vie économique, tient une plus large place. C'est, d'une part, la *Notion de règle de conduite* étudiée par Adrian Stoop. Et c'est, d'autre part, le *Standard juridique* avec son cortège de directives et sous-directives progressivement dégagées pour en guider l'application.

Dans le chapitre VII Sanhoury a repris sous une forme synthétique un travail de comparaison entre les rôles et les résultats respectifs de la règle de droit et du standard juridique qu'il avait antérieurement accompli sous une forme analytique, en s'attachant plus spécialement au terrain particulier de démonstration fourni par le développement historique des jurisprudences anglaise et française en matière de clauses de non-concurrence. Sa contribution au *Recueil Gény* apporte ainsi un utile complément à la documentation qu'il avait déjà rassemblée sur cette matière, en 1925 dans le tome 10 de la *Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon. 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*. Il y montre de nouveau que la règle de droit et le standard juridique sont les rouages centraux, la première d'un système de jurisprudence mécanique, poursuivant la sécurité absolue des relations juridiques par l'uniformité et la stabilité complètes du droit, et le second d'un système de jurisprudence, à base de science sociale, poursuivant l'adaptation du droit aux besoins complexes et changeants de la vie économique : systèmes qui, l'un et l'autre, n'ont et ne peuvent avoir de nos jours qu'une existence théorique ou idéale et doivent nécessairement, — parce que les besoins qu'ils tendent à satisfaire sont aussi légitimes et irréductibles l'un que l'autre — se combiner dans des proportions et des dosages

qui varient avec les temps et aussi avec la complexion de chacun des chapitres du droit. Mais il y montre aussi que c'est surtout par l'organe des standards et de leurs compléments que se prépare la transition du droit d'aujourd'hui à celui du proche avenir, et que c'est surtout par l'organe de la règle de droit et de ses dérivés qu'est assuré le rattachement du droit d'aujourd'hui aux traditions du passé.

C'est à l'étude d'autres pièces de l'armature du système juridique, qui servent, aussi, à établir non plus seulement son unité organique, mais sa permanence en tant que corps de droit national, en reliant le présent au passé, que sont consacrés les deux derniers chapitres de ce titre II.

Dans le chapitre VIII L.-L. Fuller analyse les motifs psychologiques qui amènent les cours de justice à recourir à des fictions légales pour placer leurs innovations sous le couvert de celles-là mêmes des règles anciennes et éprouvées du droit, contre lesquelles ces innovations réagissent ou auxquelles elles dérogent. Cette contribution s'apparente aux études historiques de la première partie de notre tome 1, par le large emploi qui y est fait d'illustrations empruntées à l'histoire du droit anglais. Mais elle a surtout sa place marquée ici. Car, dans le riche trésor de fictions de l'histoire du droit anglais, — trésor encore beaucoup plus imposant que celui du droit romain — l'auteur n'a choisi systématiquement que celles des fictions qui conservent encore aujourd'hui leur raison d'être et leur vertu, et parmi lesquelles il en est, comme celles qui sont à la base des présomptions irréfragables — nos présomptions *juris et de jure* — qui gardent la même place dans le mécanisme actuel du *droit civil* et dans celui du *common law*.

Dans le chapitre IX enfin Joseph Delpèch attire l'attention sur le processus par lequel s'opère l'emboîtement historique les unes dans les autres des diverses couches successives de règles et de données d'un même corps national de droit, en étudiant l'une de celles des survivances d'une phase ancienne de l'évolution du droit au travers des phases ultérieures, qui ne sont ni de simples survivances de forme, ni des survivances de règles de fond devenues encombrantes, — parce que ayant perdu leurs raisons d'être — mais rentrent dans les survivances qui constituent encore un élément utile de l'héritage légué par le passé au présent. C'est l'objet de son étude sur *Les survivances d'une forme de la propriété collective et leur interprétation*.

L'étude de Joseph Delpèch attire notre attention sur la nécessité de distinguer et de traiter fort différemment deux sortes d'éléments que nous confondons trop volontiers sous le nom commun de survivances.

D'une part les survivances au sens péjoratif du mot : c'est-à-dire celles qui ne sont dues qu'à l'esprit routinier des techniques juridiques, et qui donnent parfois aux rituels et aux procédures du droit une allure oblique, gauche et surtout ésotérique. Tels, dans l'histoire

du droit romain, le rituel de l'ancien testament *per aes et libram*, — la *mancipatio familiae* — et, dans celle du droit anglais, le rituel de l'*action of ejectment*, — où le débat réel entre les prétendants à la propriété devait être précédé d'échange de citations en justice et de conclusions entre deux fermiers imaginaires, John Doë et Richard Doë qui, pendant des générations ont répété quotidiennement leurs mêmes gestes de marionnettes, — et tant d'autres des rituels d'actions et de modes de transfert de la propriété si complaisamment décrits par Blackstone et que la traduction de ses *Commentaires* par Chompré avait rendus accessibles à la compréhension des lecteurs de langue française. Tel, — et encore plus près de nous — l'extraordinaire amalgame de survivances de toutes les phases de l'évolution du droit depuis le haut moyen âge jusqu'au début du xx^e siècle constitué par le rituel du *mortgage de real property* (l'équivalent anglais de l'hypothèque) tel que l'analysait William Maitland, avec sa puissance d'illumination d'historien, dans d'éloquentes pages de la publication posthume de ses notes de cours sur l'*Equity*.

D'autre part les survivances légitimes et bienfaisantes, le trésor d'expériences, de traditions, d'institutions qui constitue l'un des fondements — le « donné historique », comme dit Gény, — sur lequel sont édifiés nos systèmes juridiques en vigueur. Leur place parmi les sources du droit positif ne saurait faire question dans les milieux comme les pays de *common law* où la codification n'est point venue faire coupure entre l'ancien droit et le droit du présent. Elles n'y font pas même figure de survivances. Elles y restent le fond ancien du droit en vigueur. Il en est autrement là où, comme dans les pays de *droit civil*, la codification a prétendu faire table rase des lois ou coutumes antérieures et leur substituer des constructions, sinon entièrement nouvelles, du moins entièrement remises à neuf ou recréées. La contribution de Joseph Delpech fait ressortir que, même pour ces systèmes juridiques, le contact du droit nouveau avec celui ou ceux qui l'ont précédé ne saurait être strictement limité aux seuls points où la codification et ses lois complémentaires ont déclaré vouloir le maintenir, et qu'il est des survivances nécessaires qui doivent pouvoir persister au travers des lacunes ou des obscurités de la codification.

Delpech apporte aussi par là sa note personnelle à l'étude des rapports de la législation et de la coutume, en même temps qu'un complément à la contribution de Simonnet. Cette dernière avait montré le côté face de la médaille qu'est l'établissement de catégories juridiques, en insistant sur les services que peut rendre à la technique juridique la création d'une catégorie nouvelle. Delpech montre le revers de cette médaille en marquant les dangers d'une croyance trop absolue à la généralité et la rigueur des catégories établies.

TITRE III

**LA LÉGISLATION DANS SES RAPPORTS
AVEC LES AUTRES SOURCES DU DROIT**

CHAPITRE PREMIER

**L'objet commun des titres III à VIII
et la répartition des matières entre ces titres**

Les six derniers titres de ce volume constituent la partie centrale de cette publication collective. Ils traitent une matière d'études, dont tous les éléments sont étroitement liés entre eux, et qui forme un bloc unitaire, malgré l'imprécision de quelques-uns de ses contours ou de ses lignes de contact avec d'autres groupes naturels de problèmes de la science sociale. L'analyse et la vérification des divers rouages de l'appareil actuel d'élaboration du droit positif — de *law-making* — et de leur agencement d'ensemble est, à la fois, la raison d'être et le point d'arrivée des recherches plus discursives, parce que périphériques, qui ont été faites, dans le tome I de ce Recueil sur les aspects historiques et philosophiques de la théorie des sources du droit et, dans le titre II du présent volume, sur ses relations avec la théorie plus large du système juridique et de ses éléments constitutifs.

Désormais, dans la fin de ce volume, comme dans l'ensemble du troisième, les investigations des cotisants à l'hommage collectif au maître de Nancy vont se concentrer sur un terrain fermé : la description des sources du droit positif du temps où nous vivons, l'examen de la façon dont elles fonctionnent dans les réalités contingentes de la vie actuelle du droit, et non de la façon dont elles devraient fonctionner d'après les vues diverses que nous pouvons nous faire les uns et les autres, soit des buts et de la fonction du droit, soit des rapports entre le droit et l'Etat. Les auteurs des contributions rassemblées dans ces six derniers titres sont tous, comme Gény, des étudiants du droit privé positif, des juristes, des *lawyers* au sens habituel et moyen du mot, qui sont poussés à ouvrir le boîtier de la mécanique nationale de production du droit, à en inventorier les rouages et regarder comment ils s'engrènent, uniquement par des

préoccupations d'utilité pratique, pour se faciliter à eux-mêmes et, — comme ils sont pour la plupart des professeurs, faciliter à leurs étudiants — la prévision des résultats que peut donner à l'heure actuelle le maniement de ce mécanisme.

L'esprit dans lequel ils abordent cet examen du mécanisme actuel du *law-making* a été fort bien défini par un observateur du dehors, une philosophe qui s'est attardé quelques instants à regarder travailler les juristes. Dans un article des *Archives de Philosophie du droit*, 1931, 3-4, sur *La philosophie et le droit*, pp. 373-374, ce philosophe, Georges A. Billet décrit ainsi notre façon d'aborder les problèmes de la méthodologie de notre science ou de notre art. Lorsqu'ils « cherchent à définir les éléments de l'interprétation juridique, c'est aux sources du droit qu'ils prétendent remonter ; c'est-à-dire qu'il s'agit pour eux, non pas d'édicter arbitrairement les règles d'une méthode, mais d'atteindre, par l'analyse de la jurisprudence, les facteurs réels de l'interprétation, ceux que mettent vraiment en œuvre les juges, lorsqu'ils ont à trouver une solution que la loi n'apporte pas, ceux que seule une théorie abstraite ou factice de l'interprétation empêche de discerner. Cela les conduit inévitablement à prendre position sur la nature et le rôle respectif de la loi, de la coutume, de la jurisprudence, de la doctrine dans la formation et l'élaboration du droit. Mais cette théorie ils prétendent la tirer, non d'une vue *a priori* de l'esprit, mais de l'analyse même de l'évolution jurisprudentielle ».

Tel est, en effet, le programme que se sont assignés instinctivement la plupart des auteurs qui ont fourni leurs contributions aux derniers titres de ce volume. Ils lui ont même donné une base encore plus étroite et plus précise de réalités pratiques, parce qu'ils l'ont conçu et conduit avec une mentalité de professeurs habitués à distribuer une culture qui, sans doute, a des aspirations de culture générale, mais appropriées aux besoins de la formation professionnelle d'une clientèle principale de futurs praticiens du droit, — magistrats et avocats, — envisageant principalement leur technique en fonction de l'application au règlement des contestations judiciaires.

Aussi les seules sources du droit, qui forment le sujet de cette fin de volume sont-elles les sources *formelles*, celles qui dégagent ou peuvent aspirer à dégager des normes de droit positif — au sens actuellement usuel de ce mot, — c'est-à-dire des règles et solutions de points de droit dont l'observation soit assurée par une reconnaissance par les organes de la puissance publique et la mise à leur service de la puissance de contrainte dont disposent ces organes.

Ce qui ne veut pas dire qu'on ait négligé dans ce Recueil de toucher aux sources *substantielles* ou primaires du droit, et de se préoccuper de l'ensemble de forces ou de matrices sociales par l'organe desquelles s'élabore la matière première, le contenu à l'état brut des normes auxquelles les sources formelles donnent leurs formules finales. Mais l'étude en a été faite ailleurs : dans le tome I — surtout dans sa seconde partie, — et aussi dans le tome III où certains auteurs

ont traité les sources de leur branche du droit sous le double aspect des sources substantielles et des sources formelles — comme l'a fait pour le droit pénal Giulio Battaglini — et dont l'un des principaux titres, titre IV, est consacré pour une large part à l'une des catégories les plus importantes de cet ensemble de sources primaires : les facteurs économiques du droit.

Mais l'étude de ces sources-là — c'est-à-dire de l'ensemble de facteurs qui édifient la substructure du droit, les fondements sociaux, économiques, éthiques, politiques — la nature des choses positive — sur lesquels repose le droit, n'a pu prendre ici ni la même rigueur méthodique ni la même ampleur que celle des sources formelles, non seulement parce que cette étude constitue un terrain beaucoup moins frayé par les juristes — parce qu'un terrain extérieur, un terrain de communication avec les autres sciences sociales, — mais surtout parce qu'elle forme un champ d'observation beaucoup plus complexe, beaucoup plus mouvant, et dès lors se prêtant beaucoup moins bien à des conclusions précises et rigoureuses. C'est surtout en ce qui concerne les sources primaires ou substantielles du droit que d'utiles compléments au *Recueil Gény* pourraient être trouvés dans le volume, — déjà signalé par notre préface, — consacré par l'*Annuaire de l'Institut de Philosophie du droit* au *Problème des sources du droit positif*.

Je dois même confesser que notre mentalité professionnelle, qui nous habitue à envisager le droit trop exclusivement dans son application au règlement de cette guerre du droit qu'est le procès, et à faire passer à l'arrière-plan de notre attention son application habituelle au règlement pacifique des relations d'ordre juridique, nous a amenés, dans cette étude collective des sources du droit privé positif, à restreindre de façon peut-être trop étroite, la notion du droit positif — et par conséquent de ses sources — en ne concevant l'élément contraint qui donne au droit son caractère de positivité que sous la forme de l'ouverture d'un appel aux tribunaux pour le reconnaître et le sanctionner.

De là vient sans doute qu'aucune des contributions destinées à ce second volume n'ait été consacrée spécialement à une source du droit mettant en œuvre la contrainte de l'Etat — et présentant à ce titre la nature de source de droit positif — qui a conquis un large droit de cité dans toutes les provinces géographiques de la communauté internationale : le droit élaboré par les administrations publiques. Je n'entends pas par là le droit qu'elles ont bâti pour le règlement de leurs relations avec leurs administrés — ce qu'on appelle droit administratif — mais la participation de ces administrations au développement du droit privé.

L'absence, dans le second volume du *Recueil Gény* de titre consacré à cette source du droit, peut paraître d'autant plus regrettable que, dans tous les pays qui tiennent la tête de la civilisation juridique actuelle, la pénétration de l'application administrative du droit, dans

la sphère des sources du droit positif, s'est traduite, vers la même époque, par les trois mêmes manifestations générales :

1° Par l'accroissement de la participation prise au travail législatif par les organes du pouvoir exécutif. Je ne vise pas ici les méthodes instaurées au cours de ces dernières années en Italie et en Allemagne — et dans une faible mesure en France — consistant dans une abdication de fait par le législatif de la majeure partie de ses attributions au profit de l'exécutif, par la voie de l'instauration d'un régime général de législation par voie de décrets-lois ou d'ordonnances administratives. Car l'apparition de ces régimes de *law-making* est loin de constituer un trait général de la vie juridique de la communauté internationale. Ce qui caractérise la marche commune de l'évolution du droit dans les diverses parties du monde, c'est seulement la multiplication des cas où les législatures n'indiquent plus que les directives générales des réformes juridiques voulues par elles, laissent à l'exécutif la tâche d'en arrêter les détails et ajournent l'application effective de ces réformes jusqu'à l'heure où l'exécutif aura terminé son travail de finissage et de polissage.

Les plus importantes d'entre les lois françaises de protection des travailleurs — lois sur la journée de huit heures ou sur le repos hebdomadaire par exemple — prévoient elle-mêmes à leurs dispositions une série de dérogations et d'assouplissements destinés à les adapter aux conditions particulières des diverses industries et des diverses régions. Ce travail d'adaptation, qui seul donne une réalité concrète à ces lois en les rendant supportables, est l'œuvre d'administrations publiques qui ne statuent d'ailleurs qu'après consultation préalable des groupements patronaux et ouvriers intéressés. Nos lois de prévoyance sociale et nos lois de politique commerciale ou économique ne sont plus aptes dès leur promulgation à une entrée immédiate en action. Tel a été le cas de nos lois récentes sur les assurances sociales ou sur les allocations versées par les employeurs aux ouvriers pour charges de famille. On s'en plaint. On a tort. C'est une nécessité. Il faut, pour qu'elles puissent s'appliquer, une mise au point par les organes du pouvoir exécutif. La législation est trop au-dessus des multiples et mobiles contingences de la vie juridique pour pouvoir, dans les nouveaux chapitres que fait naître le développement des tâches civilisatrices de l'Etat, s'adapter à ces contingences sans le secours d'agences administratives.

C'est là un phénomène qui n'est particulier ni à la France, ni même aux pays de *droit civil*. Les juristes américains et anglais l'ont d'abord accueilli par des protestations beaucoup plus énergiques que leurs collègues du continent européen. Cela ne l'a pas empêché d'y prendre une intensité au moins égale. C'est ce que montre pour l'Angleterre une statistique donnée en 1929 par le premier ministre M. Baldwin dans une séance de la Chambre des Communes. Il constatait que, pendant les trois années qui venaient de s'écouler le nombre moyen annuel des Actes législatifs votés par le Parlement avait été de 50, alors que celui des Règles et Ordonnances émises par le

pouvoir exécutif avait été de 1408. On sait assez, d'ailleurs, que le Parlement anglais s'est habitué à insérer dans ses Actes législatifs une clause de style prévoyant que les règlements pris en exécution de l'Acte auront la même autorité que l'Acte lui-même.

Aux Etats-Unis, la délégation du pouvoir législatif à des agences administratives, a d'abord été considérée par les cours de justice comme une violation du principe de la séparation des pouvoirs. Ce qui n'empêche pas que le nombre des commissions fédérales et des commissions d'Etats particuliers, investies de pareilles délégations s'y est tellement multiplié que, dès 1916, M. Elihu Root, dans un discours présidentiel à l'*American Bar Association*, pouvait dire : « En présence de ces agences administratives, la vieille doctrine qui prohibait la délégation du pouvoir législatif est définitivement hors de combat. »

2° Cette entrée en ligne de l'application administrative du droit parmi les sources du droit privé positif s'est encore traduite par le même effacement de la conception ancienne de la séparation des pouvoirs en tant qu'elle prohibait l'attribution de pouvoirs judiciaires à d'autres organismes que les cours de justice ordinaires. Aux Etats-Unis et en Angleterre, aussi bien que dans l'Europe continentale, on a assisté, depuis le début de notre siècle, et surtout depuis la fin de la guerre, à un pullulement d'agences administratives ou d'agences mi-administratives mi-judiciaires instituées pour procéder au règlement des 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 ;

3° La progression de cette source administrative du droit privé s'affirme enfin par une dernière manifestation, qui n'a plus la même universalité géographique que les deux premières, mais qui déjà s'est développée avec quelque ampleur dans des régions fort diverses et fort distantes de la communauté internationale : c'est l'appel, pour rajeunir et fortifier un certain nombre de réglementations juridiques de rapports et de devoirs sociaux, à des instruments de mise en œuvre disposant de moyens de contrainte plus expéditifs et plus directement efficaces que les sanctions judiciaires. Le désir de substituer des procédures administratives aux procédures judiciaires comme instrument primaire et habituel d'application forcée du droit a, dans beaucoup de régions, été l'une des causes de la multiplication des juridictions bureaucratiques.

C'est là un phénomène que j'ai eu, dans mon Introduction à la traduction française des *Codes de la Russie Soviétique*, tome 9 de la *Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon*, pp. 17-23, l'occasion de signaler comme l'un des traits les plus caractéristiques de la nouvelle législation russe, et notamment de son Code de la famille, où il s'affirme, non seulement dans l'organisation de la surtutelle étatique, mais surtout dans l'appel à l'intervention administrative pour fournir un remède pratique et immédiat à la désertion des de-

voirs d'assistance mutuelle entre les époux et les parents et les enfants.

Je l'ai vu depuis ressortir, avec non moins de netteté, parmi les conclusions d'une enquête sur les *Recent Social Trends in the United States* (2 volumes, 1933, Mc Graw-Hill Book Co, New-York et Londres), organisée dans l'automne de 1929, sous les auspices de Président Hoover, par un comité utilisant la collaboration d'un grand nombre d'universitaires renommés, et qui, grâce à l'aide pécuniaire de la *Fondation Rockefeller*, a été publiée en janvier 1933, pendant la période d'interrègne ou de sommeil des pouvoirs présidentiels qu'un amendement à la constitution a depuis travaillé à faire disparaître.

Dans cette enquête, qui laissait déjà pressentir quelques-uns des courants de *New Deal*, vers lesquels l'opinion publique allait entraîner le nouveau Président, le chapitre sur le droit et les institutions légales, (chapitre XXVIII, pp. 1430-1488) a été écrit par deux maîtres — dont l'un est son doyen — d'une des facultés de droit les plus anciennes et les plus illustres, *Yale Law School* : une maison qui a fourni un apport particulièrement large à la contribution américaine au *Recueil Gény*.

L'une des caractéristiques de l'orientation juridique actuelle des Etats-Unis que le doyen Charles E Clark et son collègue William O. Douglas y décrivent avec le plus d'insistance, est précisément la tendance à multiplier les cas où les procédures administratives sont substituées à la litigation privée et à la procédure judiciaire.

Je ne citerai que deux illustrations qu'ils donnent de cette tendance.

La première est fournie par les lois sur les accidents du travail. 38 d'entre les 48 Etats de l'Union américaine confient, nous disent-ils, l'application de ces lois à des commissions administratives (*Workmen's compensation boards*). Et la grande majorité d'entre eux invitent ces bureaux à trancher les contestations relatives aux accidents du travail sans s'astreindre à l'observation des règles de la procédure judiciaire. Ces lois ont donné naissance à une procédure dénuée de tout formalisme, que Clark et Douglas considèrent comme un modèle appelé à susciter l'imitation dans bien des compartiments nouveaux du droit. Ils signalent notamment que des propositions de lois ont été introduites devant diverses législatures d'Etats en vue de l'étendre à l'expédition de la foule de procès en responsabilité que font naître les accidents de la circulation automobile.

Le second des exemples, mis en vedette dans le chapitre précité de *Recent Social Trends*, est surtout intéressant à un autre titre. C'est celui de la *Federal Trade Commission*, instituée par une loi fédérale du 26 septembre 1914 pour veiller à l'application des lois contre les trusts et aussi — c'est surtout son rôle actuel — pour combattre les pratiques déloyales de concurrence industrielle et commerciale. (Les origines et les premières phases de l'histoire de cette commission ont été exposées aux lecteurs de langue française par

Max. J. Wasserman : *L'œuvre de la Federal Trade Commission*, tome 13 de la *Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé de Lyon*, 1925.) La *Federal Trade Commission* avait été investie par la loi de 1914 : 1° de pouvoirs d'investigation policière et d'une mission d'agence d'institution de poursuites pénales ; 2° d'une compétence pour juger les faits allégués dans ces poursuites, sous réserve d'appel aux cours de justice contre celles de ses décisions ordonnant la cessation des pratiques incriminées. Cette double activité initiale de la Commission, contrariée par un contrôle peu tolérant des cours de justice, n'a longtemps donné que de fort maigres fruits. La commission a été amenée à recourir de préférence à une autre méthode d'assainissement du commerce, méthode déjà décrite par Wasserman (pp. 269 et suiv. du livre précité), mais que ne prévoyait pas son acte d'institution : la méthode des conférences ou des *trade-practice submittals*.

Quand elle soupçonne ou craint que des méthodes déloyales ou malfaisantes de concurrence se soient introduites dans un département de l'industrie ou du commerce national, elle convoque des représentants des organisations et les personnalités dirigeantes de cette branche commerciale ou industrielle à des réunions tenues sous la présidence d'un ou plusieurs de ses membres. Elle cherche à les amener à s'entendre sur les mesures à prendre pour prévenir ou extirper ces pratiques. Et quand, sous sa poussée, l'accord s'est fait entre les principaux intéressés, elle use plus aisément de ses pouvoirs de contrainte pour en imposer le respect aux dissidents.

La *Federal Trade Commission*, par une expérience déjà assez longue de cette méthode des Conférences, a ainsi créé le moule juridique auquel recourent aujourd'hui le Président Roosevelt et l'Administration de Reconstruction nationale pour arriver à promulguer et faire appliquer leurs chartes ou codes industriels.

Mais ici l'application administrative du droit rejoint, en se combinant avec elle une autre source du droit, de jaillissement encore récent et dérégulé, le droit fait par les groupements économiques pour le gouvernement des relations professionnelles entre leurs membres, sur lequel il ne nous est pas parvenu de travail d'ensemble, mais dont l'une des variétés a toutefois formé l'objet d'attentives investigations dans les contributions italiennes groupées dans notre troisième volume, sous le titre consacré aux sources du droit du travail.

Il était inévitable que, dans une enquête menée dans des conditions de liberté complète de mouvement individuel, quelques parties, encore trop mouvantes, de notre champ naturel d'exploration commune n'attirent spécialement l'attention d'aucun des collaborateurs à cette enquête. Mais, du moins, toutes les sources définitivement classées parmi les pièces essentielles du mécanisme actuel d'élaboration de nos droits positifs nationaux, qui ont subi l'épreuve assez prolongée de l'expérience pour qu'on puisse aujourd'hui définir leur sphère respective d'action, ont-elles formé dans ce Recueil

l'objet de nombreuses études, dont une large part a dû d'ailleurs être répartie entre les divers titres du tome III, parce qu'elles envisageaient avant tout les relations et la hiérarchie de ces sources par le point de vue de l'application à l'une des branches particulières du droit.

C'est ainsi que les observations présentées par Wortley, dans le chapitre II du titre I de ce volume, sur l'interprétation des Actes législatifs ou *Statutes* anglais devront être rapprochées des études consacrées, dans les chapitres 2 et 3 du présent titre III, à l'interprétation des lois continentales, soit par Henri Capitant, qui, ayant largement contribué à assurer par le prestige de son nom et la puissance de sympathie de sa personne le succès de l'appel fait aux coopérations pour la réalisation de ce Recueil, a tenu à y apporter aussi sa contribution originale, soit par Gustav Radbruch. De même, le travail de Jivoïn Péritch, sur *le problème des sources du droit et la fonction de la loi*, qui constitue le chapitre 4 du présent titre, trouvera son complément, sous la forme tantôt de confirmation, tantôt de contradiction, dans la majeure partie des chapitres de la seconde partie du tome I et dans un grand nombre des contributions éparses dans les divers titres des tomes II et III. La législation étant devenue dans les pays de *droit civil*, sous le régime de la codification, la maîtresse source du droit, et ayant même pu y prétendre à un monopole de la production du droit positif, il est inévitable, que les autres sources du droit ne puissent être étudiées que dans leurs rapports avec elle.

A la suite de ces travaux de juristes appartenant aux pays où la législation tient le haut du pavé, il nous a paru nécessaire de placer une contribution qui émane d'un auteur appartenant à la moitié du monde civilisé où la législation passe au second rang — les pays de *common law* — et même à la province du *common law* où la législation est le plus étroitement tenue en bride par la jurisprudence des cours dans sa forme supérieure : la jurisprudence constitutionnelle. Fowler Vincent Harper, dans un cinquième chapitre étudie *Les forces cachées derrière et par delà le pragmatisme juridique en Amérique*. En face des raisons du mécontentement (*dissatisfaction with the law*, c'est un titre d'article qui revient fréquemment dans la littérature juridique américaine du xx^e siècle) qu'une partie du public éprouve à l'égard de la loi, sous la forme du *common law*, — du droit judiciaire, — qui seront indiquées dans quelques-unes des contributions au titre VIII (libre recherche), le distingué professeur d'Indiana University expose les raisons pour lesquelles ce mécontentement s'est également manifesté à l'égard de la législation ou *Statute Law*. Les lecteurs des pays de *droit civil* auront certainement un réel profit à retirer de la méditation des pages où il recherche les causes d'un divorce, trop fréquent, entre la loi et la pratique, entre le droit théorique qu'est la loi, et le droit vivant. Parmi ces causes, qui réduisent trop souvent la loi à n'avoir guère d'existence que sur le papier, il en est qui sont spécifiquement amé-

ricaines, mais il est d'autres — c'est sur celles-là qu'insiste surtout Harper — qui sont de nature à produire partout les mêmes effets. Ce n'est pas seulement aux Etats-Unis, qu'il existe des limites d'ordre sociologique à la puissance de la loi.

Le titre IV rapproche de la loi la source qui l'a précédée historiquement comme fond général du droit et, qui après avoir été longtemps sa concurrente victorieuse, ne tient plus aujourd'hui dans la partie centrale du droit privé, qu'une place secondaire, dans le sillage en pays de *droit civil* de la législation et en pays de *common law* de la jurisprudence : la coutume. Nous n'avons placé sous ce titre que deux articles, l'un du juge international, professeur Rafael Altamira, montrant le rôle important que tiennent encore en Espagne les coutumes locales ou régionales, l'autre de Walter Heinrich sur les éléments constitutifs de la coutume générale et ses rapports avec la législation. Mais la coutume a aussi été étudiée — et peut-être plus amplement — dans quelques-uns des titres du tome III. Ce qui s'explique par le fait que, si sa place s'est singulièrement rétrécie sur le terrain du droit civil (au sens français du mot), elle garde encore une part de la vedette dans le droit commercial, (d'où notamment l'étude du professeur de l'Université impériale de Tokio Kotaro Tanaka sur la *Fonction de la coutume en droit commercial*. Chapitre II du titre VI du tome III), et surtout dans le droit constitutionnel (d'où les travaux de Carlo Girola sur *Les coutumes constitutionnelles* et de René Capitant sur *Le droit constitutionnel non écrit* dans le titre I du tome III) et en droit international public (voir notamment au titre VIII du tome III l'article de Louis Le Fur : *La coutume et les principes généraux du droit comme sources du droit des gens*).

Le titre V est consacré à la source du droit qui, dans les pays anglo-saxons conserve la place de maîtresse-branche que lui a ravie la législation dans les pays de *droit civil* et de droit codifié : la jurisprudence au sens français du mot, *Rechtsprechung*, *case-law* ou *common law*. La supériorité de cette source est plus accusée que partout ailleurs aux Etats-Unis grâce à l'arme que le contrôle de la constitutionnalité des lois fournit au pouvoir judiciaire pour imposer ses vues au pouvoir législatif, et à l'extrême liberté de mouvements que l'interprétation des lois a pu conquérir sous l'abri de ce contrôle de constitutionnalité. Une « construction » de l'Acte législatif tendant à le transformer ou même à lui enlever toute signification, pour éviter qu'il ne se heurte à des prohibitions constitutionnelles, est apparue aux cours de justice comme une forme plus courtoise d'apporter à l'application de la loi un veto qu'elles auraient pu formuler plus brutalement par la voie de la déclaration d'inconstitutionnalité. J'ai donné aux lecteurs français quelques exemples caractéristiques de cette action conjuguée de la déclaration d'inconstitutionnalité et de l'interprétation destructive envisagée comme substitut de la déclaration d'inconstitutionnalité, dans mon *Gouvernement des juges*, Paris, Giard, 1921 et surtout dans un volume, écrit

en 1926 comme tome 6 de la Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon (*La lutte judiciaire du travail et du capital organisés aux Etats-Unis*).

Mais même dans celles des parties du territoire du *common law* qui repoussent le plus énergiquement toute suprématie du judiciaire, le droit judiciaire n'en doit pas moins à l'absence de codification d'ensemble de demeurer le fond principal du droit et de garder la place d'honneur dans la vénération des juristes. Et si la jurisprudence que les premières codifications du droit privé — et notamment l'article 5 du Code civil français — avaient cherché à rayer du nombre des sources du droit, ne peut pas aspirer à s'élever à la même dignité officielle en pays de droit codifié, elle y a cependant reconquis sans bruit, et grâce à la modestie même de son allure, la nature réelle d'une source centrale du droit, de celle qui procède au malaxage final des matériaux apportés par les autres sources du droit, et détermine quels sont ceux de ces matériaux, — y compris les matériaux législatifs — qui pénétreront dans le droit vivant, et sous quelle forme ils y pénétreront.

Que nous aussi, gens des pays de *droit civil*, nous ayions — aussi bien en France qu'en Allemagne — notre corps de *case-law* ou de précédents judiciaires éprouvés, dont la connaissance soit encore plus immédiatement nécessaire au praticien que celle de la lettre de la loi, il y a beau temps que nous le savons tous.

Les juristes des pays de *common law* ont été plus longs à s'en rendre compte, et dans un livre — *Law in the Making* qui, à tous autres égards, est l'un des chefs-d'œuvre de la littérature d'après-guerre sur le terrain de la jurisprudence — au sens anglais du mot — l'un des anciens titulaires de la chaire de jurisprudence d'Oxford, C.-K. Allen présentait encore sur la situation d'humilité des jurisprudences latines et leur effacement devant l'autorité de la doctrine des vues dont j'ai dû signaler l'inconciliabilité avec les réalités de la vie juridique française aussi bien qu'allemande, dans un article en tête du tome 39 (1929) de *Yale Law Journal* : *The Case-method in Canada and the Possibilities of its Adaptation to the Civil Law*. Pour commencer à ouvrir les yeux de nos collègues anglo-américains sur ces réalités du droit vivant continental, il a fallu des travaux récents comme ceux de A. Goodhart, *Precedents in English and Continental Law* dans 50 *Law Quarterly Review* 40 (1934) ou *Le précédent en droit anglais et en droit continental* dans le volume de l'Annuaire de l'Institut International de philosophie du droit sur le *Problème des sources du droit positif*, pp. 36-62, ou celui de Francis Deak : *The case in common and civil law* dans VIII *Tulane Law Review*, 336 (avril 1934). Et ce n'est probablement que dans un cercle extrêmement limité qu'on commence à prendre conscience en Angleterre et aux Etats-Unis que les droits continentaux ont eux aussi leur jurisprudence, qui y joue par rapport à la loi un rôle apparenté à celui du *common law* par rapport au *statute-law*, mais une jurisprudence de type différent de l'anglaise, représentant le *case-law* à l'état sau-

vage, se formant et se transformant par le libre jeu des lois sociologiques, en face du *case-law* de type cultivé et rigide qu'est le *common law*. Les mérites et les défauts respectifs de ces deux modes de formation et de développement de la jurisprudence peuvent peut-être fournir à l'heure actuelle l'un des terrains de la théorie des sources du droit se prêtant le mieux à de fructueuses études comparatives.

Sous le titre V, consacré à la jurisprudence, nous n'avons rangé que deux contributions, dont l'objet direct est de définir la place occupée par la jurisprudence dans deux pays de l'Europe centrale, dont l'un, la Roumanie, possède une codification déjà ancienne de son droit civil, dont l'autre, la Hongrie, reste en ce qui concerne le droit civil sous un régime principal de droit coutumier. Celle du Président Alexandre Costin nous fait suivre le fonctionnement de la jurisprudence dans un droit continental du type codifié, alors que celle du D^r Edmond Kuntz nous permet de l'observer dans un milieu continental où elle échappe encore aux gênes de la codification.

Mais l'apport américain à l'étude de la jurisprudence — il est naturellement plus considérable que tout autre, — n'a pas pu être placé dans ce titre V. Il était impossible de le séparer des contributions relatives à l'objet qui forme le thème principal de la riche masse des envois américains : la libre recherche scientifique. Si on l'a étudiée avec une ardeur passionnée dans le cercle des coopérateurs américains, c'est qu'on l'y envisage sous l'angle de l'utilité pratique. Et ce qui lui donne son utilité pratique, ce n'est pas l'usage que peut en faire la doctrine, mais celui qu'en font les cours de justice. Jurisprudence et libre recherche sont deux parties de la théorie des sources du droit qu'on ne peut séparer que dans un but de commodité didactique. Nous les avons cependant séparées — parce que la libre recherche doit former la conclusion, le dernier mot de ce tome II — par l'intercalation de deux titres.

Le titre VI — Contrat — groupe d'abord les contributions, étroitement apparentées, de deux des auteurs de grands traités classiques de droit civil français, Louis Josserand et Georges Ripert, et d'un autre civiliste auquel sont dues les dernières éditions d'un de nos meilleurs manuels de législation industrielle, E.-H. Perreau. Ils se sont rencontrés tous les trois dans l'étude, au travers de ses manifestations françaises, d'un des mouvements d'ampleur internationale qui se dessinent pour l'instant avec le plus de netteté dans le domaine des sources du droit : l'intervention de plus en plus active de la législation dans le jeu des contrats, la tendance des législatures à légiférer pour déterminer les clauses qui peuvent et celles qui doivent figurer dans certaines catégories de contrats. A la suite de ces contributions sœurs vient une étude d'un universitaire roumain Trajan Jonsco sur *Le rôle de la volonté dans la formation des contrats*. Puis un cinquième chapitre, œuvre d'un des professeurs de Columbia University, Edwin W. Patterson place, en face de l'appel à la

réglementation des contrats fait par la législation, pour développer ses réformes, l'utilisation que le *common law* a fait depuis longtemps, — et continuera sans doute à faire dans le même but — du glissement par les juges dans les contrats de clauses sous-entendues, auxquelles les parties n'ont d'ordinaire pas songé et qu'on finit par leur imposer. Cette étude de Patterson sera utilement rapprochée de quelques autres éléments de la riche gerbe de travaux venus des Etats-Unis, comme l'article de Fuller, placé au titre II de ce volume.

Quand ces diverses sources seront muettes et que le juge n'arrivera pas à tirer de l'une d'elles la réponse aux problèmes qui lui sont posés, comment ce dernier fera-t-il pour faire face au devoir qui lui est imposé partout, aussi bien en pays de *common law* qu'en pays de droit civil, de ne pas se refuser à dire le droit sous prétexte du silence de la loi?

La première méthode à laquelle on songe naturellement, la plus simple, c'est l'appel à l'équité, c'est-à-dire l'appel au jugement personnel que le juge peut se faire de ce qui est juste et convenable. Un certain nombre de législations renvoient à l'équité ainsi conçue — rien de commun avec l'*equity* anglaise pas plus qu'avec cette équité romaine que fut le droit prétorien en tant qu'instrument de correction du *jus civile*. Et, même en l'absence de renvoi de ce genre, c'est à ce procédé que recourent volontiers les cours inférieures en substituant au jugement en droit le jugement en fait qui, en pays de *droit civil*, les garantit contre le contrôle et la censure des cours régulatrices que sont les Cours de cassation ou le *Reichsgericht*, mais qui, en revanche, fait peser sur les justiciables la plus lourde des insécurités, celle qui résulte de l'exercice incontrôlé par les juges inférieurs de leur pouvoir d'appréciation arbitraire. Une seule contribution a été consacrée à l'équité, celle de Mario Rotondi sur *L'équité et les principes généraux du droit dans l'ordre juridique italien*, qui forme l'unique chapitre du titre VII.

L'intérêt de la plupart des apportes de contributions s'est dirigé vers une autre méthode, de maniement moins facile, mais susceptible, si elle est maniée par des mains expertes, de limiter la dose d'erreur et d'incertitude que comporte toute administration de la justice : la libre recherche scientifique, dont la fonction a été si remarquablement définie dans les deux grandes œuvres de Gény : la recherche scientifique dirigée vers la découverte de la solution adaptée à la *nature des choses positive*, au *donné* de Gény, c'est-à-dire, à mon sens, l'appel à toutes les données ou les suggestions des sciences sociales qui peuvent guider dans l'appréciation de l'équilibre raisonnable à établir entre les intérêts dont l'entrée en lutte fait surgir les formes nouvelles de contestations juridiques.

La libre recherche scientifique a été le thème favori d'étude des contributions au *Recueil Gény*. Rares, parmi celles qui touchent au fond de la théorie des sources du droit, sont celles qui ne l'ont

point à leur horizon. Mais nous n'avons classé dans le titre VIII, qui lui est consacré et qui risquait de s'enfler démesurément, que les travaux qui traitent exclusivement ce sujet. L'intitulé de l'article de Marc Desserteaux : *A quel criterium peut-on reconnaître les cas d'application de la libre recherche scientifique?* nous invitait expressément à l'y classer. Le travail de notre collègue polonais Frederic Zoll sur *La méthode d'interprétation en droit privé positif* nous a paru aussi se rattacher principalement, sinon exclusivement, à cette matière. Une fort instructive étude de Naogiro Sugiyama nous retrace l'histoire de la libre recherche scientifique dans le droit japonais. Elle nous montre, qu'après avoir été consacrée par une loi du 8 juin 1875, elle a été écartée pendant la période de mise en œuvre des codifications, mais qu'aujourd'hui de nouvelles et larges perspectives s'ouvrent au Japon devant elle, en même temps qu'elles s'ouvrent aussi à la pénétration de la pensée scientifique de Géný.

Mais la masse principale du titre VIII et dernier est formée par les contributions américaines. Elles fournissent une documentation d'une rare ampleur sur le mouvement de la libre recherche scientifique aux Etats-Unis. Un des collaborateurs et des amis les plus dévoués de John Wigmore, Albert Kokourek nous donne, dans un chapitre sur *La libre recherche scientifique aux Etats-Unis*, un inventaire méthodique de la littérature du sujet, où se trouve clairement définie la position respective de chacune des personnalités scientifiques ou judiciaires américaines qui ont les unes accéléré, les autres freiné ce mouvement : et un inventaire tenu soigneusement au courant jusqu'à la date du 31 décembre 1930, qui est celle à laquelle il m'a envoyé son manuscrit. Dans le chapitre suivant John Dickinson présente une analyse très pénétrante du phénomène qui doit forcer le juge à se préoccuper de la libre recherche scientifique, — l'existence de lacunes dans le droit établi, — en l'étudiant, dans sa formule anglo-américaine, *Le problème du cas non-prévu*. Et, dans deux derniers chapitres, deux des défenseurs des vues les plus hardies en la matière, le juge Hutcheson et le professeur James Grafton Rogers développent, avec une égale verve leurs conceptions originales. Il sera d'ailleurs indispensable, pour avoir une impression exacte des positions d'ensemble de la science américaine sur ce point crucial de la théorie des sources du droit de rapprocher de ces chapitres finaux du titre VIII les contributions de Mitchell Franklin et de Fowler V. Harper, que nous avons dû placer respectivement aux titres I et II de ce volume.